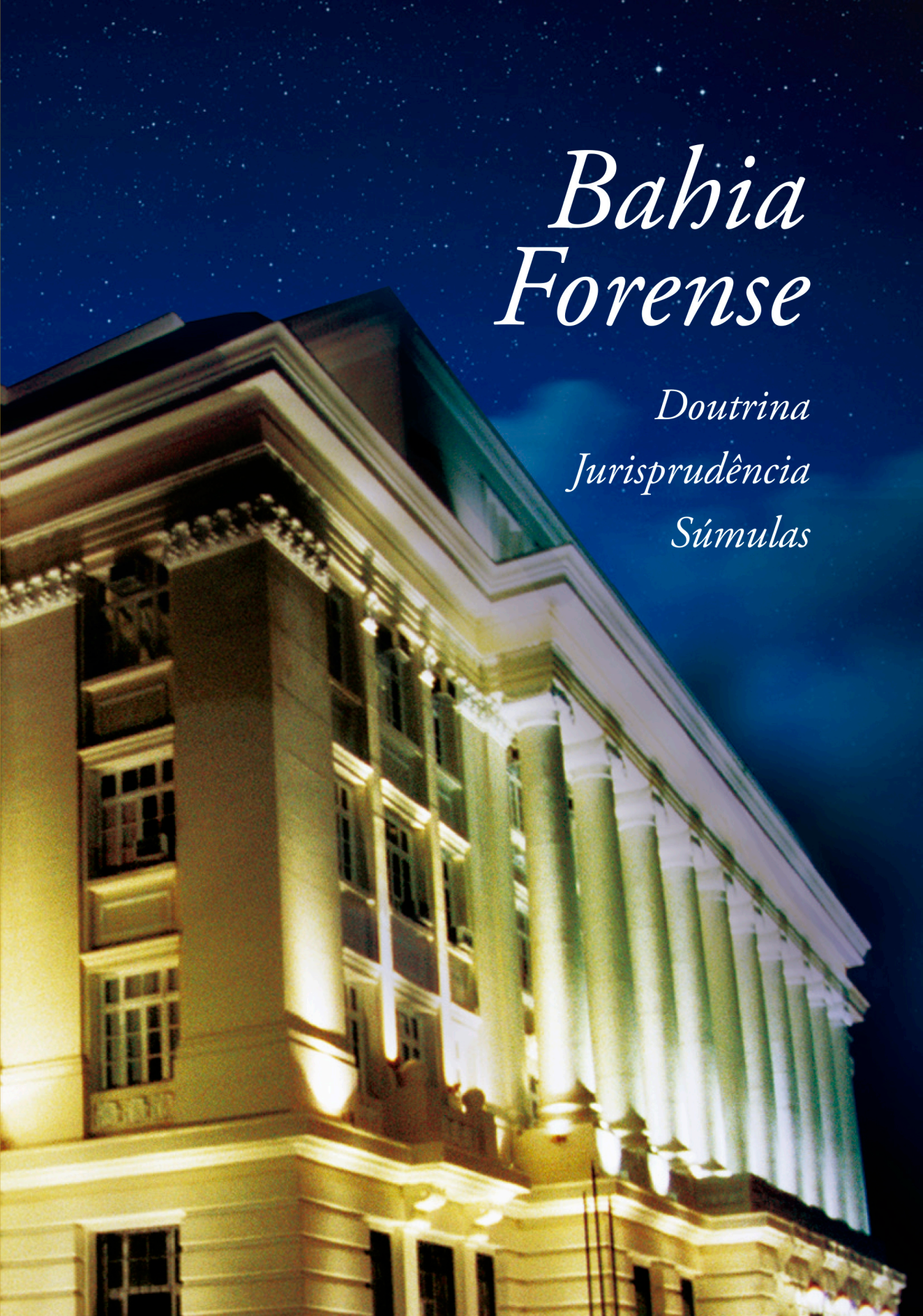




# *Bahia Forense*

*Doutrina  
Jurisprudência  
Súmulas*

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, 2016-

Catálogo do volume 48, publicada em novembro de 2016.

ISSN: 0102-3020

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

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

CDD: 340.05

CDU: 34



# *Súmmário*



## SUMÁRIO

### DOCTRINA

- Conhecendo a violência doméstica: do passado ao presente. Como enfrentá-la no futuro?

*por Nágila Maria Sales Brito*

19

- O atraso na entrega de imóvel e o dano moral

*por Moacyr Montenegro Souto*

33

- Aspectos da mudança legislativa e o tempo de processo na visão dos Tribunais

*por Roberto Maynard Frank*

42

### JURISPRUDÊNCIA PENAL

- Mandado de Segurança contra ato judicial. Garantia à reparação do dano patrimonial causado à vítima e observância à proporcionalidade e razoabilidade

*Relator: Des. Abelardo Paulo da Matta Neto*

55

- Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Manutenção da prisão cautelar para garantia de aplicação da lei penal

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Ivone Bessa Ramos*

63

- Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Arguição de nulidade da Ação Penal até o recebimento da denúncia e requerimento de desconstituição da prisão cautelar

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Ivone Bessa Ramos*

67

- Habeas Corpus. Direção sem habilitação por adolescente. Trancamento da Ação Socioeducativa por inépcia da representação, ante a ausência de elemento subjetivo típico

*Relator: Des. João Bosco de Oliveira*

75

- Ação Penal Originária. Crime de omissão na prestação de contas de prefeito. Rejeição da denúncia por improcedência da acusação

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz*

80

- Ação Penal Originária. Crime de responsabilidade praticado por prefeito e ex-prefeito em concurso material, concurso de pessoas e continuidade delitiva. Utilização indevida de bens, serviços e verbas públicas em proveito próprio ou alheio

*Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra*

83



• Ação Penal Originária. Crime de responsabilidade praticado por prefeito. Utilização indevida de bens, serviços e verbas públicas em proveito próprio ou alheio e nomeação, admissão ou designação de servidor contra expressa disposição de lei  
*Relator: Des. Lourival Almeida Trindade* **112**

• Recurso em sentido estrito. Impugnação à decisão que rejeitou a denúncia, após o seu recebimento, para apuração do delito de condução de veículo em estado de embriaguez  
*Relator: Des. Abelardo Paulo da Matta Neto* **132**

• Recurso em sentido estrito. Impugnação à decisão de rejeição da denúncia para apuração dos delitos de lesão corporal e ameaça à luz da Lei Maria da Penha  
*Relator: Des. Julio Cezar Lemos Travessa* **140**

• Recurso em sentido estrito. Impugnação à decisão de rejeição da denúncia para apuração dos delitos de homicídio culposo e lesões corporais culposas por inobservância de cuidado objetivo, ante a ausência de atendimento médico imediato no curso de operações especiais da Polícia Militar  
*Relatora: Des<sup>a</sup>. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz* **148**

• Recurso em sentido estrito. Impugnação à sentença de pronúncia que excluiu o delito de ocultação de cadáver conexo ao delito de homicídio qualificado  
*Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva* **159**

• Apelação Criminal. Nulidade do julgamento em decorrência de erro material insanável consubstanciado na divergência entre o resultado da votação da quesitação pelo Tribunal do Júri e a sentença condenatória  
*Relatora: Des<sup>a</sup>. Nágila Maria Sales Brito* **168**

• Apelação Criminal. Homicídio privilegiado por motivo de relevante valor moral e dosimetria da pena em razão do privilégio  
*Relator: Des. Luiz Fernando Lima* **171**

• Apelação Criminal. Estupro de vulnerável ocorrido antes da Lei 12.015/2009. Pleito de reconhecimento da continuidade delitiva e revisão da dosimetria da pena  
*Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva* **174**

• Apelação Criminal. Crime contra a ordem tributária. Responsabilidade pessoal dos sócios gestores, elementos objetivos para a consumação do delito e revisão da dosimetria da pena  
*Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas* **184**

- Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes com porte de arma de fogo de uso restrito. Vedação à dupla incriminação, revisão da dosimetria da pena e alteração do regime inicial de cumprimento

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Ivone Bessa Ramos*

**198**

- Apelação Criminal. Roubo majorado. Absolvição do acusado ante a insuficiência das provas para a condenação

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Aracy Lima Borges*

**206**

- Apelação Criminal. Crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas e escalada. Afastamento da condenação por aplicação do princípio da insignificância

*Relator: Des. Luiz Fernando Lima*

**210**

- Apelação Criminal. Uso de documento falso. Pleito de reconhecimento da atipicidade da conduta e extinção da punibilidade

*Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra*

**213**

- Revisão Criminal. Requerimento de absolvição do reeducando incompatível com o instrumento processual eleito e extinção da ação por falta de interesse de agir

*Relator: Des. Júlio Cezar Lemos Travessa*

**217**

## **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**

### **Direito Constitucional**

- Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve. Servidores públicos civis municipais

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria do Socorro Barreto Santiago*

**227**

- Apelação Cível. Responsabilidade civil por manifestação do pensamento contra agente político e direito de resposta

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Regina Helena Ramos Reis*

**233**

- Mandado de Segurança. Acesso à universidade sem preenchimento dos requisitos do sistema de cotas e aplicação da teoria do fato consumado

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria de Lourdes Pinho Medauar*

**244**

- Mandado de Segurança. Servidor público estadual e limite salarial em decorrência do subteto constitucional

*Relator: Des. José Cícero Landin Neto*

**249**

## Direito Administrativo

- Apelação Cível. Revisão de pensão por morte de policial militar e direito à paridade e integralidade remuneratória  
*Relator: Des. Augusto de Lima Bispo* **259**
- Apelação Cível. Ação de complementação de aposentadoria de servidor público para equiparação ao piso salarial nacional  
*Relator: Des. Augusto de Lima Bispo* **266**
- Mandado de Segurança. Promoção por merecimento de policial militar e o impedimento decorrente da existência de Ação Penal em curso  
*Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto* **271**
- Mandado de Segurança. Promoção por merecimento de policial militar durante licença-prêmio  
*Relatora: Des<sup>a</sup>. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel* **274**
- Agravo de Instrumento. Reintegração liminar de servidor público exonerado sem o devido processo legal  
*Relator: Des. Raimundo Sérgio Sales Cafezeiro* **282**
- Mandado de Segurança. Configuração dos elementos para a aplicação da pena de demissão a servidor público estadual por abandono de função  
*Relatora: Des<sup>a</sup>. Carmem Lúcia dos Santos Pinheiro* **285**
- Mandado de Segurança. Anulação de questão discursiva em concurso público  
*Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva* **292**
- Mandado de Segurança. Direito à convocação do candidato habilitado fora do número de vagas disponibilizadas em concurso público, em razão da contratação temporária dentro do prazo de validade do certame  
*Relator: Des. Edmilson Jatahy Fonseca Júnior* **301**
- Apelação Cível. Direito subjetivo à contratação do candidato aprovado em 1º lugar em concurso público que disponibilizou vagas exclusivamente para formação de cadastro reserva  
*Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Júnior* **307**
- Apelação Cível. Improbidade administrativa por contratação de pessoa jurídica prestadora de serviços médicos por inexigibilidade de licitação, com vínculo matrimonial entre o prefeito e a sócia majoritária  
*Relatora: Des<sup>a</sup>. Rosita Falcão de Almeida Maia* **314**



- Agravo de Instrumento. Imissão provisória na posse de bem desapropriado por utilidade pública

*Relator: Des. Gesivaldo Nascimento Britto*

**329**

- Agravo de Instrumento. Competência da ANEEL para declaração de utilidade pública e imissão liminar na posse de área serviente para implantação de linhas de transmissão

*Relator: Des. Raimundo Sérgio Sales Cafezeiro*

**331**

## Direito Tributário

- Apelação Cível. Negativa de inscrição estadual à empresa cujo sócio figura no quadro societário de outra empresa com débito inscrito em dívida ativa e a violação ao livre exercício da atividade empresarial como forma indireta de cobrança de tributo

*Relator: Des<sup>a</sup>. Gardênia Pereira Duarte*

**335**

- Apelação Cível. Discussão acerca da incidência do ICMS sobre os serviços preparatórios, acessórios e intermediários no serviço de comunicações.

*Relator: Des. Roberto Maynard Frank*

**338**

- Agravo de Instrumento. Suspensão de exigibilidade do ITIV em razão da discussão da legalidade do pagamento do tributo antes da transcrição do imóvel no cartório de registro

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel*

**344**

- Apelação Cível. Discussão acerca da legalidade da cobrança de ITIV antes da transferência da propriedade imobiliária

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria da Graça Osório Pimentel Leal*

**350**

- Agravo de Instrumento. Discussão acerca da legitimidade do promitente comprador, sem averbação da promessa de compra e venda, para manejo de exceção de pré-executividade

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria de Lourdes Pinho Medauar*

**357**

- Apelação Cível. Requerimento de declaração da isenção de IPTU, em sede de Embargos à Execução, por suposta declaração de utilidade pública da propriedade imobiliária

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Gardênia Pereira Duarte*

**360**

- Apelação Cível. Pleito de anulação do crédito tributário em razão da não incidência de ISS sobre construção feita pelo incorporador em terreno próprio

*Relator: Des. Gesivaldo Nascimento Britto*

**365**

- Agravio de Instrumento. Suspensão de exigibilidade do crédito tributário decorrente da cobrança de taxa anual pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria do Socorro Barreto Santiago*

**368**

#### Direito Previdenciário

- Apelação Cível. Reconhecimento do interesse de agir para a cobrança individual de valores retroativos por revisão de benefício previdenciário, declaração do direito ao pagamento requerido e fixação da taxa de correção monetária aplicável

*Relator: Des. Edmilson Jatthy Fonseca Júnior*

**370**

#### Direito da Criança e do Adolescente

- Apelação Cível. Aplicação de medida socioeducativa, reconhecimento do direito social à moradia e proteção de interesse de adolescentes carentes.

*Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva*

**378**

#### Direito do Consumidor

- Apelação Cível. Reembolso pelo plano de saúde de despesas médicas realizadas em outro estado da federação sem rede credenciada, quando configurada a urgência do procedimento

*Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Júnior*

**382**

#### Direito Civil

- Apelação Cível. Responsabilidade civil objetiva em razão de assalto em estacionamento do estabelecimento empresarial

*Relator: Juiz Convocado Gustavo Silva Pequeno*

**390**

- Apelação Civil. Discussão sobre a configuração da responsabilidade civil da instituição financeira pelo retardo na baixa do gravame de bem alienado fiduciariamente

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Lígia Maria Ramos Cunha Lima*

**395**

- Apelação Cível. Discussão sobre a configuração da responsabilidade civil do Estado por imputação de crime a cidadão posteriormente absolvido por insuficiência de provas

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho*

**400**

- Apelação Cível. Apuração da responsabilidade civil do médico obstetra e do estabelecimento hospitalar pelo falecimento da parturiente e por lesões permanentes na criança, em decorrência do parto

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Rosita Falcão de Almeida Maia*

**405**

- Apelação Cível. Direito à indenização por seguro de vida em decorrência de invalidez permanente por acidente de trabalho

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho*

**412**

- Apelação Cível. Ilegitimidade da suposta companheira, sem comprovação da existência de união estável, para propor ação indenizatória em face do empregador pelo óbito do empregado

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Ligia Maria Ramos Cunha Lima*

**421**

- Apelação Cível. Reconhecimento e dissolução de união estável e distinção entre união estável e namoro

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria da Graça Osório Pimentel Leal*

**426**

- Apelação Cível. Reconhecimento e dissolução de união estável post mortem

*Relator: Des. Emílio Salomão Resedá*

**432**

- Agravo de Instrumento. Alimentos provisórios avoengos

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Cynthia Maria Pina Resende*

**436**

- Apelação Cível. Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Presunção juris tantum do vínculo em razão do não comparecimento do suposto pai para exame de DNA e da comprovação do relacionamento

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Silvia Carneiro Santos Zarif*

**439**

- Apelação Cível. Reintegração de posse. Legitimidade ativa da proprietária/possuidora indireta, que firmou compromisso de compra e venda com pagamento parcial do preço, e discussão sobre a ocorrência do esbulho

*Relator: Des. Roberto Maynard Frank*

**443**

- Apelação Cível. Interdito proibitório e proteção possessória em face de ato do compossuidor

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Carmem Lúcia Santos Pinheiro*

**445**

## Direito Empresarial

- Apelação Cível. Cobrança do valor correspondente às ações não subscritas e da diferença de valores entre as ações da Telebrás/Telebahia em decorrência de contratos de participação financeira para aquisição de linha telefônica

*Relator: Des. Emílio Salomão Resedá*

**448**

- Apelação Cível. Distribuição de dividendos e lucros remanescentes em sociedade anônima

*Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto*

**454**

- Apelação Cível. Dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e apuração de haveres

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Cynthia Maria Pina Resende*

**457**

## Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas – Acórdãos de Admissão

- Tema nº 01 – Questão submetida a julgamento: “A concessão de auxílio-transporte aos policiais militares, nos moldes previstos no art. 92, inciso V, letra “h” da Lei Estadual nº 7.990/2001.”

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Telma Laura Silva Britto*

**465**

- Tema nº 02 - Questões submetidas a julgamento: “1.1 - A controvérsia quanto à aplicação dos arts. 7º, §1º, da Lei nº 7.145/1997 e 110, §3º, da Lei nº 7.990/2001, que dispunham sobre a garantia de revisão dos valores da Gratificação de Atividade Policial - GAP na mesma época e no mesmo percentual de reajuste do soldo, quando se tratar de ato normativo que incorpore parcela da referida vantagem pessoal ao vencimento básico do Policial Militar. 1.2 - A revogação tácita ou não do art. 110, §3º, da Lei nº 7.990/2001, que tinha idêntica redação do art. 7º, §1º, da Lei nº 7.145/1997, após este último ter sido suprimido expressamente por ocasião da promulgação da Lei nº 10.962/2008.”

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Márcia Borges Faria*

**467**

- Tema nº 03 - Questão submetida a julgamento: “A natureza jurídica do ato que extinguiu a Gratificação de Habilitação Policial Militar - GHPM, substituindo-a pela Gratificação de Atividade Policial Militar - GAP, através da Lei Estadual nº 7.145/1997, se seria ato de efeitos concretos, de modo a estabelecer o marco prescricional para o ajuizamento das ações que visem a manutenção do pagamento da referida gratificação como a data em que promulgada a norma que a suprimiu, ou seria o caso de reconhecer tratar-se de ato omissivo, que se renova mês a mês, em ordem a viabilizar a aplicação da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça.”

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Márcia Borges Faria*

**471**



- Tema nº 04 – Questão submetida a julgamento: “A existência de direito do Município ao recebimento do repasse integral da quota de participação no ICMS computando-se valores não arrecadados em razão de programas estaduais de incentivos fiscais, à luz do art. 158, IV, da Constituição Federal e do art. 4º, §1º, da LC n. 63/1990”

*Relatora: Des<sup>a</sup>. Telma Laura Silva Britto*

**474**

- Tema nº 05 - Questão submetida a julgamento: “Referência para fixação do teto de remuneração dos servidores públicos estaduais do poder executivo como subsídio do governador ou como subsídio de desembargador”

*Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva*

**478**

- Tema nº 06 - Questão submetida a julgamento: “Definição do marco temporal final para a aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, ativos e inativos, e pensionistas.”

*Relator: Des. José Edvaldo Rocha Rotondano*

**483**

## **SÚMULAS**

- Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

**491**



## **RELAÇÃO DE DESEMBARGADORES**

Desa. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO  
*Presidente*

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

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

Des. OSVALDO DE ALMEIDA BOMFIM  
*Corregedor-Geral*

Desa. CYNTHIA MARIA PINA RESENDE  
*Corregedor das Comarcas do Interior*

Desa. SÍLVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF

Desa. TELMA LAURA SILVA BRITTO

Des. MARIO ALBERTO HIRS

Des. ESERVAL ROCHA

Desa. IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ

Des. JOSÉ OLEGÁRIO MONÇÃO CALDAS

Desa. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA

Des. LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE

Desa. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL

Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO

Des. GESIVALDO NASCIMENTO BRITTO

Des. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO

Des. NILSON SOARES CASTELO BRANCO

Desa. HELOISA PINTO DE FREITAS VIEIRA GRADDI

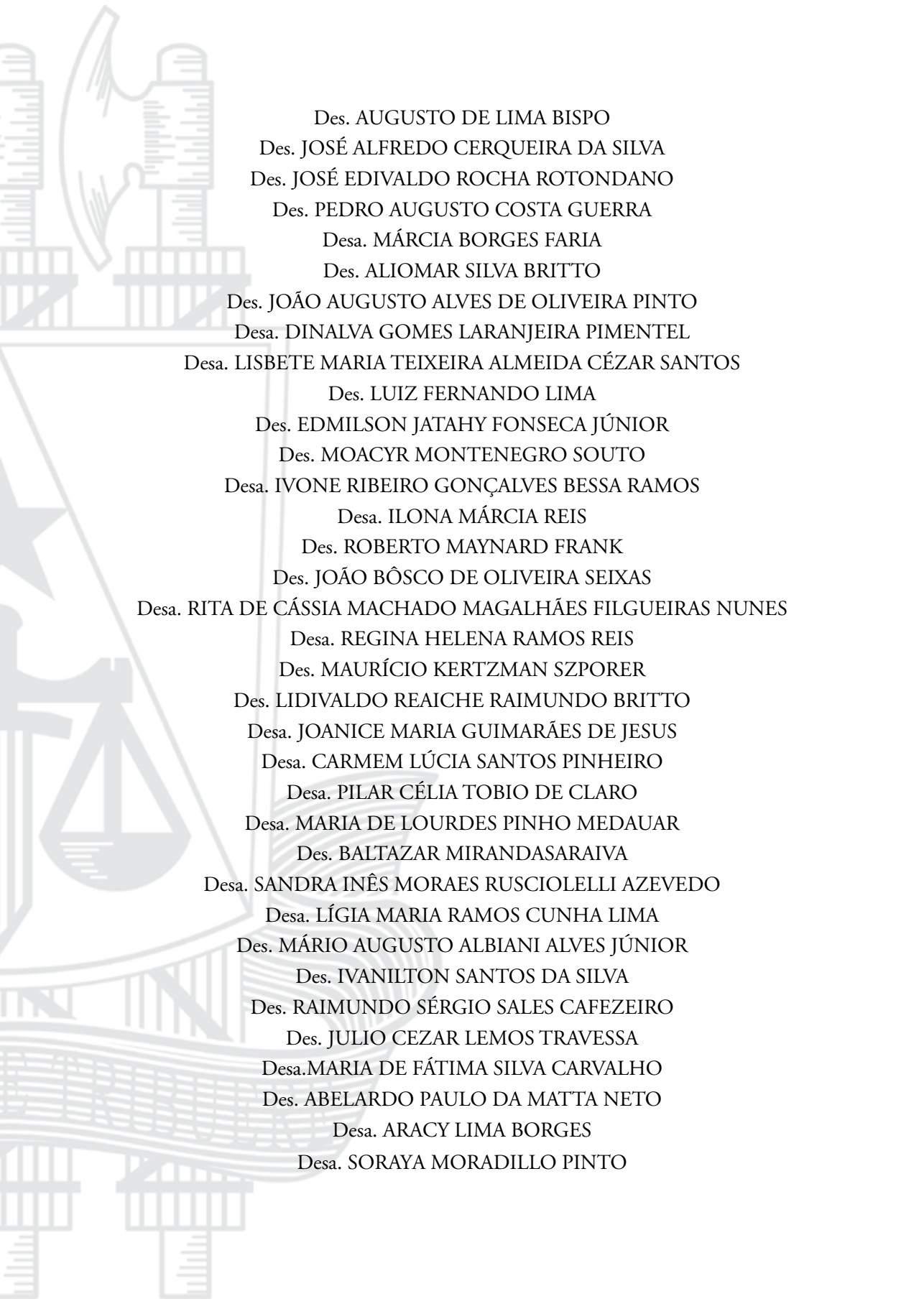
Des. JEFFERSON ALVES DE ASSIS

Desa. NÁGILA MARIA SALES BRITO

Desa. INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA

Desa. GARDÊNIA PEREIRA DUARTE

Des. EMÍLIO SALOMÃO PINTO RESEDÁ



Des. AUGUSTO DE LIMA BISPO  
Des. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA  
Des. JOSÉ EDIVALDO ROCHA ROTONDANO  
Des. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA  
Desa. MÁRCIA BORGES FARIA  
Des. ALIOMAR SILVA BRITTO  
Des. JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO  
Desa. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL  
Desa. LISBETE MARIA TEIXEIRA ALMEIDA CÉZAR SANTOS  
Des. LUIZ FERNANDO LIMA  
Des. EDMILSON JATAHY FONSECA JÚNIOR  
Des. MOACYR MONTENEGRO SOUTO  
Desa. IVONE RIBEIRO GONÇALVES BESSA RAMOS  
Desa. ILONA MÁRCIA REIS  
Des. ROBERTO MAYNARD FRANK  
Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS  
Desa. RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES FILGUEIRAS NUNES  
Desa. REGINA HELENA RAMOS REIS  
Des. MAURÍCIO KERTZMAN SZPORER  
Des. LIDIVALDO REACHE RAIMUNDO BRITTO  
Desa. JOANICE MARIA GUIMARÃES DE JESUS  
Desa. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO  
Desa. PILAR CÉLIA TOBIO DE CLARO  
Desa. MARIA DE LOURDES PINHO MEDAUAR  
Des. BALTAZAR MIRANDASARAIVA  
Desa. SANDRA INÊS MORAES RUSCIOLELLI AZEVEDO  
Desa. LÍGIA MARIA RAMOS CUNHA LIMA  
Des. MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JÚNIOR  
Des. IVANILTON SANTOS DA SILVA  
Des. RAIMUNDO SÉRGIO SALES CAFEZEIRO  
Des. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA  
Desa. MARIA DE FÁTIMA SILVA CARVALHO  
Des. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO  
Desa. ARACY LIMA BORGES  
Desa. SORAYA MORADILLO PINTO





# *Doutrina*





## CONHECENDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DO PASSADO AO PRESENTE. COMO ENFRENTÁ-LA NO FUTURO?



*por Nágila Maria Sales Brito<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Raízes históricas da violência contra a mulher: a legislação que fomenta a desigualdade; 2. Para o futuro: conhecer a violência nas suas diversas espécies para combatê-las; Considerações finais.

### INTRODUÇÃO

A história da mulher e seus direitos coincide com a evolução de cada sociedade. Como já se pronunciou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres de Brito, a civilidade de um país se mede pela maneira como são tratadas as suas mulheres. Por isso, esse não é um problema só do Estado, mas também da sociedade.

Neste sintético estudo vislumbra-se, em breves passagens, a violência contra a mulher como oriunda das raízes históricas que influenciaram as legislações ao longo do tempo.

Cuida-se da definição de violência doméstica contra a mulher, nas suas variadas espécies e, quanto ao futuro, almeja-se a utilização dos instrumentos postos à disposição, mormente a educação para a vivência da igualdade e, ainda que implementada a audiência de custódia, possa esta ser diferenciada, em atendimento ao disposto na Lei Maria da Penha, tudo visando a consecução do objetivo maior: **a paz em casa**.

Assim, foram referidos alguns mecanismos utilizados no Brasil para coibir a violência doméstica, tais como as tornozeleiras eletrônicas, botão do pânico, aplicativos como o PLP 2.0, Ronda Maria da Penha dentre outros, inclusive uma instrução normativa do Tribunal de Justiça da Bahia, específica para a aplicação quando da audiência de custódia, 24 horas após a prisão pela prática de crimes com incidência da Lei Maria da Penha, a fim de que diminuam os riscos para a mulher e a sua casa deixe de ser um local perigoso.

A publicação deste artigo deveu-se à solicitação da Comissão Permanente de Jurisprudência, Revista, Documentação e Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia com o fito de apresentar a Instrução Normativa nº 01/2015 do Núcleo de Prisão em Flagrante, com as especificidades que os casos envolvendo violência doméstica requer, ensejando, assim, o mais amplo conhecimento pelos magistrados, dada a importância da aplicação das medidas ali previstas.

### 1. Raízes históricas da violência contra a mulher: a legislação que fomenta a desigualdade

Incompreensível a perpetuação de uma violência a todos os títulos injustificável e descabida contra quem semeia tanto amor: de mãe, de filha, de tia, de sobrinha, de prima, de esposa, de companheira, de concubina, de amante, de noiva, de namorada, de amiga, de colega, enfim em todos os degraus desta escada de afetos, visto que foi à mulher que foi dado o maior dom: de fazer nascer novas vidas, e neste estágio da arte, sabe-se que ainda não há possibilidade da geração de uma criança em úteros artificiais, sendo sempre necessário o seu desenvolvimento, em regra por

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

nove meses, no útero de uma mulher, seja ela a mãe biológica, ou a geratriz (barriga de sub-rogação, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel) ou intencional (aquela que não podendo gerar o próprio filho, procura ajuda médica e por meio de doação de óvulos de alguma familiar e barriga de sub-rogação, nem sempre coincidentes na mesma mulher, realiza o tão sonhado desejo de ter o filho).

“Educai as crianças e não será preciso punir os homens”, profetizava o filósofo grego Pitágoras 500 a.C. É preciso educar para respeitar a igualdade em todos os campos: gênero, raça, etnia, classe social, ou qualquer outro tipo de discriminação que possa surgir. Essa igualdade deve ser ensinada e incentivada nos lares e nas escolas para que tenhamos no futuro, uma sociedade mais solidária e pacífica.

Urge que pais e mães deixem de proibir as suas filhas de exercitar práticas, a princípio consideradas masculinas, como o futebol, as artes marciais, os esportes radicais, as profissões consideradas perigosas, e, *a contrario sensu*, incentivar os filhos para tais modalidades, com exigências que o mundo contemporâneo já não absorve, como a de que “homem não chora”, “filho meu não volta apanhado para casa, senão, apanha de novo”, “mulher gosta de apanhar” e outros ditos populares que, de tão repetidos, tornam-se verdades absolutas que irão repercutir na fase adulta, com uma conscientização quase automática da falsa existência de uma superioridade do gênero masculino em relação ao feminino, geradora de uma violência sequer enxergada por muitos, afinal a mulher nasceu para parir, cuidar dos filhos e dos maridos e vivem as mulheres do século XXI uma realidade cruel do enfrentamento de três turnos de trabalho. Aquelas que ousam tentar modificar esse estado de coisas são instadas a voltar ao status quo, afinal “quem mandou nascer mulher?”<sup>2</sup>

A violência contra a mulher abarrotou os nossos fóruns de processos, significando, na Bahia, cerca de 33% dos processos criminais e dos processos das Varas do Júri, segundo levantamento feito por esta autora, mas, embora raro, temos a violência doméstica às avessas, qual seja aquela em que a mulher mata o homem, fazendo lembrar das sempre reiteradas indagações filosóficas de: para onde caminha a humanidade? teria o brasileiro uma cultura de violência?

Não restam dúvidas, com tantas guerras intermináveis pela busca do poder, em que a maior parte das vítimas são mulheres e crianças, de que são exemplos as correntes migratórias de milhares de pessoas na Europa e a ocorrência em números crescentes do famigerado estupro coletivo, comum na Índia, segundo a mídia televisiva e escrita, e já com ocorrência repetida no Brasil, que a solução do problema perpassa pelo estabelecimento de uma cultura da não violência em todos as áreas e para todos os brasileiros.

Envergonha-nos a pecha de haver no Brasil a cultura do estupro. Estatísticas demonstram que a maioria dos brasileiros acreditam que a mulher tem culpa de ter sido estuprada, ou porque não estaria vestida como deveria, ou estava em local indevido, enfim há, absurdamente, uma cultura que “naturaliza” o crime e culpa a mulher por ter, de alguma forma, despertado o desejo masculino, que não pode ser contido.<sup>3</sup>

Ao contrário disso, importa incentivar a cultura da paz, propalando-se para o interior de todas as casas o direito de cada membro da família viver sem violência; os nossos filhos e netos merecem um país mais solidário, em que se tenha, como diz a campanha encetada pela Ministra Carmem Lucia Antunes Rocha, Presidente do STF, a paz em casa e, ousando sonhar, também fora dela.

Mas toda essa violência contra a mulher tem raízes históricas, desde os primórdios da humanidade, influenciando até as legislações ao longo do tempo, certificada como transgeracional, transgeográfica, independentemente do tempo e do espaço que seja pesquisado.

2 Alusão ao título do livro de autoria de Felícia Reicher Madeira: Estudos sobre crianças e adolescentes pobres no Brasil, publicado pela editora Rosa dos Tempos

3 Instituto de pesquisa Econômica Aplicada realizou pesquisa

Não se pode esquecer a motivação para a comemoração do dia 8 de março como Dia Internacional da Mulher, a fim de que não se apague da memória o incêndio provocado numa fábrica têxtil em Nova York, em que mais de 145 mulheres foram trancafiadas e morreram queimadas, tão somente porque lutavam para terem a mesma jornada de trabalho e ganharem o mesmo salário que os homens, já que faziam o mesmo serviço.

No Brasil, por mais de 5 séculos, desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940, os únicos tipos penais destinados à tutela da mulher eram os crimes sexuais, mas não voltados exatamente à sua proteção integral, e tão somente à de sua honra e de sua família, mesmo considerando que a honra é um atributo personalíssimo.

No Código Penal do Império de 1830, o estupro era um crime contra a segurança da honra; no Código de 1890, foi considerado como um crime contra a segurança da honra e honestidade da família e em 1940, foi tratado como crime contra os costumes. Assim, a mulher que tivesse relações sexuais antes do casamento, ainda que decorrente de um estupro, era tida como desonrada e, até a Lei nº 11.106/2005, o casamento com o autor do estupro extinguiu a punibilidade (seria de se perguntar até que ponto valeria a pena casar a vítima com o agressor). Vemos até hoje no direito alienígena, em países como a Índia os casamentos de homens maduros com meninas que sequer alcançaram a puberdade<sup>4</sup>.

Interessante notar que, ao tempo em que se protegia a sexualidade da mulher, autorizava-se o homicídio desta, quando surpreendida em adultério. Nas Ordenações Filipinas, que vigorou no Brasil até 1830, o marido poderia licitamente matar a mulher e o adúltero. Senão vejamos:

*“Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade<sup>5</sup>”.*

As Ordenações Filipinas traziam, ainda, a possibilidade do cometimento do homicídio sem flagrante. In verbis:

*E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adultero, que achar com ella em adultério, mas ainda os pode licitamente matar, sendo certo que lhe cometerão adultério, e entendendo assi provar, e provando depois o adultério por prova lícita e bastante conforme à Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito he<sup>6</sup>*

Todas essas regras levaram à absolvição de muitos homens pelo reconhecimento nos júris da tese de defesa da honra. Também a questão do adultério foi, até meados do século XX, tratada diferentemente para o homem e a mulher. Conquanto fosse considerado crime para a mulher, o homem adúltero era visto como tendo um deslize de comportamento.

O Código Penal de 1940 dividia a mulher em duas classes: honestas e desonestas, de acordo com o seu recato sexual e não definia o homem pelo seu comportamento sexual. Em alguns crimes, como a posse sexual mediante fraude e atentado violento ao pudor, a honestidade da mulher era elementar do tipo. O mesmo *discrímen* encontrava-se nas expressões homem público

4 Disponível em <<<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/direto-ao-ponto/o-casamento-pedofilo-legalizado-por-paises-islamicos-e-uma-homenagem-ao-profeta-que-ja-passara-dos-50-anos-quando-transformou-em-esposa-uma-menina-com-menos-de-10>>> Acesso em 11/09/2016

5 Ordenações Filipinas, Quinto Livro, Título XXXVIII: Do que matou sua mulher, por a achar em adultério

6 Ordenações Filipinas, Quinto Livro, Título XXXVIII (1): Do que matou sua mulher, por a achar em adultério



(aquele que ocupa cargo público, como, por exemplo, o político) e mulher pública (que se dedica à prostituição).

Por muito tempo, vigorou, embora praticamente não fosse utilizado, o art. 219, IV, do Código Civil de 1916, que previa como erro essencial quanto à pessoa, passível de anulação do casamento, o defloramento da mulher ignorado pelo marido e, por óbvio, não era exigida a prova da virgindade do homem.

A Constituição de 1988 foi um divisor de águas para efetivação da igualdade, pois a partir da sua entrada em vigor, em outubro de 1988, mesmo sem a mudança do Código Civil, já se entendia que os dispositivos que feriam o princípio da isonomia entre homem e mulher na conjugalidade e no companheirismo não foram recepcionados pela Constituição Federal, rompendo totalmente com o sistema patriarcal, que colocava o homem em posição de superioridade em relação à mulher.

Até então, o Código de Processo Penal, que é de 1941, previa que a mulher não poderia exercer o direito de queixa sem a permissão do marido, salvo quando estivesse separada ou a queixa fosse contra ele. Caso recusado, o juiz poderia supri-lo. Esse dispositivo, incompatível com a Constituição, só foi revogado expressamente com a Lei nº 9.250/97.

Em 2004, a Lei nº 10.886 acrescentou os §§ 9º e 10 ao art. 129 do Código Penal, criando o tipo de violência doméstica no § 9º e uma causa especial de aumento no § 10. A Lei nº 11.106/2005 conferiu nova redação aos arts. 148, 215, 216, 226, 227 e 231 do Código Penal, retirando expressões que remetiam à honestidade da mulher e elevando a pena em razão do vínculo familiar ou afetivo com o agente. Retirou, ainda, a possibilidade de extinção da punibilidade por força do casamento da vítima com o réu.

Mas o que, efetivamente mudou o sistema de proteção à mulher foi a Lei nº 11.340/2006, que tem nome de mulher, Maria da Penha, pela sua luta na busca de justiça, ela que sofreu duas tentativas de homicídio, praticadas por seu marido à época, um professor universitário colombiano, que a deixaram paraplégica, mas não paralisada para agir contra a absurda demora da responsabilização do réu.

Inicialmente, o Brasil teve que pagar 20.000 dólares de indenização a ela, pois a condenação só adveio mais de 20 anos após a prática do crime, bem como foi instado a aprovar lei que pudesse trazer maior proteção à mulher, surgindo esta, considerada pela ONU como a 3ª melhor do mundo, a muito conhecida Lei Maria da Penha, regulamentadora do art. 226, § 8º, da Constituição Federal, que impõe ao Estado assegurar a assistência e coibir a violência contra a família, na pessoa de cada um de seus membros.

A lei criou um processo dotado de efetividade social, para proteger a mulher e prevenir a violência e o faz com possibilidade de ir além da apuração da verdade e consequente aplicação da pena, possibilitando a obtenção de medidas cíveis, como guarda de filhos, pensão alimentícia, afastamento do lar, dentre outras, e visando, ainda, a recuperação do agressor, sendo exigível a participação ativa de uma equipe multidisciplinar na Vara Especializada de Violência Doméstica, além de uma novidade salutar: o Judiciário passa a trabalhar com a Rede de Proteção à mulher.

A definição de rede de enfrentamento à violência contra as mulheres envolve a ação articulada entre as instituições e serviços governamentais, não-governamentais e sociedade civil, com o objetivo de desenvolver estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam a construção da autonomia das mulheres, os seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a efetiva assistência às mulheres que se encontrarem nesta situação.

Integram a Rede de Proteção à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar: Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs), Juizados/Varas Especializadas, Coordenadorias de Violência contra a Mulher, Casas-Abrigo, Casa da Mulher Brasileira, Centros de Referência de Atendimento à Mulher, Órgãos da Defensoria Pública, Serviços de Saúde Espe-

cializados para o Atendimento dos Casos de Violência contra a Mulher. Ademais, cada Estado da Federação pode oferecer outros serviços através da secretaria específica<sup>7</sup>.

Além da evolução da legislação brasileira, tivemos também os tratados internacionais, e vale recordar que o “Tratado dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, não mencionava as mulheres. Por causa dessa omissão, Olimpe de Gouges escreveu os “Direitos das Mulheres e da Cidadã”, em que defendia a igualdade de direitos, mas as suas ideias, muito avançadas para a época, levaram-na a ser condenada à morte e guilhotinada na cidade de Paris, em 3 de novembro de 1793.

Não se pode olvidar, ademais, que somente em 1871 o direito norte-americano proibiu a imposição de castigos físicos pelo homem à mulher, isso apenas nos estados de Alabama e Massachusetts<sup>8</sup>.

Facilmente explicável com a releitura da legislação no mundo, a violência contra a mulher, com a constatação de que o machismo, como dito anteriormente, tem raízes históricas em quase todos os países, inclusive com seus consecutórios impostos na própria lei, necessitando de investimentos na educação para a igualdade e implementação de políticas públicas, a fim de se modificar tanto a “cabeça” do homem como da mulher, após séculos de cultura e legislação sexistas.

Aos poucos, o tema acerca da igualdade foi ganhando corpo no cenário mundial, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a luta dos movimentos feministas e a reivindicação do direito ao voto, mas a igualdade entre homem e mulher foi contemplada tardiamente, surgindo em 1945 na Carta da ONU e posteriormente na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966).

Após, foram firmados Tratados e Convenções abordando o tema, como a Declaração de Pequim, em 1995, que reiterou a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993, ao reconhecer que os direitos das mulheres integram os direitos humanos.

Além dessa Declaração, foram assinados dois instrumentos importantes para a igualdade entre homem e mulher: a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), direcionada à igualdade e não discriminação, e a Convenção de Belém do Pará, com foco na violência contra a mulher, definindo a violência doméstica como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na privada.

Tal definição praticamente se repete no art. 5º da Lei Maria da Penha, *in verbis* “configura violência doméstica 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”. Os incisos do citado artigo explicitam que tal fato deve ocorrer: I - **no âmbito da unidade doméstica**, compreendida como o espaço de convívio permanente das 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; e III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Por fim, no parágrafo único traz para a proteção da lei, **as pessoas homoafetivas**.

### **Para o futuro: conhecer a violência nas suas diversas espécies para combatê-las**

Lição importante a ser passada que, no curto espaço deste artigo não se poderia aprofundar, entretanto, impende explicitar os diversos tipos de violência, pois muitos imaginam quando se

7 Cartilha da Secretaria de Política para as Mulheres da Presidência da República “Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres”. Disponível em <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/rede-de-enfrentamento>.

8 Fernandes, Valéria Scarance. A Lei Maria da Penha: a efetividade do processo penal, p.

fala de violência, que se está a falar na física, a mais conhecida, quando, na verdade, temos, ainda, a sexual, a moral, a patrimonial e a psicológica e, não raro esta última resvala para danos físicos porque deflagradoras da depressão que pode levar ao suicídio, vários tipos de cânceres, dentre outras patologias psicossomáticas.

A violência física, referida como a mais comum, na verdade é somente a mais visível, porque deixa marcas de lesões, facilmente constatadas pelos peritos que realizam os exames e pelas pessoas da convivência da vítima. No entanto, a violência psicológica precede ou é concomitante à física, e provoca danos às vezes maiores. Não raro, o que se observa nos foros, é que esta violência vai num crescendo, da leve para a grave, gravíssima e, por fim a morte.

Muitas vezes, porém, tais lesões não são perceptíveis pelas vítimas como de tais gravidades previstas em lei; ao contrário, são “justificadas” pelo ciúme do parceiro, entendido por elas, como prova de amor.

Insta fazer breve referência à lição de Luiza Nagib Eluf, para quem o ciúme “nasce de um profundo complexo de inferioridade” e “o autor de crime passionnal possui uma ilimitada necessidade de dominar e uma preocupação exagerada com sua reputação. O horror ao adultério se manifesta claramente, mas não pelo que este último significa para o relacionamento a dois e sim em face da repercussão social que fulmina o homem traído”<sup>9</sup>.

Não se pode olvidar que, muitas vezes, tais ciúmes nascem do imaginário masculino, imotivado, portanto, mas na “cabeça do homem” justificável porque ele acredita que, sendo sua a mulher, tem o poder detê-la, ainda que contra a vontade desta. Tal circunstância é narrada, amiúde, no foro criminal da comarca de Porto Seguro, na Bahia, quando intimados ao cumprimento de medidas protetivas, em decorrência da prática de lesões contra as companheiras, os estrangeiros ali residentes se surpreendem e afirmam a título de justificativa “mas ela é minha mulher!”

Como consabido e bem explanou a promotora Valéria Scarance Fernandes na sua obra **Lei Maria da Penha: o processo penal a caminho da efetividade** “a raiz da violência doméstica está no sentimento de posse em relação à mulher como se ela fosse sua propriedade”, enxergando a mulher como coisa, resquícios do *pater familias* romano, que, à época, das portas para dentro da sua casa, era o juiz, o sacerdote, enfim o senhor supremo, podendo castigar e até matar a mulher, os filhos e os escravos., tendo sobre eles o poder da vida e da morte.

A violência física contra a mulher, definida pela Lei Maria da Penha como “qualquer conduta que ofenda a sua integridade ou saúde corporal” (art. 7º, I), configura qualquer lesão física, aparente ou não, que provoque danos à saúde ou integridade física dessa.

A violência física, normalmente, exterioriza-se em tapas, socos, empurrões e agressões com objetos contundentes ou cortantes, que podem redundar em marcas visíveis, geralmente no rosto e nos órgãos sexuais da vítima, alvos preferenciais, como num recado macabro de que “se não for minha, não será de mais ninguém”. Nesses casos, cabíveis as indenizações por danos materiais, morais e também estéticos, consoante permissivo de acumulação previsto na Súmula 387 do STJ.

Tais lesões, conforme a gravidade, poderão ser tipificadas como vias de fato (contravenção), lesão corporal, nas suas diversas formas, tortura ou feminicídio (nova qualificadora, inserida pela lei 13.104/2015).

Vale mencionar aqui a inserção do § 9º do art. 129, do Código Penal pela lei 10.886, de 2004, que prevê a lesão praticada contra parentes consanguíneos (ascendente, descendente, irmão), cônjuge ou companheiro, pessoa com quem o agente conviva ou tenha convivido, ou em razão de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Note-se que tal dispositivo ampliou o âmbito do crime praticado em ambiência doméstica ou familiar para ambos os sexos, aumentando a pena (detenção de três meses a três anos).

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

No que concerne ao feminicídio, não houve a criação de novo tipo penal, mas o acréscimo de outra qualificadora ao art. 121 do Código Penal, ante o crescente número de mortes de mulheres. Como diz o texto legal, *in verbis*:

Matar alguém: VI- (...) por razões da condição de sexo feminino; e no § 2º - Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I- violência doméstica e familiar; II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Verifica-se, pois, que o legislador brasileiro tem atentado para a gravidade das situações, que, em última análise, significa “Dormir com o Inimigo”, conforme título de uma película estrangeira, assim traduzida no Brasil. Segundo dados da Central de Atendimento à Mulher 180, serviço do Governo Federal que recebe denúncias de vítimas em todo o país, 85% das ocorrências são registradas dentro do lar ou em ambiente familiar e já constatada pela Organização das Nações Unidas (ONU), que a casa não é um lugar seguro para a mulher, no Brasil, e talvez, em quase todos os países, sendo a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos no mundo.

Marisa Sanematsu<sup>10</sup>, diretora de conteúdo do Instituto Patrícia Galvão, ONG criada em 2001 com foco na luta pelo direito das mulheres e igualdade de gênero faz interessantes observações sobre o tema, considerando com os dados constantes do SUS e do Atendimento à Mulher 180, ser a casa o local mais perigoso para a mulher: *“O que as pessoas têm que parar para pensar é que esse homem, que está nervoso e com problema, ele não bate no chefe, no colega de trabalho, não briga com o cobrador de ônibus. Ele vai para a casa, onde ele pensa que é o domínio dele, e bate na mulher.”*

E mais: As pessoas condenam a violência contra a mulher, mas, no dia a dia, acabam questionando *“ah, o que essa mulher fez para provocar o cara? Ela deve ter feito alguma coisa”. Ainda temos essa noção que existe justificativa para violência.*

Triste constatar, ainda, que também as crianças são alvos fáceis da violência, revelando as estatísticas que, em mais de 70% dos casos, as agressões físicas e sexuais ocorreram em casa, na sua maioria contra meninas. Tal observação merece ser inserida, quando se verifica que os mesmos crimes contra os homens são cometidos, na maioria das vezes, no âmbito público, nas ruas, no trabalho, em festas etc.

A violência psicológica, prevista no inciso II do art. 7º, *in verbis*:

*entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação*

Segundo Valéria Scarance Fernandes, “é uma forma de dominação oculta, muitas vezes não identificada pela própria vítima (..) tem elevadíssimo, mas oculto e quase imperceptível, poder destrutivo. Consiste em uma atitude de controle e rebaixamento da vítima pelo agressor e normalmente marca o início da dominação masculina”<sup>11</sup>.

Informa Ela Wiecko<sup>12</sup> que:

10 Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-e-estatisticas-sobre-violencia-contra-as-mulheres/>. Acesso em 21 set 2016.

11 Opus citis, p 82.

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



*Trazendo mais especificamente para a realidade brasileira, Rios do Amaral (2011, p.4) observa que na maioria esmagadora dos registros policiais sinaliza que a violência psicológica é sim o bem mais atingido das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.*

E acrescenta a citada autora que :

*Não há na lei penal brasileira o crime chamado “violência psicológica”. Isso não significa que condutas reconhecidas como violência psicológica, nos termos antes descritos, não sejam enquadráveis em um tipo penal. Pode-se aplicar, em tese, um ou mais tipos legais, como o de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, de lesões corporais (leve, grave ou gravíssima, sessão (sic) corporal seguida de morte e violência doméstica), de calúnia, difamação, injúria, de constrangimento ilegal, de ameaça, de sequestro e cárcere privado, de violação, songação ou destruição de correspondência e, mesmo, de tortura. Resta, porém, um grande número de violências psicológicas que não se enquadram nos tipos acima referidos. Nos termos da Lei Maria da Penha podem, no entanto, ser levadas em conta para a concessão de medidas protetivas e aplicação da lei civil.*

Assente, pois, que a violência psicológica pode ser denunciada como prática de lesão corporal, dentre outros crimes, dado que o sofrimento pode ser até causador de diversas patologias, o que é confirmado na assertiva de Marie-France Hirigoyen<sup>13</sup> “Os ataques psicológicos são os mais perigosos... existem formas de violência nas quais o parceiro sem desferir o menor golpe, consegue destruir o outro.”

A violência sexual definida no inciso III do art. 7º, *in verbis*:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Até bem pouco tempo, entendiam a doutrina e a jurisprudência que não haveria violência sexual entre pessoas casadas, considerando o direito à relação sexual como o débito conjugal, ou seja, um dos deveres do casamento. Felizmente, evoluíram, não só a doutrina penal, mas também a jurisprudência, para admitir a prática de estupro pelo marido e não mais o exercício regular de um direito. Além disso, determina a lei penal seja aumentada da metade a pena, quando: o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tenha autoridade sobre ela (art. 226, II CP).

A violência sexual no âmbito doméstico enseja, ainda, a causa de aumento genérica, prevista na alínea ‘f’ do inciso II do art. 61 do CP: “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

A violência patrimonial, prevista no inciso IV do art. 7º, “entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”.

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



A partir da nova definição de violência doméstica, que reconhece também a patrimonial, não mais se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos arts. 181 e 182 do CP quando a vítima é mulher e mantém com o autor um vínculo de natureza familiar, e o Estatuto do Idoso expressamente prevê a dispensa da representação e a não aplicação dessa causa de isenção quando a vítima tiver mais de 60 anos.

Assevera Maria Berenice Dias que: “Identificada como violência patrimonial a subtração de valores, direitos e recursos econômicos destinados a satisfazer as necessidades da mulher, neste conceito se encaixa o não pagamento dos alimentos. Deixar o alimentante de atender a obrigação alimentar, quando dispõe de condições econômicas, além de violência patrimonial, a omissão tipifica o crime de abandono material<sup>14</sup>”.

A violência moral (art. 7º, V, da Lei nº 11.340/2006), entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. São os definidos em lei como crimes contra a honra, que praticados na presença de vínculo afetivo ou familiar, constituem violência moral. Na calúnia, o agressor atribui à vítima a prática de crime; na difamação há atribuição de fato ofensivo à reputação desta e na injúria não há imputação de fato determinado, mas ofensa direta à dignidade de alguém. As duas primeiras atingem a honra objetiva e a última, a honra subjetiva.

Ante as novas tecnologias de informações, redes sociais na internet, a violência moral tem sido efetivada mais rapidamente e massivamente e nem sempre de fácil comprovação a ridicularização, desqualificação e inferiorização da vítima, que pode valer-se, em obtendo as provas necessárias, da ação indenizatória por dano material e moral, além da possível responsabilização na área penal, inclusive com as implicações da incidência da lei Maria da Penha.

E para o futuro, como lidar com a violência crescente?

Muitos sonhos a alcançar na área do Judiciário, tais como mais Varas Especializadas e Regionais, tornazeleiras eletrônicas com a especificidade do que ocorre em Pernambuco, em que o homem usa a tornazeleira e a mulher outro dispositivo, na forma de um colar ou como uma pochete e este dispara na área de monitoração da polícia, com a proximidade do agressor, o que permite o deslocamento de uma viatura ao local e, via de consequência, evitar um mal maior.

Para os casos mais graves, o botão do pânico, que além de disparar o alarme na área de monitoração policial, ainda grava em áudio e vídeo todo o ocorrido, produzindo excelente prova para o processo.

Utilização de celular simples que possa disparar pedido de ajuda com a proximidade do agressor na monitoração eletrônica a ser feita pela Polícia Militar ou pela Guarda Municipal.

Instituição de medida eletrônica, com a integração das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM's), Ministério Público, Defensoria e Judiciário, para a agilização da concessão das medidas protetivas de urgência.

Realização de convênios com as universidades, sindicatos e associações de Psicólogos, para realização de atendimentos às vítimas, propiciando tratamento psicológico para estas, pois demasiado preocupante a mulher procurar o sistema de justiça, após a agressão e depois da audiência, ela voltar para casa, sozinha, sem uma necessária ajuda para diminuir a sua dor e o seu medo.

Também os grupos reflexivos para os homens e, por fim, a Justiça Restaurativa, com a participação da sociedade civil, por meio da utilização da mediação, poderá ser feito fazer o acompanhamento e atendimento necessários na busca de soluções aceitas e trabalhadas por ambas as partes, mormente no que diz respeito às repercussões da violência na área cível, já que na área criminal, em se tratando de ações penais públicas, o processo deverá ter o seu trâmite normal.

Para fazer valer a cultura da não violência, que na visão dicotômica seria a ausência de violência, e definida por Guilherme Assis de Almeida como “ação intencional que não provoca modificação prejudicial na pessoa ou grupo de pessoas destinatárias da ação”, deve ser conduzi-

14 A lei Maria da Penha na justiça, p. 72.

do o processo de modo que não estimule a continuidade da violência. Isto foi cuidadosamente inserido na Lei Maria da Penha, esse microssistema de proteção à mulher, mais especificamente quando assinala no art. 21 que a mulher deverá ter ciência da soltura do agressor, o que deve ser exigido quando das audiências de custódia. Tais audiências passaram a ser realizadas no Brasil, em razão de o país ser signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica, assinado em 1992, mas só recentemente o CNJ, sob a presidência do Ministro Lewandovisk, adotou medidas para colocar em prática as referidas audiências.

Estabelece o art. 7.5 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH): “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento”.

Na mesma toada o art. 9º, 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, *in verbis*:

“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantia que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para execução da sentença”.

Essas normas internacionais foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro deste 1992, mas cada Estado assinou um Termo de Adesão, sendo que, na Bahia ocorreu em 28/08/2015.

A partir do implemento da audiência de custódia na Bahia, surgiu uma preocupação crucial para os que trabalham com a difícil questão da violência doméstica contra a mulher, pois 24 horas após a prática do crime ele poderá ser solto, e para onde retornará? Todos sabem a resposta, que, naturalmente, será a própria casa, geralmente a única moradia para agressor e vítima e, nos possíveis encontros não esperados, a violência poderá se exteriorizar num grau bem maior.

As prisões por crimes com incidência da Lei Maria da Penha são as que mais têm logrado soltura nas audiências de custódia, o que tem apavorado as pessoas que lidam com a matéria, ante as recentes mortes e agressões ocorridas logo após as referidas solturas.

Verificou-se, por esses motivos, a necessidade de regulamentação específica para os casos em que houvesse a incidência da lei Maria da Penha, advindo, então, a Instrução Normativa nº 01/2015 do Tribunal de Justiça da Bahia.

#### **Instrução Normativa nº 01/2015**

*Estabelece procedimentos para tratamento processual adequado aos flagrantes que envolvam violência doméstica.*

O Juiz coordenador do Núcleo de Prisão em Flagrante desta Comarca de Salvador, no uso das atribuições que lhe conferem o parágrafo único do artigo 3º da Resolução 09/2011, e

#### **CONSIDERANDO**

A política nacional de enfrentamento à violência doméstica;

Os princípios norteadores da legislação vigente com foco na proteção da vítima; e

A necessidade de adequação dos procedimentos Cartorários pós decisão judicial acerca do flagrante baseado na Lei Maria da Penha, nomeadamente o quanto disposto no artigo 21 da Lei 11.340/2006;

**RESOLVE**

**Art. 1º** – Determinar que de toda decisão acerca da prisão em flagrante que envolva violência doméstica seja a vítima notificada acerca de seu teor e, no caso de soltura do conduzido, tal cientificação deve ocorrer antes da efetivação da liberdade, excetuada a hipótese de impossibilidade de localização da vítima, após esgotadas todas as possibilidades de notificação.

§ 1º – Para a apreciação da soltura, deve ser assegurada a juntada dos antecedentes policiais e judiciais do acusado.

§ 2º – A notificação da vítima deve ser pessoal e poderá ser feita por telefone, desde que certificada, no processo, pela Secretaria.

§ 3º – Para o caso do §2º, a certidão deverá conter o número do telefone com o qual se estabeleceu contato com a vítima e apontamento do dia e horário da cientificação.

Art. 2º – Nos casos em que a decisão for de soltura do conduzido, poderá a prisão em flagrante ser substituída por medidas protetivas de urgência, com notificação, de imediato, pela Secretaria, da liberdade e das medidas concedidas ao serviço de Ronda Maria da Penha, por meio de e-mail oficial para ronda.penha@pm.ba.gov.br, anexando cópia da decisão e informando o nome completo, telefone e endereço da vítima.

Parágrafo único – Cópia do e-mail deverá ser juntada ao processo antes de encaminhado à distribuição.

**Art. 3º** – Esta instrução entra em vigor nesta data.

Salvador, 27 de novembro de 2015.

Antonio Alberto Faiçal Júnior

Juiz de Direito

Coordenador do NPF

Louvável a iniciativa de implementar-se a audiência de custódia no Brasil, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisão em flagrante, em audiência em que serão ouvidos o Ministério Público e a Defensoria Pública ou o advogado do preso, com o que se estará protegendo o acusado de eventuais ocorrências de tortura, maus tratos ou outras irregularidades. Depara-se, no entanto, com o dilema: audiência de custódia x violência contra a mulher, com dois importantes direitos em conflito, a integridade da pessoa presa x proteção (vida) da vítima, visto que as estatísticas alardeiam que a cada uma hora e meia, uma mulher é morta no Brasil e a maioria dos crimes são cometidos por homens, parceiros ou ex-parceiros, dentro do próprio domicílio da vítima<sup>15</sup>.

Sem adentrar no mérito da compatibilidade da audiência de custódia com a violência doméstica, tem-se que pensar em alternativas urgentes, como instalação em todos os Estados de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais de Serviços e Assistência Social e Psicológica, verificação, sempre, da necessidade de concessão de medidas protetivas, a serem fiscalizadas por Rondas, Patrulhas Maria da Penha<sup>16</sup>, ou similares, utilização de tornoeleiras ou dispositivos outros como o conhecido botão do pânico, telefones com aplicativos de segurança, enfim todo um aparato a ser pensado para a preservação da vítima, sob pena de ser levada ao descrédito a prestação jurisdicional.

15 BRASIL. Estatuto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Dados. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=homic%C3%ADdio+contra+mulher&ordering=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com\\_search&limitstart=20](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=homic%C3%ADdio+contra+mulher&ordering=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com_search&limitstart=20)>. Acesso em: 13 setembro 2016.

16 Que atuam como forma de prevenção primária, comparecendo periodicamente à residência das mulheres que possuem Medidas Protetivas de Urgência, para verificar se as medidas estão sendo cumpridas

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se tem certeza científica sobre o aumento ou diminuição da violência doméstica após a lei Maria da Penha mas tem-se tentado equacionar o problema e com a aplicação dessa Instrução, intenta-se proteger a mulher, informando-a, com antecedência, da soltura do agressor, bem como da concessão das medidas protetivas de urgência que se fizerem necessárias, mormente a da não aproximação da vítima e de familiares e, mais, o encaminhamento da notificação sobre a concessão da liberdade e da medida protetiva, para a Ronda Maria da Penha, a fim de que se efetive o acompanhamento da vítima e fiscalização do cumprimento da medida protetiva, com o fito de evitar a reiteração delitiva.

Sabe-se o quão difícil é o Direito mudar a Sociedade, mas as normas são positivadas com a finalidade de manter a paz e a harmonia nas diversas relações sociais e estas mudaram bastante no que tange às posturas de homem e mulher na sociedade contemporânea, ressalvados os países em que isto não foi possível. Verifica-se, no entanto, ser necessário, estabelecer regras ditadas pelo bom senso que tratem, ainda, desigualmente homens e mulheres, a fim de propiciar maior proteção à última, como se fora um processo de adaptação de todos para afinal, alcançar-se a tão desejada a paz, valor fundamental para todas as sociedades, afinal o Direito deve acompanhar esta evolução e neste compasso pensar nas palavras de Nelson Mandela: “Quando penso no passado, no tipo de coisas que me fizeram, sinto-me furioso, mas, mais uma vez, isso é apenas um sentimento. O cérebro sempre domina e diz-me: tens um tempo limitado de estada na terra e deves tentar usar esse período para transformar o teu país naquilo que desejas”.

Seria de perguntar-se: o que se deseja para o Brasil?

Com a publicação do Mapa da Violência, 2015: homicídio de mulheres no Brasil, coordenada por Julio Jacobo Waiselfisz, com a taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil ocupa a quinta posição (atrás tão somente de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia), dentre os 83 países pesquisados (com dados homogêneos fornecidos pela Organização Mundial de Saúde), em número de homicídios contra as mulheres, evidenciando índices que superam, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo, devendo ser instado à mudança, com implemento de políticas públicas, que façam reais a busca de **mais justiça e solidariedade para homens e mulheres, brasileiros cultores da paz.**

## REFERÊNCIAS

### Obras impressas

- BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher.** Presidência da República, Brasília, 2011.
- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo.** Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia (orgs). **Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais.** São Paulo: Paulinas, 2007.
- CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Violência Psicológica.** 2016. In: BARBOSA, Theresa Carina de Figueiredo Gaudêncio (Org). **A mulher e a justiça – A violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos.** Brasília: Amagis DF. 2016.



- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.
- ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GERHARD, Nádia. *Patrulha Maria da Penha. O impacto da ação da polícia militar no enfrentamento da violência doméstica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.
- GROSSI, Miriam Pillar. **Identidade de gênero e sexualidade**. Estudos de Gênero: Cadernos de área n. 9. Goiânia: Editora da UCG, 2000.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*. Rio de Janeiro: Betand, 2006. In: ALMEIDA, Treice. *Violência Psicológica praticada contra a mulher: possibilidade de configurar lesão corporal*. Artigo apresentado como requisito para graduação no curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, sob a orientação da Prof. Doutora Nágila Maria Sals Brito, no ano de 2015.
- MADEIRA, Felícia Reicher (org). **Quem mandou nascer mulher? Estudos sobre crianças e adolescentes pobres no Brasil**. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997.
- MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.
- RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (orgs). **Mulheres Brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC/SP, 2013.

#### Dados Estatísticos e Doutrinários constantes de Documentos Eletrônicos

- BRASIL. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Cartilha. **Enfrentamento à Violência Doméstica**. Disponível em: <[http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/\\_cartilha\\_enfrentamento\\_a\\_violencia\\_domestica.pdf](http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/_cartilha_enfrentamento_a_violencia_domestica.pdf)>. Acesso em: 15 setembro 2016.
- BRASIL. **Estatuto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Dados. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=homic%C3%ADdio+contra+mulher&ordering=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com\\_search&limitstart=20](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=homic%C3%ADdio+contra+mulher&ordering=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com_search&limitstart=20)>. Acesso em: 13 setembro 2016.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Dados. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/esaj/portal.do?servico=190100>>. Acesso em: 13 setembro 2016.
- BRASIL. **Fundação Perseu Abramo**. Disponível. **Dados**. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/>>. Acesso em: 15 setembro 2016.
- BRASIL. PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Assessoria de Cidadania e direitos humanos. **Série “Violência de Gênero” - Cartilha 1 – Violência no relacionamento “amoroso”**. Disponível em: <[http://www.mulheres.org.br/violencia/documentos/violencia\\_no\\_relacionamento\\_amoroso.pdf](http://www.mulheres.org.br/violencia/documentos/violencia_no_relacionamento_amoroso.pdf)>. Acesso em: 15 setembro 2016.
- SCHRAIBER, Lília Blima; D’OLIVEIRA, Ana Flávia P. L. (texto). **Cartilha. O que devem saber os profissionais de saúde para promover os direitos e a saúde das mulheres em situação de violência doméstica**. Disponível em: <<http://portal.coren-sp.gov.br/sites/default/files/cartilha.pdf>>. Acesso em: 22 setembro 2015.
- SILVA JR, Edison Miguel da. **Lei Maria da Penha: conduta baseada no gênero**. Disponível em: <<file:///C:/Users/camcarvalho/Downloads/Lei-Maria-da-Penha-conduta-baseada-no-genero.pdf>>. Acesso em: 13 setembro 2016.



WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015. Atualização: homicídio de mulheres no Brasil.** Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

Entrevista Marisa Sanematsu, disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/o-lugar-mais-perigoso-para-mulher-e-dentro-de-casa/>. Acesso em 26 setembro 2016.



## O ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL E O DANO MORAL



*por Moacyr Montenegro Souto*

Sob o manto da toga e até mesmo me colocando como cidadão comum, muitas vezes me deparo e tenho que enfrentar a questão complexa do dano moral, não só de maneira geral, como também especificamente nos contratos de compra e venda de imóvel ainda em construção, para entrega futura.

Preliminarmente, impõe-se abordar as duas espécies de dano moral consagradas na doutrina e jurisprudência que, diga-se *an passant*, não é uniforme. Vale dizer, há entendimentos que consideram a ocorrência de dano moral, e outros em sentido contrário, a respeito do mesmo fato, situação esta que vem de ser resolvida com o advento do novel diploma processual civil, por força dos precedentes obrigatórios.

A primeira espécie cuida do dano moral presumido, que prescinde de maiores aprofundamentos por parte do julgador, na medida em que independe de comprovação por parte do ofendido, salvo quanto a existência do fato causador, uma vez que este, por si só, já caracteriza o próprio dano moral, configura-se *in re ipsa*. O exemplo mais corriqueiro desta espécie de ofensa moral nas lides forenses é a inserção indevida do nome do ofendido nos cadastros de inadimplentes, caso em que basta a comprovação deste fato que, por sua própria natureza, fere o patrimônio moral do cidadão, restando ao julgador apenas a tarefa de arbitrar o *quantum* da indenização, sempre atento à sua dupla finalidade, quais sejam, a de que tal valor represente, para o ofendido, uma compensação do *pretius doloris*, o vexame grave que atingiu a sua honra e dignidade e, ao mesmo tempo, seja eficaz no sentido de punir o ofensor, desestimulando-o à prática de condutas semelhantes, sem perder de vista as condições pessoais e financeiras dos envolvidos. Entretanto, no caso de inclusão indevida do nome de pessoa em cadastro restritivo de crédito, em que pese a presunção do dano moral, o Superior Tribunal de Justiça excepciona essa regra através da sua Súmula 385, ao estabelecer que “*da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento*”.

Em síntese, o que a teoria do dano moral *in re ipsa* preceitua é que há determinados tipos de atos ilícitos que geram automaticamente algum dano ao homem médio, ou seja, aquele que se enquadra dentro de um padrão moral médio. Importante frisar que a teoria do dano *in re ipsa* gera a presunção do abalo moral e patrimonial, mas a sua extensão, que repercute no valor indenizatório, é mensurada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, evitando-se o famigerado “tabelamento” adotado por alguns Colegiados de Justiça.

Segundo os ensinamentos da eminente jurista Teresa Arruda Alvim:

*“....., nos parece imprescindível ressaltar que a dispensa integral da prova do dano moral só pode ocorrer nos casos em que este se dá in re ipsa. Este fenômeno significa que a prova efetiva do dano pode ser afastada porque qualquer homem médio que tivesse passando pela situação da vítima do dano teria experimentado as mesmas sensações (a mesma dor, o mesmo sofrimento etc.). É o que ocorre, por exemplo, no que diz respeito à situação da perda de um ente querido.” (WAMBIER, Luiz Ro-*

*drigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “A Prova do Dano Moral da Pessoa Jurídica”. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez, n.317, ano 52, p.7-13.).*

Vale lembrar, ainda, as lições de Carlos Alberto Bittar sobre essa matéria. Diz ele:

*“... Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.” (BITTAR, Carlos Alberto. “Reparação Civil por Danos Morais”. Revista dos Tribunais, Vol. 32, 1993).*

No âmbito da jurisprudência, observem como se posiciona, o Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes exemplos de dano moral presumido:

**Manutenção indevida da inscrição do nome do consumidor em órgãos protetivos do crédito** - “A manutenção indevida do nome da devedora no cadastro de inadimplentes enseja o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos.” (AgRg no AREsp 581.304/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015).

**Atraso irrazoável de voo, sem assistência ao passageiro** - “No caso em que companhia aérea, além de atrasar desarrazoadamente o voo de passageiro, deixe de atender aos apelos deste, furando-se a fornecer tanto informações claras acerca do prosseguimento da viagem (em especial, relativamente ao novo horário de embarque e ao motivo do atraso) quanto alimentação e hospedagem (obrigando-o a pernoitar no próprio aeroporto), tem-se por configurado dano moral indenizável *in re ipsa*, independentemente da causa originária do atraso do voo.” (STJ - AgRg no Ag 1.410.645-BA, Terceira Turma, DJe 7/11/2011; e AgRg no REsp 227.005-SP, Terceira Turma, DJ 17/12/2004. REsp 1.280.372-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 7/10/2014 – Informativo nº 550 de 19 de novembro de 2014).

**Divulgação de imagem em propaganda política sem autorização** - “Configura dano moral indenizável a divulgação não autorizada da imagem de alguém em material impresso de propaganda políticoeleitoral, independentemente da comprovação de prejuízo.” (STJ - REsp 1.217.422-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/9/2014 – Informativo nº 549 de 05 de novembro de 2014).

**Extravio de carta registrada** - “Se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) não comprovar a efetiva entrega de carta registrada postada por consumidor nem demonstrar causa excludente de responsabilidade, há de se reconhecer o direito a reparação por danos morais *in re ipsa*, desde que o consumidor comprove minimamente a celebração do contrato de entrega da carta registrada.” (STJ - EREsp 1.097.266-PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/12/2014, DJe 24/2/2015 – Informativo nº 556 de 04 de março de 2015).

**Venda casada por operadora de telefonia** - “Configura dano moral coletivo *in re ipsa* a realização de venda casada por operadora de telefonia consistente na prática comercial de oferecer ao consumidor produto com significativa vantagem - linha telefônica com tarifas - ais interessantes do que as outras ofertadas pelo mercado - e, em contrapartida, condicionar a aquisição do referido produto à compra de aparelho telefônico.” (STJ - REsp 1.397.870-MG, Rel. Min.

Mauro Campbell Marques, julgado em 2/12/2014, DJe 10/12/2014 – Informativo nº 553 de 11 de fevereiro de 2015).

Como vimos, cuida-se de uma conduta ofensiva cujo resultado danoso está intimamente vinculado à ocorrência do fato que, por si só, fere a dignidade e a honra do ofendido, sem o desafio de qualquer outra prova para que se concretize o dano moral, cabendo, tão somente, ao julgador aferir a sua extensão e, atento às características da vítima e do agressor, fixar o *quantum indenizatório*.

Quanto ao segundo tipo de dano moral, há certa complexidade porque exige o estudo, caso a caso, quanto à comprovação, por parte da vítima, da ocorrência do dano e sua extensão, onde o subjetivismo é fator complicador na medida em que nem sempre o julgador está preparado para adentrar a fundo no âmago da pessoa que passa por uma situação que pode ensejar um dano extrapatrimonial, tendo condições para avaliar, primeiro, se este, de fato ocorreu e a sua extensão e, segundo, arbitrar o seu valor pecuniário, estando, ainda, capacitado para vislumbrar o possível e corriqueiro propósito da pretensa vítima em ganhar dinheiro fácil, com o beneplácito do judiciário. Aliás, geralmente, este é um dos argumentos que o demandado se apegue em sua defesa, para descaracterizar o alegado dano moral e, quando isso acontece e a vítima realmente não visou essa espúria intenção, ela sofre mais uma ofensa à sua dignidade. Por isso, nas duas vezes que tive que bater às portas da justiça em busca de reparação moral, fiz questão de incluir na petição inicial a afirmação de que o numerário resultante da condenação seria doado a uma instituição de caridade, com a devida comprovação nosautos, optando por enfatizar apenas o aspecto do *punitive damage* ao ofensor.

Se, de um lado, o julgador se depara com uma relação consumerista, obrigado a aplicar o Código de Defesa do Consumidor que, como a própria denominação indica, é um diploma protetcionista, partindo do pressuposto de que o consumidor é a parte economicamente mais fraca, por outro, em contraponto, há que enfrentar e distinguir situações forçadas pela pretensa vítima, em que se busca a legislação consumerista como forma de obter vantagem pecuniária indevida, principalmente diante da inversão do ônus da prova.

O saudoso mestre soteropolitano Calmon de Passos, que muitas lições de vida deixou aos seus ouvintes, alunos ou não, com sua imensa sabedoria jurídica, enfatizou que *“A possibilidade, inclusive, de retirarmos proveitos financeiros dessa nossa dor oculta, faz-nos atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis, quer como vítimas, quer como advogados ou magistrados. Para se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da efetiva dor do beneficiário, desocultando-a.*

(...)

*Assim como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa ‘dor’ que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimento.”* (PASSOS, J.J. Calmon de. “O Imoral no Dano Moral”. Informativo Incijur – Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, n.46, ano IV, p.1-5, maio/2003.).

A situação escancarada pelo eminente jurista desafia a reflexão a respeito do julgamento a se esperar nas demandas nas quais se pleiteia dano moral, especialmente quando se tem uma pessoa jurídica no polo passivo, envolvendo questões de consumo, sob o manto da inversão do ônus da prova, que favorece em muito a parte autora, tida como social e economicamente hipossuficiente, muitas vezes, só aparentemente. Não foi por acaso que o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 292, V, por exemplo, aboliu as mazelas do diploma anterior, como a possibilidade do pedido genérico de dano moral, sem especificar o valor que se pretendia receber e, ainda assim, havia interesse recursal, isto é, se a parte não indicou o valor que queria a título de dano moral, e o Juiz fixou em quantia tida como insuficiente, cabia recurso para majorar o valor. Outra benesse

da sistemática anterior, consagrada pela Súmula 326 do STJ, mas banida com a vigência do Novo Código, ocorria com a parcial procedência da ação indenizatória, ou seja, quando fixado valor abaixo do pleiteado, caso em que não havia sucumbência do autor e apenas o réu arcava com esse ônus. Ora, isso facilitava o pedido de dano moral de forma genérica na medida em que, qualquer que fosse o valor concedido, havia recurso sem risco de sucumbência, dando azo à litigância irresponsável e à denominada “indústria do dano moral”. É o fim dos pedidos irresponsáveis de dano moral. A partir de agora, o advogado deverá estudar a jurisprudência para pleitear a indenização de acordo com os parâmetros fixados pelos tribunais, e não mais buscar o enriquecimento da parte via ação indenizatória por dano moral.

Como efeito colateral dos privilégios antes referidos, que a lei consumerista confere ao consumidor, surgiu um campo fértil para brotar milhares de ações indenizatórias fraudulentas espalhadas no país e amplamente noticiadas. O jornal “Olhar Jurídico”, de Mato Grosso, em 13 de março de 2014, publicou a manchete “Advogados investigados por fraude milionária em indenizações já respondem a processo na OAB/MT”, noticiando que “cerca de dez advogados, que são alvo de um inquérito policial por suspeita de participação em uma fraude para inclusão de pessoas físicas no banco de dados do SERASA e SPC, já são alvo de outras investigações no Tribunal de Ética de Disciplina da OAB em Mato Grosso”. Essas pretensas vítimas de dano moral, de posse da certidão comprovando a inclusão do seu nome no sistema, ajuizaram ações indenizatórias buscando valores que chegam a trinta mil reais.

A Corregedoria Nacional de Justiça, tendo à frente a eminente Ministra Nancy Andrighi, atenta ao golpe dessas quadrilhas, enviou correspondência aos coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis, estaduais e federais, alertando dessas reiteradas fraudes, inclusive no Rio de Janeiro, citando alguns exemplos. Uma das fraudes identificadas ocorreu com o uso do nome de uma pessoa física com diversas grafias, sobrenome alterado e CPFs distintos, para ajuizar ações indenizatórias contra empresas varejistas, visando obter o ressarcimento de compras falsas feitas pela *internet*, em razão da não entrega do produto, sempre de alto valor, combinado com indenização por dano moral. No caso do Rio de Janeiro, foram ajuizadas 14 ações semelhantes, do mesmo autor, juntando boletos de pagamentos falsos, com autenticação mecânica da Caixa Econômica Federal. Em outras ações uma mesma nota fiscal foi usada como prova para o pedido indenizatório por dano material e moral. Há, também, muitos casos de fraudes envolvendo falsos furtos e violações de bagagens com artigos de luxo, despachadas em companhias aéreas. Outros casos proliferam no país.

Importa, por fim, considerar situações que, embora não se possa afirmar a existência de fraude, apresentam fortes indícios de dano moral simulado, brotado pela fertilidade do terreno habitado pelo hipossuficiente, sob o manto da Lei Consumerista, onde o consumidor apenas alega que houve interrupção do fornecimento de energia elétrica, sustentando o dano moral presumido, e ajuíza ação indenizatória obtendo vantagem pecuniária que varia de dois a seis mil reais, muitas vezes majorada em Segundo Grau para dez ou quinze mil reais, aproveitando-se do fato de que a concessionária de energia elétrica não dispõe de recursos técnicos para fazer a prova negativa de que não ocorreu a alegada falha do serviço.

Visando compensar o apontado desequilíbrio gerado pelo ônus da prova e coibir a frequente “indústria do dano moral”, entendo que não se trata de dano moral *in re ipsa*, cabendo ao julgador aferir nos autos, caso a caso, a extensão dos efeitos da falha do serviço, a fim de verificar se ocorreu, de fato, ofensa à dignidade do consumidor e sua família, ou apenas o incômodo naturalmente causado pela falta de energia elétrica naquela unidade.

No caso do dano moral causado pelo atraso na entrega de imóvel – objeto destas modestas anotações – a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, oscila, a ponto de se verificar julgamentos esparsos, que consideram este tipo de ofensa moral *in re ipsa*. Todavia,



predomina o entendimento de que se trata de mero descumprimento de contrato que, embora produza constrangimentos e aborrecimentos ao consumidor, não fere o seu patrimônio moral, salvo a ocorrência de desdobramentos resultantes do inadimplemento, que repercutem na esfera da dignidade da vítima. É justamente esta circunstância peculiar de cada caso que permite afirmar que não se trata de dano moral *in re ipsa*.

Os exemplos são diversos, mas vale citar alguns a fim de ilustrar a diferença de entendimento que pode ocorrer num mesmo caso. Recentemente foi julgada uma apelação em uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça deste Estado em que, já firmado o entendimento de inexistência de ofensa à moral do adquirente de imóvel em construção, em face ao atraso na entrega do bem, um eminente integrante da Turma Julgadora fez ver que, naquele caso, a demora foi de três anos, tempo suficiente para agravar o simples constrangimento, transmutando-o em verdadeiro dano moral, a reclamar uma reprimenda e uma compensação pelo injustificável descumprimento do contrato, observação esta que foi determinante para que o Relator modificasse seu voto, concluindo pela procedência do dano moral. Houve, também, o caso em que o adquirente do imóvel em construção, certo de recebê-lo em determinado prazo, já considerando, com folga, o período de tolerância previsto no contrato, promete vender o que utiliza como sua residência e, diante do atraso na entrega do imóvel adquirido, sofre um grave abalo moral por não poder cumprir o prometido, tendo que se mudar às pressas para honrar seu compromisso. De igual modo ocorre quando a compra do imóvel visa a moradia dos noivos, por ocasião do casamento, ensejando a frustração causada pela não entrega das chaves por parte da construtora. Todavia, repita-se, são situações que dependem de comprovação nos autos por parte do demandante adquirente, uma vez que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o simples inadimplemento contratual pela não entrega do imóvel no prazo avençado não é capaz, por si só, de gerar dano moral indenizável, devendo haver, no caso concreto, consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade do consumidor.

Tomem-se como exemplo, recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ENTREGA DA OBRA. ATRASO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROPRIETÁRIO PERMUTANTE. LEGITIMIDADE. CLÁUSULA PENAL. RECIPROCIDADE. LUCROS CESSANTES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. PROVA. ÔNUS. RÉU.

EXCESSO DE CHUVAS. ESCASSEZ DE MÃO DE OBRA. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. LUCROS CESSANTES. TERMO FINAL. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS.

1. Os recursos especiais têm origem em ação de indenização por perdas e danos decorrentes de atraso na conclusão de obra objeto de contrato de compromisso de compra e venda para fins de aquisição de unidades imobiliárias em empreendimento comercial.

2. O proprietário permutante do terreno não responde pelos atos de incorporação quando se limita à mera alienação do terreno para a incorporadora sem participar de nenhum ato tendente à comercialização ou construção do empreendimento.

3. Na espécie, as instâncias de cognição plena, à luz da prova dos autos, e analisando os contratos celebrados entre as partes, concluíram que a alie-

nante permutante do terreno figurou nos contratos de promessa de compra e venda ora na condição de “vendedora” ora na condição de credora hipotecária, transmitindo para o adquirente/consumidor a ideia de solidariedade na efetivação do empreendimento, de forma que não pode ser reconhecida a sua ilegitimidade passiva.

4. A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes.

5. É possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta tem natureza compensatória.

6. A alegação de exceção de contrato não cumprido arguida em defesa deve ser comprovada pelo réu, pois é seu o ônus de demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos no artigo 333, inciso II, do CPC/1973.

7. Essa Corte já se pronunciou em inúmeras oportunidades no sentido de que a inversão das conclusões da Corte local para afirmar, por exemplo, que o excesso de chuvas e a escassez de mão de obra configuram fatos extraordinários e imprevisíveis, enquadrando-se como hipóteses de caso fortuito ou força maior, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

8. A conclusão da Corte local para fixar a data da expedição da carta de habite-se como termo final do pagamento dos lucros cessantes resultou da análise das circunstâncias fáticas, bem como da interpretação de cláusulas contratuais.

9. O simples inadimplemento contratual não é capaz, por si só, de gerar dano moral indenizável, devendo haver consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima, o que não se constatou no caso concreto.

10. Recursos especiais parcialmente conhecidos e não providos. (STJ - REsp 1536354/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016) (grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE JURISDIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - DANOS CONSTATADOS QUE EXORBITAM A ESFERA DE MERO DISSABOR - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DA RAZOABILIDADE - REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA CONSTRUTORA.

1. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma clara e fundamentada.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano indenizável, devendo haver consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico. Precedentes. O Tribunal de origem consignou estar abundantemente comprovada a presença dos requisitos necessários à responsabilização da construtora ao

pagamento dos danos suportados pelo atraso na entrega do imóvel. Rever esta conclusão encontraria óbice na Súmula 7/STJ.

3. A indenização por danos morais fixada em *quantum* sintonizado ao princípio da razoabilidade 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 manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido “. (STJ. AgRg no AREsp 391.324/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015). (grifei)

“AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS.

1. O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.

2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido “. (REsp 876.527/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 1º/04/2008, DJe 28/04/2008) – grifei.

Vale ressaltar que, em consulta aos julgamentos da citada Corte Superior, foram encontradas apenas duas menções ao dano moral *in re ipsa*, em decorrência de atraso na entrega de imóvel. Porém, em ambos os casos o STJ não procedeu ao exame do tema, propriamente dito, limitando-se a negar provimento aos recursos ante a ausência de específica impugnação à motivação adotada pelo Tribunal local, ou sob o fundamento da impossibilidade de reexame de fatos e provas naquela instância recursal. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. DANO MORAL IN RE IPSA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL NÃO AFASTADO. REVISÃO DO VALOR ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O acórdão recorrido está devidamente fundamentado e não contém omissão, obscuridade ou contradição, uma vez que foi dirimida a questão pertinente ao litígio, não se revelando os embargos de declaração como a via

adequada à revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente.

2. Na espécie, alterar as conclusões do acórdão recorrido, no sentido de verificar a inexistência de falha na prestação do serviço e a ausência de nexo causal, demandaria reexame de fatos e provas providência vedada na instância especial, conforme dispõem o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. A pretensão de reforma do acórdão quanto ao valor indenizatório encontra óbice no enunciado n. 7/STJ, porquanto o Tribunal de origem decidiu as questões em atenção às peculiaridades fáticas dos autos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp 715.293/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 12/11/2015) grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. 1. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. 2. INDENIZAÇÃO. R\$ 12.000,00. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. VALOR FIXADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. 3. AGRAVO IMPROVIDO.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” (Súmula n. 283/STF).

2. Na hipótese, as recorrentes, em suas razões de recurso especial, alegaram a inexistência dos danos pelo evidente caso fortuito externo, sem impugnar o fundamento do Tribunal local que considerou o dano in re ipsa. Ademais, não apontaram nas razões do recurso especial em que consistiria o caso fortuito a ensejar o atraso na obra.

3. O valor da indenização por danos morais, no caso em exame, arbitrado em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), considerada a peculiaridade do caso em questão, qual seja, atraso injustificado na entrega da obra - pelo período de agosto de 2011 a janeiro de 2012 -, não se mostra desarrazoado ante os patamares estabelecidos por esta Corte Superior, estando em perfeita consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não é cabível, portanto, a intervenção do STJ no tocante ao valor fixado nas instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 726.777/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 08/10/2015) grifei.

Não resta dúvida de que um sistema jurídico que se pretenda justo, dialético, efetivo e eficiente não pode, jamais, prescindir de valores como a igualdade substancial e a segurança que se alcança quando, para casos similares, a solução entregue é a mesma: to treat like cases alike. Na verdade, interpretações diversas sobre um mesmo fato posto em julgamento, fenômeno que se verifica em todos os tribunais pátrios, geram insegurança jurídica, tanto para os operadores do direito, quanto para os jurisdicionados, na medida em que ficam na expectativa de julgamento em determinada direção, se aquele caso for submetido ao crivo de determinada Turma ou Câ-

mara. Esta incômoda e nociva situação há décadas é alvo da preocupação de juristas, desaguando em alterações na Lei Processual Civil anterior e, mais contundentes, na atual, fazendo surgir a força vinculante dos precedentes, solidificados através dos Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR, abraçando a teoria, para a qual, uma vez estabelecido o princípio de Direito aplicável a determinada situação, os Tribunais e magistrados singulares, em casos análogos futuros, terão que aplicá-lo, preservando o sentido do que já foi decidido, sem olvidar, contudo, que o Direito não pode ser visto de forma desvincilhada de sua facticidade, como um produto técnico e científico, pronto e acabado.

O ordenamento jurídico não pode ser construído tão somente com base em argumentações previamente produzidas por outrem, nem pretender extrair, de um só caso concreto, uma solução que a todos satisfaça. Em suma, o precedente não pode ser encarado como um ponto de partida, mas como um ponto de chegada, sob pena de engessar ad eternum a norma jurídica, tornando-a, em pouco tempo, letra morta e sem correspondência com as novas relações sociais e tecnológicas, com o dinamismo que lhes são peculiares, a exigirem novos rumos para a solução dos conflitos. Um bom exemplo da inviabilidade desse engessamento é o que ocorreu em passado recente com as condutas ilícitas cometidas através da rede mundial de computadores, a internet, ante a ausência de correspondência ou paradigma no ordenamento jurídico nacional. Afinal de contas, a segurança jurídica tão fortemente buscada pelo novo Código de Processo Civil como forma de apaziguamento das relações sociais e diminuição da litigiosidade, passa necessariamente pelo tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida certa de suas desigualdades. É o que penso, salvo melhor juízo.



## ASPECTOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA E O TEMPO DE PROCESSO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS



*por Roberto Maynard Frank<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente ensaio analisará novas leis brasileiras que regulam o processo eleitoral, destacando-se, dentre as mudanças legislativas, no que toca ao sistema político-eleitoral brasileiro, destaque as realizadas a partir do advento da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, que modificou a Lei das Eleições, a Lei dos Partidos Políticos e o Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, com especial atenção para questões que afetam diretamente o pleito que se realizará neste ano de 2016. Também serão vistos institutos inovadores trazidos pela nova lei relacionados à atividade diária de todos que trabalham com o direito eleitoral.

**Palavras chave:** Processo Eleitoral; Procedimento; Eleições; Inovações;

**ABSTRACT:** This essay will analyze the new legislation of Brazil that regulates the electoral procedure, Law n. 13.165/2015, that brought changes to another existing legislations, giving special attention to questions related to legal procedures and procedural celerity, especially on the light of the upcoming electoral poll of this year of 2016. There will also be reviewed innovations stated by the new law concerning the daily basis activity of everyone who works with electoral procedures.

**Keywords:** Electoral procedure; Elections; Innovation;

1. Introdução; 2. Princípio da Cooperação e Boa-fé no Novo Código de Processo Civil; 3. A razoável duração do processo e inovações processuais; 4. Novidades procedimentais e práticas; 5. Conclusão; 6. Referências.

### Introdução

Neste artigo, mantereí o foco em questões processuais que envolvem a atividade do operador do direito em geral, tomando por base as previsões legislativas de legislações que alteraram o processo eleitoral brasileiro.

Serão abordados, ainda que brevemente, temas relativos ao Direito Eleitoral, cuja relevância social e jurídica deste evento é indiscutível, tendo em vista que neste ano será realizado pleito eleitoral para o preenchimento de cargos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, mediante aplicação das novas regras instituídas a partir de recentes Leis promulgadas no ano de 2015.

Destaco, inicialmente, que nos últimos anos o Brasil tem sofrido reviravoltas e mudanças nas regras atinentes ao seu sistema político-eleitoral, tanto pela via legislativa, quanto pela via judicial.

Nestes aspectos, as principais mudanças que merecem destaque foram as realizadas a partir do advento da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, que modificou a Lei das Eleições, a Lei dos Partidos Políticos e o Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

---

<sup>1</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

É preciso destacar, brevemente, que a referida Lei n. 13.165/2015 é totalmente aplicável às eleições que se realizarão neste ano de 2016.

Publicada no mês setembro do ano de 2015, a referida legislação que inova no processo eleitoral respeita o princípio da anterioridade anual eleitoral, estabelecido no art. 16, da Constituição Federal de 1988.

Passada esta questão inicial, será feita pontual abordagem relacionada a aspectos processuais que, modificados pela via legislativa, podem influenciar na duração dos feitos nos Tribunais, sem deixar de relacionar o tema com o intuito geral das mudanças promovidas pela minirreforma eleitoral.

As mudanças que foram promovidas no procedimento eleitoral são de suma importância para todos os que participam da defesa dos direitos e da seara que envolve as eleições, tanto em relação às partes que representam quanto para a administração da justiça como um todo.

Também serão analisadas outras inovações pontuais de relevância relacionadas à celeridade processual, dando ênfase aos mecanismos utilizados pela lei para agilizar o procedimento e permitir uma prestação jurisdicional mais rápida.

Após, serão pinceladas mudanças pontuais em diversas sistemáticas procedimentais que foram objeto de alteração pela legislação vindoura.

E, ao final, as conclusões indicarão se o novo Código trará um impacto positivo ou negativo na sistemática eleitoral brasileira.

### **O tempo inserido nas relações processuais e a duração dos processos nos Tribunais**

Este primeiro tópico abordará de forma mais ampla alguns institutos, mas tendo como base a ideia central relacionada aos aspectos da mudança legislativa e o tempo de processo na visão dos tribunais.

O tempo como elemento afeito ao processo judicial influencia o Direito em todas as suas áreas, não se excluindo o Direito Eleitoral.

Com efeito, a Constituição Federal é expressa em seu art. 5º, inc. LXXVIII, ao prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O aspecto temporal da prestação jurídica envolve os aspectos de eficiência e efetividade do Poder Judiciário, em razão do que é preciso observar não somente o intervalo de duração do processo como um todo, mas os aspectos de repercussão prática do provimento jurisdicional almejado.

Neste sentido, o celebrado jurista José Joaquim Gomes Canotilho<sup>2</sup> refere que “a protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada.”

E complementa que<sup>3</sup>:

[...] ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina: 2003, p. 499.

3 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina: 2003, p. 499.

Desta forma, compreendo que uma abordagem do tempo de processo na visão dos tribunais, como a proposta, envolve não somente a duração cronológica do feito, mas também aspectos que impliquem numa obtenção de resultado prático mais ou menos célere.

É preciso atentar, no entanto, que a efetivação da justiça e a preservação dos direitos materiais e processuais não podem ser suprimidas por uma desarrazoada busca por velocidade na realização do processo.

Nesta linha de pensamento, invoco novamente as lições da Canotilho<sup>4</sup> para deixar claro que “a aceleração da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.”

Delineados estes aspectos gerais, cabe tratar agora das modificações legislativas em si promovidas pela recente legislação eleitoral.

Primeiramente, serão elencadas linhas gerais acerca da reforma eleitoral promovida nos últimos anos, uma análise das mudanças promovidas pela reforma legislativa denota um nítido objetivo de enxugamento em relação aos aspectos de custo e de duração do processo eleitoral como um todo, considerados os procedimentos relacionados desde à definição do candidato pelos partidos e coligações, até o período de campanha eleitoral.

Observado o aspecto de tempo, percebe-se que foram reduzidos prazos relacionados com a prática de atos como a escolha dos candidatos pelos partidos e coligações, o que também ocasionou a diminuição do período de campanha eleitoral.

A nova legislação passou a prever que a realização das convenções partidárias para escolha dos candidatos seja feita até, no máximo, o dia 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.

Cabe aqui o registro de que a referida data limite para o registro de candidaturas antes era definida como o 90º (nonagésimo) dia anterior ao pleito eleitoral, mas foi alterada para a data fixa de 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, até as 19 (dezenove) horas.

Na mesma linha, o período de campanha eleitoral foi reduzido para 45 (quarenta e cinco) dias, permitindo-se a propaganda eleitoral somente após o dia 15 de agosto do ano da eleição, data fixada como limite para o registro de candidatura, conforme alterações promovidas no art. 240, do Código Eleitoral e no art. 36, da Lei n. 9.504/97.

A repercussão destas mudanças no julgamento de processos e sua duração não pode ser definida com exatidão neste momento, mas, por exemplo, em relação à Ação de Investigação Judicial Eleitoral, diminui-se a janela de possível ajuizamento desta.

Conforme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral<sup>5</sup>:

“o termo inicial para ajuizamento da AIJE é o registro de candidatura, não sendo cabível a sua propositura se não estiver em jogo a análise de eventual benefício contra quem já possui a condição de candidato, conforme interpretação do art. 22, inciso XIV, da LC nº 64/1990” (Agravamento Regimental em Recurso Ordinário nº 10520, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 23/02/2016)

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina: 2003, p. 499.

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravamento Regimental em Recurso Ordinário nº 10520, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 23/02/2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=10520&processoClasse=RO&decisaoData=20151215&decisaoNumero=&protocolo=152092015&noCache=0.07372686605469725>>. Acesso em: 30/07/2016, às 19:30.

No tema, destaca-se, ainda, a possibilidade de apreciação de fatos ocorridos antes deste marco temporal, enquanto, por outro lado, a Investigação Judicial pode ser ajuizada até a data da diplomação.

Conforme exposto, o registro da candidatura foi postergado para o dia 15 de agosto do ano da eleição, o que diminui não somente o tempo de campanha, mas também o tempo no qual é possível o ajuizamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral o que implica em menor prazo para os advogados e, é possível imaginar, que exista uma redução na quantidade de utilização deste meio processual, por conta do tempo mais exíguo para sua utilização.

Isto, no entanto, não retira da apreciação do Poder Judiciário, quaisquer fatos que sejam tendentes a desequilibrar o pleito eleitoral, inexistindo ofensa, portanto, ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Devem os juristas observarem os prazos específicos para se valer do processo de Investigação Judicial Eleitoral a tempo, além de existirem outros meios para levar eventuais fatos abusivos à análise judicial, mesmo após a diplomação.

Este primeiro ponto revela uma apreciação inicial mais genérica e prognóstica, que apenas pode ser esperada, mas não se está certo quanto a sua efetivação da maneira como aqui prevista.

Mas é possível que um menor número de ações judiciais permita melhor desenvolvimento dos trabalhos nos Tribunais e o julgamento de mais processos, reduzindo, por consequência o tempo de duração destes.

A nova legislação vem com a melhor das intenções, com o intuito de promover profunda alteração e melhoria no andamento processual do Poder Judiciário e trazer benefícios para todos, mas, para isto, ela deve ser bem compreendida e aplicada pelos envolvidos no processo eleitoral.

### **Alterações legislativas pontuais e sua repercussão prática**

Já adentrando em em outros aspectos decorrentes da nova legislação eleitoral, serão analisadas agora matérias pontuais que sofreram modificação e a respectiva repercussão prática de cada uma das mudanças promovidas.

Em primeiro ponto, apreciando o tema do julgamento de processos por Juízes e Tribunais, em especial no que toca ao quórum específico para proferimento das decisões, cabível é o comentário em relação a uma novidade legislativa.

Em aspectos procedimentais, a nova legislação passou a prever que decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais sobre ações que resultem em cassação de registro, anulação geral de eleições ou perda de diplomas somente poderão ser tomadas com a presença de todos os integrantes.

Foi privilegiada a regra do quórum completo para julgar os referidos processos, regra esta que já era aplicável em relação ao Tribunal Superior Eleitoral, conforme previsto no art. 19, parágrafo único, do Código Eleitoral.

Nesta sistemática, caso ocorra o impedimento de algum juiz, será convocado o substituto ou o respectivo suplente.

Deve ser esclarecido que o Tribunal Superior Eleitoral firmava posicionamento no sentido de que “não é necessário que os Tribunais Regionais Eleitorais realizem seus julgamentos com quórum completo, como exigido pelo art. 19 do mesmo diploma para a instância superior.”<sup>6</sup>, entendimento este expressamente revisto pela alteração legislativa.

6 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 48.052, Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 22/08/2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48052&processoClasse=AC&decisaoData=20120801&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.31002075402756724>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:00.

Destaco que, em respeito ao princípio do *tempus regit actum* esta regra somente se aplica a julgamentos ocorridos após a sua publicação, mantendo-se o posicionamento anterior em relação aos julgamentos prévios à publicação da lei em questão.

Neste sentido, o Tribunal Superior Eleitoral já manifestou que<sup>7</sup>:

Não procede a preliminar de nulidade do julgamento sucedido na AIJE, uma vez que, na redação do artigo 28, caput, do Código Eleitoral, vigente à época do julgamento pela Corte de origem (*tempus regit actum*) não era necessário que os Tribunais Regionais Eleitorais realizassem seus julgamentos com quórum completo, como exigido pelo art. 19 do mesmo diploma em relação ao Tribunal Superior Eleitoral. Precedentes. (Recurso Especial Eleitoral nº 48369, Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 26/11/2015)

Em termos práticos, e no que toca ao tempo de duração dos processos, esta alteração legislativa pode implicar na dilatação temporal para o deslinde de uma causa em casos específicos nos quais o impedimento de um julgador implique na necessidade de convocação do substituto para novo julgamento em Sessão posterior.

No entanto, caso o impedimento se manifeste previamente, é possível fazer compor a turma julgadora pelo substituto com antecedência, minorando eventuais atrasos que adviriam desta questão procedimental.

Feita esta breve abordagem, muda-se o contexto para a apreciação do tema relacionado à concessão de efeito suspensivo nos recursos eleitorais, na forma do quanto disposto no art. 257, do Código Eleitoral.

Esta outra mudança que cabe ser destacada afeta não o tempo de julgamento dos processos, mas a própria efetividade da prestação jurisdicional, que é o fim último almejado por um julgamento mais célere.

Neste tópico, cabe referir que os recursos eleitorais não eram dotados de efeito suspensivo, conforme disposição lega expressa do *caput* do art. 257, do Código Eleitoral<sup>8</sup>, dependendo a execução do Acórdão apenas da imediata comunicação ao juízo, mediante ofício, telegrama ou até mesmo cópia do seu teor.

No entanto, a nova disciplina passou a prever efeito suspensivo *ope legis* para os recursos ordinários, interpostos contra decisão proferida por Juiz Eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral que resultem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo, garantindo-se preferência ao recurso, ressalvados os habeas corpus e mandados de segurança.

Esta é a disciplina conferida na redação dos parágrafos 2º e 3º, do art. 257, do Código Eleitoral, conforme redação da Lei n. 13.165/2015<sup>9</sup>.

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 48369, Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 26/11/2015. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48369&processoClasse=RESPE&decisaoData=20151110&decisaoNumero=&protocolo=186002014&noCache=0.3039641822310195>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:15.

8 Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

§ 1º A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

[...]

9 Art. 257. [...]



Quanto ao tema, cabe destacar, conforme já declarado pelo Tribunal Superior Eleitoral<sup>10</sup>, que o efeito suspensivo é “regra inaplicável aos recursos de natureza extraordinária”.

O Recurso Especial Eleitoral, portanto, não é dotado de efeito suspensivo, cabendo, à luz de casos específicos, se utilizar de ação cautelar específica para sustar os efeitos de decisões, quando demonstrado o perigo na demora da prestação jurisdicional e a fumaça do bom direito.

Quanto ao tempo de duração dos processos, aqui compreendido a partir da efetiva entrega da prestação jurisdicional, denota-se que o efeito suspensivo por força de lei somente foi conferido a hipóteses específicas, a saber, recursos ordinários contra Acórdãos que resultem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda do mandato eletivo, não afetando toda e qualquer decisão.

Destaca-se que o efeito suspensivo, por si, não modifica o tempo de julgamento do processo, mas posterga a efetivação do resultado prático da prestação jurisdicional.

Outrossim, os casos específicos eleitos pela nova legislação denotam situações graves que afastam o jurisdicionado da condição de candidato ou de detentor de mandato eletivo, motivo pelo qual já podia se observar, ainda antes desta previsão legal, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo pela via judicial.

A novidade que pode implicar em verdadeira mudança no que toca ao tempo de julgamento dos processos pelos Tribunais é aquela, já destacada, que prevê a preferência ao específicos recursos citados sobre quaisquer outros processos, ressalvados os habeas corpus e mandado de segurança.

Esta preferência no julgamento cria verdadeira obrigação legal para que os Tribunais apreciem os recursos ordinários, nas hipóteses listadas na lei, de forma antecipada a outras causas, o que se entende que implicará em uma prestação jurisdicional mais célere em relação à generalidade das causas apreciadas pelo Tribunal.

Perpassado também este tema, é pertinente a apreciação da matéria que toca ao julgamento conjunto de demandas fundadas nos mesmos fatos

Quanto a este tópico, cabe esclarecer que, na seara eleitoral, um único fato pode permitir o ajuizamento de mais de uma demanda, levando a diferentes objetivos, desde a declaração de inelegibilidade, cassação de registro ou do mandato eletivo.

Exemplificativamente, pode ser citada a existência de diversos procedimentos eleitorais aptos a apurar um único fato, como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME e o Recurso contra a Expedição de Diploma - RCED.

Neste tema, é preciso destacar que a jurisprudência eleitoral não reconhece a identidade entre estas ações e, por consequência, não caracteriza a litispendência, mas apenas uma possível conexão entre as referidas causas.

Desta forma, à parte é possível ajuizar uma primeira ação e, posteriormente, outra com objetivo diverso, mas com refinamento das provas e motivos apresentados, levando o judiciário a uma reapreciação de mesmos fatos com objetivos idênticos.

---

§ 1º [...]

§ 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 3º O Tribunal dará preferência ao recurso sobre quaisquer outros processos, ressalvados os de habeas corpus e de mandado de segurança. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário em Recurso Especial Eleitoral nº 73982, Relator Min. José Antônio dias Toffoli, Publicação: 07/03/2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=73982&processoClasse=RESPE&decisaoData=20160202&decisaoNumero=&protocolo=213312015&noCache=0.8386330825861081>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:30.

Claro que também se afeta o aspecto relativo ao tempo de julgamento de uma certa situação junto ao Poder Judiciário, posto que mesma questão pode estar numa fase procedimental num primeiro processo e em outra, ainda inicial, em uma segunda ação ajuizada.

Além disto, a reavaliação de fatos pelo Poder Judiciário pode levar ao que se chama de eternização da questão jurídica, evitando a consolidação de uma resposta judicial e interferindo com a efetividade da prestação jurisdicional.

Ao derredor deste tema, foi incluído na Lei das Eleições o art. 96-B<sup>11</sup>, que determina a reunião, para julgamento comum, das ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira.

A importância desta modificação para o julgamento de processos eleitorais e para o tempo de duração dos mesmos junto ao Tribunal se revela a partir da análise do disposto nos parágrafos segundo e terceiro do referido artigo.

Consoante estes, a ação proposta sobre o mesmo fato apreciado em outra não será conhecida, caso já exista decisão transitada em julgado, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas, ou será apensada ao processo anterior, na instância em que se encontrar, quando não observado o trânsito em julgado de decisão.

A modificação legislativa não inovou a ponto de reconhecer a litispendência entre causas eleitorais que tratam do mesmo fato, mas, ainda assim, permite que a reunião de processos, por força de lei, implique em maior celeridade na prestação jurisdicional e maior efetividade desta, na medida em que se obterá uma resposta única frente a um mesmo fato.

Neste sentido, o Tribunal Superior Eleitoral<sup>12</sup> já explicitou que não se:

[...] exclui a possibilidade de o Tribunal analisar eventual litispendência ou coisa julgada quando o recurso contra expedição de diploma é cópia fiel da ação de investigação judicial eleitoral, prestigiando o art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988, segundo o qual, 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'.

No aspecto prático, observa-se que a existência de ação anterior com decisão não transitada em julgada sobre um fato tornará o juízo prevento para o julgamento de ações futuras, permitindo uma prestação jurisdicional mais segura e rápida.

Uma maior celeridade também pode ser observada na hipótese de existência de decisão transitada em julgada sobre um fato, caso no qual a ação futura será não conhecida de imediato.

11 Art. 96-B. Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§1º O ajuizamento de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§2º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão ainda não transitou em julgado, será ela apensada ao processo anterior na instância em que ele se encontrar, figurando a parte como litisconsorte no feito principal. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§3º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

12 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 4303, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 31/05/2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=4303&processoClasse=AI&decisaoData=20160503&decisaoNumero=&protocolo=193282015&noCache=0.3279322145516612>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:50.

Um último e pontual aspecto que pode ter impacto na prática profissional e na celeridade processual está relacionado à prática do ato de intimação por meio de Edital Eletrônico.

Este último exemplo que será citado nesta breve exposição se relaciona com os atos de comunicação judicial, em especial aqueles voltados à intimação das partes.

A Lei n. 13.165/2015 acrescentou o parágrafo 5º ao art. 94<sup>13</sup>, da Lei das Eleições, passando a prever, para a possibilidade de intimação de advogados dos candidatos ou partidos e coligações por meio de Edital Eletrônico publicado na página do respectivo Tribunal na internet, em certas hipóteses.

O edital eletrônico poderá ser utilizado como meio de intimação pelos Tribunais Eleitorais, nos casos que não versem sobre a cassação do registro ou do diploma, iniciando-se a contagem no dia seguinte ao da divulgação.

A medida é louvável e refletirá, com um grau considerável de certeza, uma maior celeridade no processamento dos feitos, pois é sabido que as diligências e atos processuais implicam em grande parte da demora para seu julgamento.

São estes apenas alguns exemplos que puderam ser citados e tratados neste trabalho, sem prejuízo da necessidade de minucioso estudo da legislação novel pelos operadores do direito.

## Conclusão

Acredita-se, com este panorama, ter sido possível abordar, temas aptos para contribuir com a exposição de importantes temas direcionados ao Direito Eleitoral.

Espera-se, ademais, que as ideias apresentadas causem reflexão sobre o caráter inovador decorrente das mudanças legislativas recentemente realizadas no âmbito do Direito Eleitoral, que merecem a atenção e conhecimento não somente daqueles que participam diretamente do pleito, mas de todos os cidadãos.

As alterações legislativas promovidas inauguram uma nova e histórica sistemática eleitoral, que, pela primeira vez, será aplicada em eleições, o que torna também especial o escrutínio que será realizado em outubro deste ano de 2016, assim como a participação de todos os que dele participarem.

Será exigido dos Tribunais e Juízes Eleitorais, assim como dos partidos, candidatos, e quem mais se envolver em aspectos relacionados às eleições, que se atualizem e se adequem às novas previsões, de forma a revestirem de regularidade os atos praticados, as candidaturas e o resultado do próprio pleito.

Daí a importância de que todos se atualizem e acompanhem a aplicação dos novos dispositivos, inclusive em espaços criados para maior deliberação, diálogo e exposição dos temas tais como os aqui tratados.

---

13 Art. 94. Os feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juízes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de habeas corpus e mandado de segurança.

[...]

§5º Nos Tribunais Eleitorais, os advogados dos candidatos ou dos partidos e coligações serão intimados para os feitos que não versem sobre a cassação do registro ou do diploma de que trata esta Lei por meio da publicação de edital eletrônico publicado na página do respectivo Tribunal na internet, iniciando-se a contagem do prazo no dia seguinte ao da divulgação. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

## Referências

BRASIL. **Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm)>. Acesso em: 28/07/2016, às 19:55.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm)>. Acesso em: 28/07/2015, às 17:10.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 28/07/2015, às 16:40.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 48.052**. Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 22/08/2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48052&processoClasse=AC&decisaoData=20120801&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.31002075402756724>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:00.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 10520**, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 23/02/2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=10520&processoClasse=RO&decisaoData=20151215&decisaoNumero=&protocolo=152092015&noCache=0.07372686605469725>>. Acesso em: 30/07/2016, às 19:30.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 48369**, Relator Min. Henrique Neves da Silva, Publicação: 26/11/2015. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=48369&processoClasse=RESPE&decisaoData=20151110&decisaoNumero=&protocolo=186002014&noCache=0.3039641822310195>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:15.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário em Recurso Especial Eleitoral nº 73982**, Relator Min. José Antônio dias Toffoli, Publicação: 07/03/2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=73982&processoClasse=RESPE&decisaoData=20160202&decisaoNumero=&protocolo=213312015&noCache=0.8386330825861081>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:30.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 4303**, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: 31/05/2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=4303&processoClasse=AI&decisaoData=20160503&decisaoNumero=&protocolo=193282015&noCache=0.3279322145516612>>. Acesso em: 30/07/2016, às 20:50.

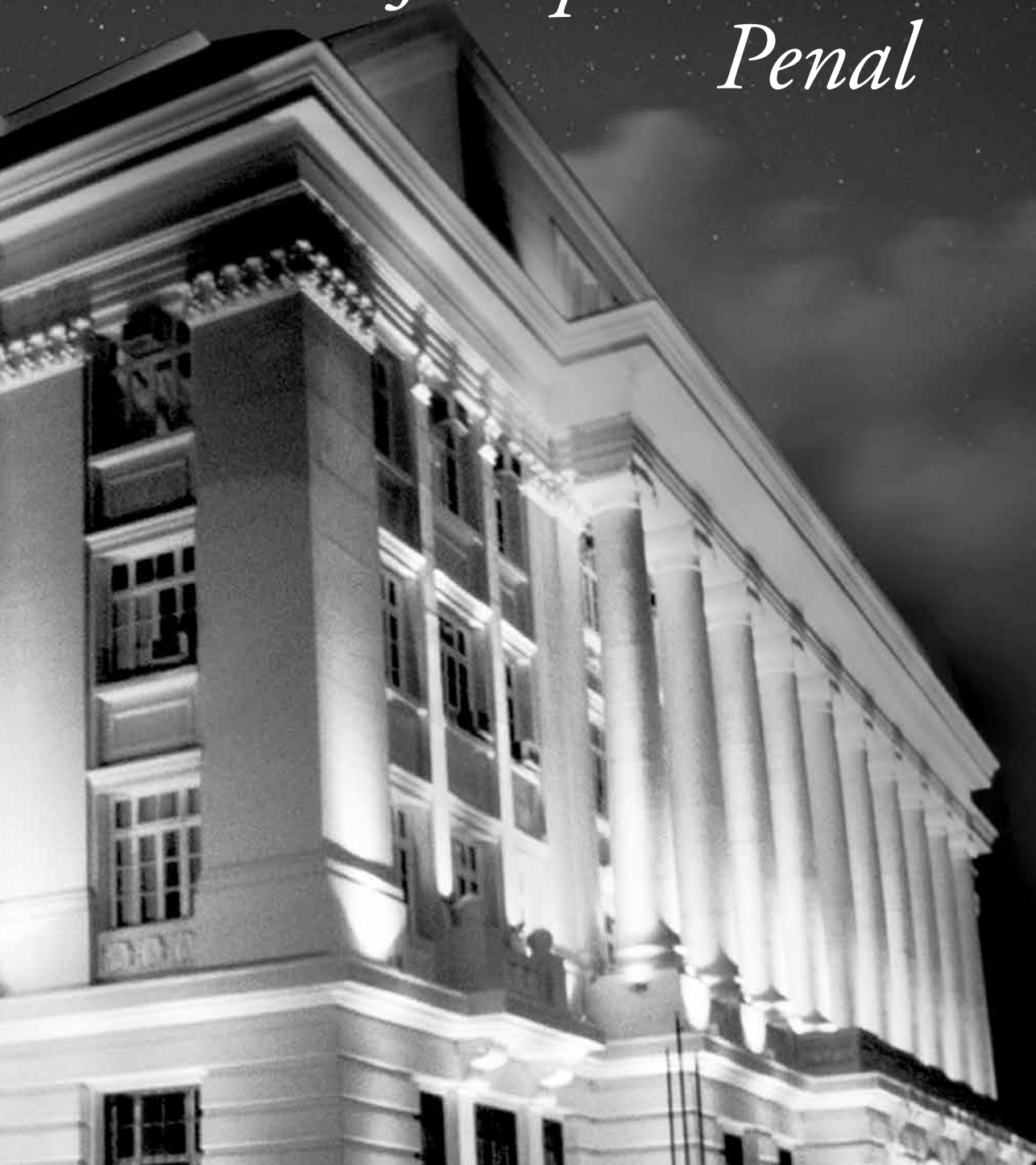
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.







*Jurisprudência  
Penal*





**TJBA – Mandado de Segurança nº 0016887-25.2015.8.05.0000, Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Abelardo Paulo da Matta Neto, julgado em 17/08/2016**

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COM O ESCOPO DE PRATICAR FURTO QUALIFICADO DE FORMA CONTINUADA. MEDIDA ASSECURATÓRIA COMO FORMA DE GARANTIR A REPARAÇÃO DO DANO PATRIMONIAL CAUSADO À VÍTIMA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS VEEMENTES DE RESPONSABILIDADE NOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE QUE A MEDIDA CAUTELAR SEJA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COMO DISCRICIONARIEDADE DO CREDOR. ACORDO CELEBRADO JUDICIALMENTE COM A VÍTIMA. IMÓVEL DADO COMO HIPOTECA LEGAL. BENS LEGÍTIMOS DADOS COMO GARANTIA. ACOLHIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO EM PARTE PARA ACOLHER A HIPOTECA LEGAL DO IMÓVEL E OS BENS MÓVEIS OFERECIDOS COMO GARANTIA, DESBLOQUEANDO, CONSEQUENTEMENTE, OUTROS BENS E VALORES EM NOME DA PESSOA FÍSICA DO IMPETRANTE.

Exsurge dos autos que o representante do Ministério Público ajuizou ação penal pública incondicionada, com pedido liminar de medida assecuratória em face de Clovis Kardekis Plácido, Joice Karine Seibert e Josias de Oliveira Cruz, requerendo o sequestro de todos os bens móveis e imóveis dos denunciados, bem como da sociedade empresarial TRANBLEM TRANSPORTES LTDA, de propriedade do ora impetrante, com o escopo de assegurar os danos por eles causados, em razão de terem, supostamente, cometido subtração de cargas de plumas de algodão.

Consta dos autos, ainda, que tal pleito foi atendido pelo Juízo de primeiro grau, determinando, assim, o bloqueio de bens e da conta bancária no valor de até R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) reais de cada acusado. Portanto, somente em desfavor do Impetrante foi determinado o bloqueio total de **R\$ 7.000.000,00 (sete milhões) de reais**, tendo em vista que metade do valor se refere aos seus bens pessoais e, a outra metade, aos bens da pessoa jurídica que é o proprietário.

**I.** De proêmio, impende consignar que a medida constritiva, no que se refere à sua fundamentação, resta, indubitavelmente, escorreita, uma vez que há significativo lastro probatório colhido no bojo da Ação Penal de nº 0000068-96.2015.8.05.0231, que levam a crer na existência dos crimes apurados, evidenciando, destarte, **o fumus commissi delicti na situação fática.**

Neste diapasão, os acusados respondem por crime de formação de quadrilha pela prática de furto qualificado de forma continuada, cuja ação resultou na subtração de 37 (trinta e sete) cargas de fardos de algodão, das quais 09 (nove) são imputadas ao Impetrante, gerando para a vítima expressivo prejuízo estimado no valor de **R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) reais**. Ora, essa situação clama por efetividade e celeridade processual, recomendando-se, portanto, a decretação das medidas assecuratórias, haja vista serem

imprescindíveis à tutela processual e, ademais, desempenham um importante papel de tutela do interesse econômico da vítima, resguardando bens para uma futura ação civil *ex delicti* e também do Estado, no que se refere à garantia do pagamento da pena pecuniária e custas processuais.

Neste contexto, levando em conta que as medidas assecuratórias têm como objetivo assegurar possível indenização civil, bem como o vultoso dano causado pelos acusados à vítima, além do perigo de dilapidação patrimonial pelos mesmos, o que frustraria a pretensão indenizatória, **evidencia-se, às escâncaras, o periculum in mora no caso em tela e, dessa forma, a necessidade da manutenção da decisão ora fustigada.**

II. Cumpre ressaltar, de logo, a legitimidade do órgão do Ministério Público para requerer a medida assecuratória do sequestro, nos termos dos art. 127 do CPP, como forma de garantir a reparação integral do dano patrimonial causado à vítima, tendo em vista a demonstração de indícios veementes de responsabilidade nos fatos descritos na denúncia.

Em que pese a arguição de ilegalidade na tramitação do pedido nos autos da ação penal originária, quando deveria ter sido em apartado, constata-se que nenhum prejuízo causou ao impetrante, por se tratar de mera irregularidade formal, razão pela qual não há que se declarar a nulidade do ato. Ademais, a juíza de primeiro grau, na decisão de fls. 123/128 determinou a extração de cópias e autuação em apartado do pedido de sequestro, saneando, portanto, o feito.

Por fim, o impetrante não provou que o sequestro recaiu sobre bens adquiridos de forma lícita. Observa-se, ainda, que a magistrada de 1º grau teve a cautela de determinar o bloqueio dos bens adquiridos a partir de outubro de 2013 até fevereiro de 2015, que corresponde ao período de ação delitiva.

III. Todavia, como já salientado, o Juízo *a quo* determinou o bloqueio dos bens e da conta bancária no valor de até R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) reais **de cada acusado**. Neste viés, somente em desfavor do Impetrante foi determinado o bloqueio total de **R\$ 7.000.000,00 (sete milhões) de reais**, tendo em vista que metade do valor se refere aos seus bens pessoais e, a outra metade, aos bens da pessoa jurídica que é o proprietário. Ocorre que, conforme sustentou o Impetrante, a decisão vergastada, indubitavelmente, vislumbra-se **desproporcional e desrazoada**, haja vista que, só em relação ao Impetrante, foi determinado, **de forma genérica, o bloqueio do dobro do valor do dano real causado à vítima.**

Neste caminhar, evocando a principiologia cautelar, é sabido que há sempre a necessidade de se demonstrar a proporcionalidade da medida, não sendo possível que o valor dos bens bloqueados exorbite o valor estimado de uma eventual responsabilização civil, custas e multas. Caso contrário, o legislador estaria fulminando os princípios da dignidade humana, razoabilidade, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional, conforme vem ocorrendo *in casu*.

Isso porque, à saciedade, tal decisão vergastada vem gerando injusta insegurança ao Impetrante e à sua empresa, tendo em vista que vem obstaculizando-o de exercer suas normais/imprescindíveis atividades e de cumprir com as suas obrigações comerciais e trabalhistas, bem como da sua própria



subsistência e de sua família, vivendo na iminência, portanto, de sofrer danos irreversíveis.

IV. Outrossim, diante de tudo quanto exposto, é que concordamos com a decisão liminar proferida pelo então relator Desembargador Baltazar Miranda Saraiva, às fls. 277/278, que decidiu que *“À luz do quanto visto, em caráter precário, fixo o teto máximo de bloqueio de valores depositados em conta em nome do Impetrante **JOSIAS DE OLIVEIRA CRUZ**, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), haja vista a garantia estipulada com a proibição de venda dos veículos, que ora se arbitra em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)”*.

V. Por outro vértice, em relação à oferta do imóvel denominado “Fazenda Águas Claras”, de propriedade de terceiro, dado em garantia real a título de hipoteca legal, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, tem-se que não existe qualquer impedimento, tendo em vista a declaração de anuência dada pela proprietária à fl. 112 e a certidão de ônus (fl. 284), atestando que o imóvel encontra-se livre e desembaraçado. Deve, pois, ser oficiado ao Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas do 2º Ofício de Barreiras, para que seja feita a devida averbação na matrícula do imóvel.

Do mesmo modo, conforme trazido à luz pelo Impetrante, às fls. 302 *usque* 319, não vislumbro qualquer impedimento dos bens móveis dados como garantia para substituir a proibição de venda dos veículos anteriormente bloqueados, conforme estabelecido na referida liminar, uma vez que, conforme documentos acostados aos autos, estão avaliados, aproximadamente, em **R\$ 690.000,00 (seiscentos e noventa mil) reais**.

Assim resta, clarividente, que os bens móveis oferecidos como garantia, mais precisamente: dois veículos Volvo/FH, ano 2014/2014, respectivamente com placas policiais OZD 7188 e OZD 4723, **ultrapassam o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil) reais**, o que assegura, destarte, a execução dos pronunciamentos patrimoniais, em uma eventual sentença, para garantir à reparação do dano e à indenização dos prejuízos causados pela suposta infração criminal à vítima.

VI. Por fim, conforme manifestação ministerial, às fls 295 *usque* 301, eis em concordar que, nos termos do art. 942 do Código Civil, aplicado subsidiariamente, o impetrante responde solidariamente com o seu patrimônio pela reparação integral do dano e não apenas no valor da vantagem por ele auferida, resguardado o seu direito de regresso contra os demais acusados.

Ocorre que, perflustrando-se os autos, infere-se que o Impetrante, em comum acordo com o credor (ora vítima), celebrou, amigavelmente, instrumento particular de composição de responsabilidade, com escopo de ressarcir todo o dano causado pela conduta criminosa que ora lhe é imputada na denúncia, ou seja 09 (nove) cargas de pluma de algodão, resguardando, ainda, o direito da vítima caso seja apurado maior prejuízo na instrução processual.

Nesta linha intelectual, imperioso esclarecer que **a solidariedade passiva existe em benefício do credor**, tendo este último a faculdade de exigir a prestação por inteiro de um só dos devedores ou, parcialmente, de cada um ou de alguns. Essa é a forçosa conclusão que se depreende do art. 275 do Código Civil.

Sob esse raciocínio, existindo pagamento parcial por um dos devedores solidários, se o autor der quitação dessa parte, os outros co-devedores se benefi-

ciam até esse montante, conforme se depreende do art. 277 do Código Civil. Assim, se o Impetrante concordou em pagar a sua quota, com a anuência do credor (ora vítima), nada impede que, nessa parte, haja homologação judicial, considerando que se trata de litisconsórcio facultativo, somado ao fato de o direito ser disponível e o objeto divisível.

Outrossim, levando em conta o inafastável princípio da proporcionalidade das medidas assecuratórias, do real objetivo da solidariedade passiva da dívida, conforme acima espiado, bem como por não existir qualquer prejuízo ao credor, não vislumbro qualquer obstáculo para que o teor da liminar não seja mantido, ou seja, que a restrição dos bens recaia apenas à quota-parte do acusado.

**VII.** Diante do quando todo o exposto, **CONCEDE-SE EM PARTE** o mandado de segurança, deferindo a hipoteca legal sobre o imóvel denominado **”Fazenda Aguas Claras”**, com o desbloqueio das contas em nome pessoal do impetrante **JOSIAS DE OLIVEIRA CRUZ** e dos veículos, anteriormente bloqueados, da empresa **TRANBLEM TRANSPORTES LTDA.**

Ademais, determino o bloqueio dos veículos dados aqui como garantia pelo Impetrante, quais sejam: a) Volvo/FH 540 6x4T, ano 2014/2014, placa OZD 7188, Renavam nº 1004974873; b) Volvo/FH 540 6x4T, ano 2014/2014, placa OZD 4723, Renavam nº 10049737002, pelos fundamentos acima esposados.

**VIII.** MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DA JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO DA AÇÃO PARA, NO MÉRITO, SER CONCEDIDA PARCIALMENTE.

**IX.** MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO EM PARTE.

### ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os autos do **Mandado de Segurança nº 0016887-25.2015.8.05.0000**, em que são partes, como impetrante, **Josias de Oliveira Cruz**, e, como impetrado, o **Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Desidério**, **ACORDAM** os Senhores Desembargadores, integrantes da TURMA CRIMINAL DA CÂMARA ESPECIAL DO EXTREMO OESTE BAIANO, à unanimidade, em conhecer para, no mérito, **conceder em parte a segurança.**

### RELATÓRIO

Exsurge dos autos que o representante do Ministério Público ajuizou ação penal pública incondicionada, com pedido liminar de medida assecuratória em face de Clovis Kardekis Plácido, Joice Karine Seibert e Josias de Oliveira Cruz, requerendo o sequestro de todos os bens móveis e imóveis dos denunciados, bem como da sociedade empresarial TRANBLEM TRANSPORTES LTDA, de propriedade do ora impetrante, com o escopo de assegurar os danos por eles causados, em razão de terem, supostamente, cometido subtração de cargas de plumas de algodão.

Consta dos autos, ainda, que tal pleito foi atendido pelo Juízo de primeiro grau, determinando, assim, o bloqueio de bens e da conta bancária no valor de até R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) reais de cada acusado. Portanto, somente em desfavor do Impetrante foi determinado o bloqueio total de **R\$ 7.000.000,00 (sete milhões) de reais**, tendo em vista

que metade do valor se refere aos seus bens pessoais e, a outra metade, aos bens da pessoa jurídica que é o proprietário.

## I. DA NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

De proêmio, impende consignar que a medida constritiva, no que se refere à sua fundamentação, resta, indubitavelmente, escorreita, uma vez que há significativo lastro probatório colhido no bojo da Ação Penal de nº 0000068-96.2015.8.05.0231, que levam a crer na existência dos crimes apurados, evidenciando, destarte, o *fumus commissi delicti na situação fática*.

Neste diapasão, os acusados respondem por crime de formação de quadrilha para prática de furto qualificado de forma continuada, cuja ação resultou na subtração de 37 (trinta e sete) cargas de fardos de algodão, das quais 09 (nove) são imputadas ao Impetrante, gerando para a vítima expressivo prejuízo estimado no valor de **R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) reais**.

Ora, essas situações clamam por efetividade e celeridade processual, recomendando-se, portanto, a decretação das medidas assecuratórias, haja vista serem imprescindíveis à tutela processual e, ademais, desempenham um importante papel de tutela do interesse econômico da vítima, resguardando bens para uma futura ação civil *ex delicti* e também do Estado, no que se refere à garantia do pagamento da pena pecuniária e custas processuais<sup>1</sup>. Consoante escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira:

*“No capítulo das medidas assecuratórias, o Código de Processo Penal trata das medidas cautelares de natureza patrimonial, cujo objetivo seja, fundamentalmente, o ressarcimento ou a reparação civil do dano causado pela infração penal. Enquanto a ação civil ex delicto, regulada nos arts. 63 e seguintes do CPP, cuida do processo de conhecimento (por meio da ação ordinária proposta perante o juízo cível e do processo de execução (execução da sentença penal condenatória), pelos quais se pretende a recomposição civil do dano causado pela infração penal, as medidas assecuratórias buscam proteger a efetividade daquele procedimento, ostentando, portanto, natureza acautelatória. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal, São Paulo: Atlas, 2015, p. 314/315)”*.

Neste contexto, levando em conta que as medidas assecuratórias têm como objetivo assegurar possível indenização civil, bem como o vultoso dano causado pelos acusados à vítima, além do perigo de dilapidação patrimonial pelos mesmos, o que frustraria a pretensão indenizatória, **evidencia-se, às escâncaras, o *periculum in mora* no caso em tela e, dessa forma, a necessidade da manutenção da decisão ora fustigada.**

## II. DA ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Cumprе ressaltar, de logo, a legitimidade do órgão do Ministério Público para requerer a medida assecuratória do sequestro, nos termos dos art. 127 do CPP, como forma de garantir a reparação integral do dano patrimonial causado à vítima, tendo em vista a demonstração de indícios veementes de responsabilidade nos fatos descritos na denúncia.

Em que pese a arguição de ilegalidade na tramitação do pedido nos autos da ação penal originária, quando deveria ter sido em apartado, constata-se que nenhum prejuízo causou ao impetrante, por se tratar de mera irregularidade formal, razão pela qual não há que se declarar a nulidade do ato. Ademais, a juíza de primeiro grau, na decisão de fls. 123/128 determinou a extração de cópias e autuação em apartado do pedido de sequestro, saneando, portanto, o feito.

1 Nesse sentir: Lopes, Aury Jr. Direito Processual Penal. Saraiva: 2014, ed 11.

Por fim, o impetrante não provou que o sequestro recaiu sobre bens adquiridos de forma lícita. Observa-se, ainda, que a magistrada de 1º grau teve a cautela de determinar o bloqueio dos bens adquiridos a partir de outubro de 2013 até fevereiro de 2015, que corresponde ao período de ação delitiva.

### III. DA (DES)PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR

Todavia, como já salientado, o Juízo *a quo* determinou o bloqueio dos bens e da conta bancária no valor de até R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) reais **de cada acusado**. Neste viés, somente em desfavor do Impetrante foi determinado o bloqueio total de **R\$ 7.000.000,00 (sete milhões) de reais**, tendo em vista que metade do valor se refere aos seus bens pessoais e, a outra metade, aos bens da pessoa jurídica que é o proprietário.

Ocorre que, conforme sustentou o Impetrante, a decisão vergastada, indubitavelmente, vislumbra-se **desproporcional e desrazoada**, haja vista que, só em relação ao Impetrante, foi determinado, **de forma genérica, o bloqueio do dobro do valor do dano real causado à vítima**.

Neste caminhar, evocando a principiologia cautelar, é sabido que há sempre a necessidade de se demonstrar a proporcionalidade da medida, não sendo possível que o valor dos bens bloqueados exorbite o valor estimado de uma eventual responsabilização civil, custas e multas. Caso contrário, o legislador estaria fulminando os princípios da dignidade humana, razoabilidade, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional, conforme vem ocorrendo *in casu*.

Isso porque, à saciedade, tal decisão vergastada vem gerando injusta insegurança ao Impetrante e à sua empresa, tendo em vista que vem obstaculizando-o de exercer suas normais/imprescindíveis atividades e de cumprir com as suas obrigações comerciais e trabalhistas, bem como da sua própria subsistência e de sua família, vivendo na iminência, portanto, de sofrer danos irreversíveis.

Lecionando sobre o tema, BADARÓ<sup>2</sup> ensina que:

*“A medida não deve recair sobre todo o patrimônio, mas apenas sobre a parte dele que poderá vir a ser especializada, segundo a estimativa da responsabilidade e do valor do imóvel sobre os quais incidirá a hipoteca legal (...). Assim, para definir o que poderá ser arrestado, é necessário saber o que pode ser hipotecado. A hipoteca legal deverá incidir, concretamente, sobre os bens na exata medida do que seja necessário para garantir a futura reparação do dano causado pelo delito. Poderá bastar um ou alguns bens. O ofendido ou o Ministério Público não poderá exorbitar, fazendo inscrever mais bens do que necessário, cabendo o juiz verificar se o valor dos bens especializados não excede o valor estimado da responsabilidade” (grifos nossos).*

Neste sentir, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

**“PENAL – PROCESSUAL PENAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DESCAMINHO – LAVAGEM DE DINHEIRO – QUADRILHA – MEDIDAS CAUTELARES : SEQUESTRO – ARRESTO – ART. 91, II, b, CP – ART. 125 CPP- ART. 4º DA LEI 9.613/98 - DECRETO-LEI 3.240/41 – PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES -MEDIDA CONSTRITIVA DESPROPORCIONAL - PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL – RAZOABILIDADE – DIGNIDADE HUMANA – DESBLOQUEIO PARCIAL DAS CONTAS BANCÁRIAS MANUTENÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA PARA BENS MÓVEIS E IMÓVEIS - CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA**

*I- Samuel, Marissa e Délio impetraram mandado de segurança em face de medida cautelar de sequestro de imóveis e de bloqueio de contas bancárias, alegando ilegalidade e desproporcionalidade.*

2 BADARÓ, Gustavo Henrique. A Lei 11.435 de 28/12/2006 e o Novo Arresto no Código de Processo Penal.



***II- A conciliação de princípios, aparentemente antagônicos, dignidade humana, razoabilidade, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional se efetiva na apreciação e análise das circunstâncias do caso concreto, através da teoria da proporcionalidade.***

***III- Ora, se por um lado, vislumbro direitos dos Impetrantes, tendo por foco a desproporcionalidade das medidas e a garantia dos princípios da razoabilidade e da dignidade humana, por outro turno, reconheço a presença de indícios veementes de materialidade e autoria delitiva (fumus boni iuris) e risco de destruição de provas e de inviabilização da reparação da lesão (periculum in mora), que demandariam medida cautelar.***

***IV- Portanto, decido desbloquear, parcialmente, as contas bancárias dos Impetrantes, no percentual de 50%, mantendo a medida constritiva para os bens móveis e imóveis, à exceção dos bens de família.***

*V – Concessão parcial da segurança.”*

Outrossim, diante de tudo quanto exposto, é que concordamos com a decisão liminar proferida pelo então Relator Desembargador Baltazar Miranda Saraiva, às fls. 277/278, que decidiu que “À luz do quanto visto, em caráter precário, fixo o teto máximo de bloqueio de valores depositados em conta em nome do Impetrante **JOSIAS DE OLIVEIRA CRUZ**, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), haja vista a garantia estipulada com a proibição de venda dos veículos, que ora se arbitra em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)”.

#### **IV. DA LEGALIDADE DOS BENS OFERECIDOS COMO GARANTIA**

Por outro vértice, em relação à oferta do imóvel denominado “Fazenda Águas Claras”, de propriedade de terceiro, dado em garantia real a título de hipoteca legal, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, tem-se que não existe qualquer impedimento, tendo em vista a declaração de anuência dada pela proprietária à fl. 112 e a certidão de ônus (fl. 284), atestando que o imóvel encontra-se livre e desembaraçado. Deve, pois, ser oficiado ao Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas do 2º Ofício de Barreiras, para que seja feita a devida averbação na matrícula do imóvel.

Do mesmo modo, conforme trazido à luz pelo Impetrante, às fls. 302 *usque* 319, não vislumbro qualquer impedimento dos bens móveis dados como garantia para substituir a proibição de venda dos veículos anteriormente bloqueados, conforme estabelecido na referida liminar, uma vez que, conforme documentos acostados aos autos, estão avaliados, aproximadamente, em **R\$ 690.000,00 (seiscentos e noventa mil) reais**.

Assim resta, clarividente, que os bens móveis oferecidos como garantia, mais precisamente: dois veículos Volvo/FH, ano 2014/2014, respectivamente com placas policiais OZD 7188 e OZD 4723, **ultrapassam o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil) reais**, o que assegura, destarte, a execução dos pronunciamentos patrimoniais, em uma eventual sentença, para garantir à reparação do dano e à indenização dos prejuízos causados pela suposta infração criminal à vítima.

#### **V. DA (DES)OBRIGATORIEDADE DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA**

Por fim, conforme manifestação ministerial, às fls 295 *usque* 301, eis em concordar que, nos termos do art. 942 do Código Civil, aplicado subsidiariamente, o impetrante responde solidariamente com o seu patrimônio pela reparação integral do dano e não apenas no valor da vantagem por ele auferida, resguardado o seu direito de regresso contra os demais acusados.

Ocorre que, perlustrando-se os autos, infere-se que o Impetrante, em comum acordo com o credor (ora vítima), celebrou, amigavelmente, instrumento particular de composição de res-



ponsabilidade, com escopo de ressarcir todo o dano causado pela conduta criminosa que ora lhe é imputada na denúncia, ou seja 09 (nove) cargas de pluma de algodão, resguardando, ainda, o direito da vítima caso seja apurado maior prejuízo na instrução processual.

Nesta linha intelectual, imperioso esclarecer que **a solidariedade passiva existe em benefício do credor**, tendo este último a faculdade de exigir a prestação por inteiro de um só dos devedores ou, parcialmente, de cada um ou de alguns. Essa é a forçosa conclusão que se depreende do art. 275 do Código Civil:

*“O credor tem direito de exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.*

Neste caminhar, existindo pagamento parcial por um dos devedores solidários, se o autor der quitação dessa parte, os outros co-devedores se beneficiam até esse montante, conforme se depreende do art. 277 do Código Civil:

*“O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada”.*

Assim, se o Impetrante concordou em pagar a sua quota, com a anuência do credor (ora vítima), nada impede que, nessa parte, haja homologação judicial, considerando que se trata de litisconsórcio facultativo, somado ao fato de o direito ser disponível e o objeto divisível.

Sobre o tema, impende trazer à baila os ensinamentos de HAMID CHARAF BIDINI JR., ao comentar o art. 275 do CC:

*“Este artigo oferece o conceito de solidariedade passiva, segundo a qual o débito é exigido total ou parcialmente de apenas um ou alguns dos diversos devedores, que não poderão invocar sua responsabilidade parcial para pagar apenas o que lhes cabe no total da dívida. Embora existam vários devedores, cada um deles é visto, do ponto de vista do credor, como se fosse um único, de modo que ele poderá optar entre receber a dívida de todos os devedores, **ou cobrá-la integralmente de apenas um deles. Em consequência, o credor pode optar pela cobrança que lhe convier: todo o débito de um dos devedores; a cota de cada devedor em relação a cada um deles; a cota do devedor em relação a este e o saldo de um ou de todos e, conjuntamente, enfim poderá postular o valor da dívida de modo que desejar, sem restrições** (grifei) (“CÓDIGO CIVIL COMENTADO”, coord. MINISTRO CEZAR PELUSO 4ª edição - pág. 224 - MANOLE - 2010 - São Paulo).*

No mesmo pensar, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*(...) 2. Extinção da obrigação (dever de indenizar) ante a transação equitativa parcial firmada entre os demandantes um dos devedores solidários (hospital). Tese afastada. Subsistência da obrigação quanto ao codevedor solidário, não abrangido pelo instrumento liberatório, cujos efeitos devem ser aquilutados por meio de interpretação restritiva (art. 843 do CPC). Precedentes. **2.1. A quitação da dívida outorgada pelo credor a um dos devedores solidários por meio de transação, não aproveita aos codevedores, e não até a concorrência da quota-parte pela qual era responsável, sobretudo quando o acordo expressamente exclui de sua abrangência o codevedor, no caso, a operadora do plano de saúde, a qual responde pelo saldo, pro rata.** (REsp 1170239 / RJ RECURSO ESPECIAL 2009/0240262-7, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, j. 21/05/2013, DJe 28/08/2013).*

Outrossim, levando em conta o inafastável princípio da proporcionalidade das medidas assecuratórias, do real objetivo da solidariedade passiva da dívida, conforme acima espreitado, bem como por não existir qualquer prejuízo ao credor, não vislumbro qualquer obstáculo para que o

teor da liminar não seja mantido, ou seja, que a restrição dos bens recaia apenas à quota-parte do acusado.

## VI. DA CONCLUSÃO

I. Diante do quando todo o exposto, **CONCEDE-SE EM PARTE** o mandado de segurança, deferindo a hipoteca legal sobre o imóvel denominado “Fazenda Águas Claras”, determinando ao cartório de Registro de Imóveis correspondente à restrição de venda do aludido imóvel até ulterior deliberação, bem como o desbloqueio das contas em nome pessoal do impetrante **JOSIAS DE OLIVEIRA CRUZ e o desbloqueio dos seus veículos, anteriormente bloqueados, bem como da empresa TRANSLEM TRANSPORTES LTDA.**

II. Ademais, determino o bloqueio dos veículos dados aqui como garantia pelo Impetrante, quais sejam: **a) Volvo/FH 540 6x4T, ano 2014/2014, placa OZD 7188, Renavam nº 1004974873; b) Volvo/FH 540 6x4T, ano 2014/2014, placa OZD 4723, Renavam nº 10049737002,** pelos fundamentos acima esposados.

III. Dou à presente decisão, **FORÇA DE OFÍCIO para que o DETRAN/BA** impeça, tão somente, a transmissão de propriedade dos veículos acima referidos, indicados no tópico II, obstando-se de negar a emissão de qualquer outro documento relativo ao regular trânsito destes veículos, inclusive a emissão de CRLV para a livre circulação.

IV. De igual forma, dou à presente decisão, **FORÇA DE OFÍCIO aos BANCOS** onde o impetrante **JOSIAS DE OLIVEIRA CRUZ mantém conta, a fim de que se lhe dê cumprimento, sob pena de desobediência.**

V. Por fim, dou à presente decisão, **FORÇA DE OFÍCIO, para que o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Desidério, indique, com precisão, todos os veículos do impetrante, bem como de sua empresa TRANSLEM TRANSPORTES LTDA. e envie a listagem para o DETRAN/BA, com o fito de que os mesmos sejam totalmente desbloqueados, com exceção, frise-se, dos veículos indicados no tópico II, que foram dados em garantia, como ainda restrição de venda do imóvel dado em garantia, ou seja, a Fazenda Águas Claras no respectivo Cartório de Imóveis onde consta sua inscrição.**

\*\*\*\*\*

TJBA – Habeas Corpus nº 0162367-86.2016.8.05.0909, Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Ivone Bessa Ramos, julgado em 17/08/2016

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO PELA PRÁTICA DO CRIME ESTAMPADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DEMONSTRADA. MODUS OPERANDI. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA BEM FUNDAMENTADO. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS QUANTO AOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PERICULUM LIBERTATIS. INDÍCIOS DA AUTORIA, BEM COMO A NECESSIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.**

I. Cuida-se de ação de habeas corpus em que se sustenta a falta de fundamentação idônea para a manutenção da custódia preventiva do paciente e dos motivos autorizadores insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, adu-

zindo ser suficiente e adequada a imposição de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

II. Neste viés, perlustrando-se os autos, a despeito do quanto expendido pela Defesa, exsurge da denúncia e das peças informativas que o flagranteado foi preso após ter sido abordado por uma guarnição da PM, em poder de aproximadamente 300g (trezentos) gramas de cocaína, R\$ 604,00 (seiscentos e quatro reais) em espécie e 2 (dois) aparelhos de celular. Nesta linha intelectual, tais fatos, trazidos à baila, são indicativos de que o Paciente estaria transportando drogas para comercialização. Por consequência, no caso em análise, há motivos que, em tese, podem ensejar a decretação da custódia prévia do paciente, havendo, por isso mesmo, razão para que a prisão combatida subsista.

III. Na hipótese, além de demonstrada, em tese, a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar foi mantida para garantir a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.

IV. No caso em tela, o Juízo de primeiro grau fundamentou a medida extrema baseando-se na gravidade concreta do delito, aferida do *modus operandi* da conduta criminoso, tendo em vista a grande quantidade de cocaína apreendida com a finalidade de comercialização. Tais fatores, indubitavelmente, indicam que a liberdade do Paciente representa inegável risco à sociedade, fazendo-se necessária a segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

V. No que concerne à desnecessidade da segregação, não merece guarida o argumento da Defesa de que o fato de possuir residência fixa, ocupação lícita, bons antecedentes e emprego lícito, sejam suficientes para cogitar-se a adoção de medidas cautelares mais brandas.

VI. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem. fls. 120/126.

**VII. Ordem conhecida e denegada.**

## ACÓRDÃO

**Vistos, discutidos e relatados os autos do *Habeas Corpus* nº 0162367-86.2016.8.05.0909**, em que figura como paciente Antônio Marcus Lima dos Santos, e como autoridade coatora o juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Oliveira dos Brejinhos.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **DE-NEGAR A ORDEM DE *HABEAS CORPUS***, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de Ordem de *Habeas Corpus* Liberatório, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Alan Diego Pinto Ormonde, **em favor de Antônio Marcus Lima dos Santos**, que se diz ilegítimamente recluso por ato emanado do juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Oliveira dos Brejinhos, acoimado coator.

Consta da narrativa que o Paciente encontra-se preso desde 14/05/2016, por suposta violação do comando normativo esculpido no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, haja vista ter sido flagranteado na posse de aproximadamente 300 (trezentos) gramas de cocaína.

Outrossim, argumenta que a medida adotada pelo magistrado *a quo* apresenta-se desnecessariamente rígida, haja vista o Paciente não ser perigoso para a sociedade, possuir ocupação

lícita, residência fixa e bons antecedentes. Nesta toada, sustenta que outras medidas cautelares poderiam ter sido impostas no caso concreto, tendo em vista, principalmente, a excepcionalidade da custódia extrema.

Por derradeiro, invoca em favor do recluso o princípio constitucional da presunção de inocência, imperativo que rechaça a antecipação do cumprimento de sanções penais, pleiteando a concessão liminar para que seja determinada a expedição de alvará de soltura, confirmando-se a medida, ao final.

Com o fim de reiterar pedido de concessão do Habeas Corpus, juntou aos autos o Memorial acostado às fls. 86/104 e alicerçou a tese de ilegalidade de prisão, inexistência do requisito da garantia da ordem pública e desproporcionalidade da medida.

O pleito foi instruído com os documentos de fls. 16/44.

Exsurge às fls. 78/80 decisão indeferitória da liminar pleiteada.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou informações às fls. 107.

Denúncia oferecida pelo Ministério Público, às fls. 112/114.

Instado a se manifestar a Douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação do writ, às fls. 120/126.

Após, os autos regressaram-me novamente conclusos.

É, em síntese, o relatório.

### VOTO

Não merece prosperar a irresignação do impetrante.

Cuida-se de ação de *habeas corpus* impetrada em favor de **Antônio Marcus Lima dos Santos**, e como autoridade coatora o juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Oliveira dos Brejinhos.

Extraí-se dos autos que, no dia 14/05/2016, o paciente foi preso em flagrante por Policiais Militares quando estava portando drogas ilícitas para suposta comercialização na cidade de Luiz Eduardo Magalhães. Consta, ainda, que estava com a sua companheira menor de 18 anos e com ela praticando a infração penal.

Conforme noticiado, o paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado da Bahia como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 C/C o artigo 244-B da Lei 8.069/1990 (fls. 112/114).

Da análise dos *folios* verifica-se demonstrar a presença, em tese, de indícios suficientes da autoria e a materialidade do delito. Ademais, ressalte-se também, a medida constritiva se justifica como forma de salvaguardar a ordem pública, em razão da existência de periculosidade em concreto do agente, evidenciada pela quantidade de droga apreendida para fins de mercancia.

As provas dos autos indicam que o Paciente estaria praticando o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, valendo-se de tal conduta para fins de mercancia. Por consequência, no caso em análise, há motivos que, em tese, podem ensejar a decretação da custódia prévia do paciente, havendo, por isso mesmo, bastantes razões para que a prisão combatida subsista a fim de garantir a ordem pública.

Na linha de excelência de tal raciocínio, traz-se à colação, os seguintes precedentes:

**FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.** 1. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de recorrer em liberdade, se presentes



os motivos legalmente exigidos para a custódia cautelar. 2. Não há ilegalidade quando a negativa do direito de recorrer solto está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, diante das circunstâncias excessivamente graves em que ocorrido o delito. 3. A elevada quantidade de estupefaciente capturado em poder do grupo criminoso - 607,32 kg (seiscentos e sete quilogramas e trezentos e vinte gramas) de maconha -, somada às circunstâncias em que se deu a prisão - transportando o referido material tóxico para ser comercializado em outra unidade da federação - são fatores que denotam a dedicação do réu ao comércio proscrito, bem como indicam a potencialidade lesiva da infração cometida, evidenciando o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e manutenção da preventiva. 4. Recurso ordinário improvido. (STJ - RHC: 55135 MG 2014/0343393-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS NO TOCANTE AOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDADA NA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE FLAGRADO DISPENSANDO 17 PAPELOTES DE COCAÍNA, PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA E 77 INVÓLUCROS DE CRACK. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ESPECIFICADOS. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA, ATRELADAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE, QUE DENOTAM A PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. BONS PREDICADOS DO ACUSADO. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA, NA ESPÉCIE, PARA A INTERRUPÇÃO DA TRAJETÓRIA CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.** “Primariedade, ocupação lícita e residência fixas são irrelevantes para a concessão da soltura clausulada, se presentes na hipótese outros elementos determinantes da manutenção da prisão processual” (STJ - Habeas Corpus 92172/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/02/2008). ORDEM DENEGADA. (TJ-SC - HC: 20140123497 SC 2014.012349-7 (Acórdão), Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann, Data de Julgamento: 17/03/2014, Terceira Câmara Criminal Julgado).

Como é cediço, a prisão preventiva é uma medida cautelar extrema, mas de incontestável necessidade, tornando-se imprescindível sempre que estiver presente um dos requisitos dos indicados no art. 312, do CPP. Sob esse raciocínio, será cabível quando vinculada a um juízo de necessidade, calcado na exigência da garantia da ordem pública, da ordem econômica, na conveniência da instrução criminal, ou na preservação da aplicação da lei penal.

Na mesma esteira, não é outro o entendimento dessa E. Corte acerca da gravidade do delito de tráfico de entorpecentes e da necessidade da segregação cautelar nessas situações:

**“A GRAVIDADE DA CONDUTA DELITIVA IMPUTADA-TRÁFICO DE DROGAS, O PROVÁVEL ALCANCE DA PRÁTICA CRIMINOSA DESENVOLVIDA PELO PACIENTE, ALIADAS AOS ÍNDICES ALARMANTES DA CRIMINALIDADE NO INTERIOR DO ESTADO EM RAZÃO DO TRÁFICO, INDICAM A NECESSIDADE DO ACAUTELAMENTO, COMO FORMA DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NÃO SE VISLUMBRANDO A EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL”** (TJBA. HC Nº 0007979-18.2011.805.0000-0. Rel(a) Des(a) Ivete Caldas Silva Freitas Muniz. Segunda Câmara Criminal. J.28.07.2011).

Por outro vértice, do mesmo modo não merece guarida o argumento da Defesa de que o requerente não oferece perigo a ordem pública, vez que não tem antecedentes criminais, possui trabalho e residência fixa. Cumpre esclarecer que a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como o fato de possuir residência fixa e emprego lícito, não são impeditivos, por si



sós, à decretação, ou manutenção da medida cautelar pessoal, quando demonstrada a imprescindibilidade da medida, como o foi, *ex abundantia*, no caso.

Por essa razão, colaciona-se decisão do Min. Celso de Mello, no HC 89436/SP:

*“De outro lado, a mera condição de primariedade do réu – associada ao fato de possuir domicílio certo e exercer ocupação lícita e honesta –, não pré-exclui, só por si, a possibilidade de decretação da medida cautelar constritiva da liberdade individual (HC 74003/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 75077/SP, Rel. Min. Maurício Correia; HC 81112/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 81613/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, HC 82662/RS, Rel. Gilmar Mendes)”*

Dessa forma, destaca-se que a volta do paciente ao seio social, neste momento, não é oportuna e conveniente, sendo imperioso que permaneça recolhido ao cárcere, de modo a salvaguardar e ordem e seguranças públicas, não restando, portanto, configurado o constrangimento ilegal.

*Ex positis*, **voto no sentido de denegar** a ordem de *habeas corpus*, uma vez não vislumbrar a ocorrência do propagado constrangimento ilegal.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Habeas Corpus nº 0002111-83.2016.8.05.0000, Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Ivone Bessa Ramos, julgado em 17/08/2016**

**EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL DE ORIGEM ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO ÀS RESPECTIVAS MÍDIAS DEFERIDA SOMENTE AO FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. AUTOS CIRCUNSTANCIADOS E RELATÓRIO FINAL DA AUTORIDADE POLICIAL ACESSÍVEIS ÀS PARTES ANTES DA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS SEQUER NECESSÁRIA. PRECEDENTES DO STF E STJ. AUTORIDADE IMPETRADA QUE ASSENTOU ESTAREM AS MÍDIAS COM OS ÁUDIOS CAPTADOS DISPONÍVEIS EM CARTÓRIO DESDE A DISTRIBUIÇÃO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ELEMENTOS CAPAZES DE ALIJAR A VERACIDADE DA ASSERTIVA PRONUNCIADA PELO JUIZ DE PISO NÃO TRAZIDOS AO ACERTAMENTO JURISIDICIONAL. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS DERRADEIRAS COMPLEMENTARES PELA DEFESA. PROVAS DISPONIBILIZADAS ANTES DO OFERECIMENTO DE MEMORIAIS FINAIS. ETAPA PROCESSUAL DESTINADA À DISCUSSÃO APROFUNDADA DO ACERVO PROBATÓRIO REUNIDO. DEVER DE DEDUZIR JURIDICAMENTE TODAS AS PRETENSÕES COM O ESCOPO DE CONVENCER O JULGADOR DA RAZÃO DAS TESES ABORDADAS. VIABILIZADA A TOTAL AVALIAÇÃO DA PROVA ANTES DA PROLATAÇÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÈ SANS GRIEF*. ARTIGOS**

**563 E 566 AMBOS DO CPP. FEITO DE ORIGEM REVESTIDO DE NECESSÁRIA HIGIDEZ. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.**

**ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n.º 0002111-83.2016.8.05.0000**, em que figura como Impetrante o Bel. Abdon Antonio Abbade dos Reis (OAB/BA nº 8.976), **em favor do Paciente JOÃO SANTOS PORTO, apontando como Autoridade Coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA.**

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora, da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em **CONHECER e DENEGAR A ORDEM**, nos termos do voto da Relatora.

**RELATÓRIO**

O Bel. Abdon Antonio Abbade dos Reis (OAB/BA nº 8.976) impetrou a presente Ordem de *Habeas Corpus* Liberatório, com pedido liminar, em favor do Paciente JOÃO SANTOS PORTO, apontando como Autoridade Coatora o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA.

Relata o Impetrante que o Paciente foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006. Assevera que a Defesa não teve acesso, durante a instrução, às mídias concernentes às interceptações telefônicas realizadas no curso do Inquérito, sequer disponibilizadas em cartório ou nos autos digitais, e apenas trazidas ao feito após a conclusão da fase instrutória.

Argumenta que o acesso tardio às referidas gravações causou prejuízo insanável à defesa do Paciente, porquanto realizada à margem do referido elemento de prova. Pontua que o Paciente encontra-se custodiado há cerca de 12 meses em virtude de um processo manifestamente nulo.

Pleiteia, nesse compasso, a concessão, em caráter liminar, da Ordem de *Habeas Corpus*, para que seja desconstituída a prisão cautelar imposta ao Paciente, e, no mérito, que seja inteiramente anulada a instrução processual.

Instruindo a exordial, acostou os documentos de fls. 08/92.

O feito foi distribuído por prevenção do Órgão Julgador, considerado o afastamento do Desembargador preventivo (fl. 96).

A medida liminar pleiteada foi indeferida nos termos da Decisão Monocrática de fls. 97/100.

Requisitadas as informações de praxe, a Autoridade Impetrada deixou de enviá-las no prazo estipulado, consoante certificado à fl. 105.

À fl. 102 o Impetrante atravessou petição na qual requereu: “inobstante o reconhecimento da multimencionada nulidade acarrete no relaxamento da segregação *ex officio*, somente à título de esgotamento dos requerimentos, pugna o Impetrante, caso a ordem seja concedida ou requisitada qualquer diligência, pela imediata soltura do Paciente”.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Estadual o fez através de Parecer coligido às fls. 108/113, da lavra da Douta Procuradora de Justiça Sheila Cerqueira Suzart, no sentido de conhecimento e denegação da Ordem requerida.

A Causídica Kathyha Souza Falcão da Silva (OAB/BA nº 12.689) juntou aos autos a petição de fls. 124/128, oportunidade em que reafirmou o pleito de reconhecimento da nulidade absoluta da instrução processual.

É o Relatório.

### VOTO

O *Habeas Corpus* em epígrafe refere-se à Ação Penal nº 0301117-92.2015.8.05.0201, em tramitação perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA, sendo o Paciente JOÃO SANTOS PORTO denunciado como incurso nas penas dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, juntamente com mais três Réus.

Em apuração no bojo daquela ação criminal a suposta prática dos crimes de Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico que estariam sendo perpetrados por duas organizações criminosas comandadas, cada uma, pelo Paciente – denominada “Santa Catarina” – e pelo Corréu Romário de Oliveira Brito, especializadas na comercialização de maconha, cocaína e crack na região de Arraial D’Ajuda.

Assenta-se a impetração vertente na tese de nulidade do processo originário por alegado cerceamento de defesa, ao argumento de que não teria sido franqueado às partes, no curso da instrução, o acesso às mídias concernentes às interceptações telefônicas realizadas no respectivo Inquérito Policial.

A despeito da linha de raciocínio traçada pelo Impetrante, Bel. Abdon Antonio Abbade dos Reis, constata-se que inexistente no caso em testilha coação ilegal a ser sanada pela presente via.

Com efeito, do exame dos autos digitais acessíveis através do Sistema de Automação da Justiça (SAJ) de T1º Grau, constata-se que as investigações policiais, derivadas da operação chamada “Camisa 11”, sucederam-se, dentre outras diligências, através de interceptações telefônicas devidamente autorizadas pelo Juízo *a quo*, tombados os autos do pedido de quebra de sigilo sob o nº 0308254-62.2014.8.05.0201.

Consta no referido procedimento as informações detalhadas prestadas pela Autoridade Policial acerca do andamento das investigações, de modo que o conteúdo relativo às interceptações foi devidamente participado ao Magistrado através da periódica juntada dos Autos Circunstanciados. Nestes, foram relatados, em resumo, as operações realizadas, incluindo a transcrição dos diálogos captados, organizada por cada investigado, com data, horário, número do telefone e duração de cada ligação.

Apenas a título exemplificativo, mormente considerado o caráter sumaríssimo do *Habeas Corpus*, registrem-se alguns dos aludidos relatórios acostados, com as respectivas folhas e períodos de interceptação correspondentes: Auto Circunstanciado nº 01, de 08 a 23/10/2014; Auto Circunstanciado nº 02, de 25/10 a 08/11/2014; Auto Circunstanciado nº 03, de 05 a 17/12/2014; Auto Circunstanciado nº 04, de 20 a 29/12/2014 (*no qual há referência expressa acerca do suposto comércio de cinco quilos de cocaína entre as organizações criminosas em tese chefiadas pelo Paciente João Santos Porto e o Corréu Romário*); Auto Circunstanciado nº 05, de 23/12/2014 a 05/01/2015; Auto Circunstanciado nº 06, de 04 a 18/01/2015; Auto Circunstanciado nº 07, de 06 a 20/01/2015; Auto Circunstanciado nº 08, de 19/01 a 06/02/2015; e Auto Circunstanciado nº 09, de 03 a 18/02/2015.

É possível verificar, ademais, que o procedimento de quebra de sigilo nº 0308254-62.2014.8.05.0201 esteve apensado à ação principal nº 0301117-92.2015.8.05.0201 ao menos desde a data de 15/05/2015, quando assim determinou, taxativamente, o Magistrado de piso, no despacho de fl. 633, ou seja, logo após a ordem de notificação dos Acusados ocorrida em

11/05/2015 (fl. 548 da ação principal) e, por conseguinte, anteriormente a apresentação das Defesas Prévias e o recebimento da Denúncia.

Outrossim, há às fls. 350/445 do Inquérito Policial nº 118/2014 que instrui a Prefacial Acusatória, o Relatório Final da Polícia Federal pertinente às investigações, no qual descreve-se com minúcias as conclusões oriundas de todas as diligências empreendidas, como fotos de materiais apreendidos, imagens encontradas em aparelhos celulares retidos, além de, uma vez mais, a transcrição dos principais diálogos interceptados e ocorridos entre os investigados.

No ponto, mister consignar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de sequer ser necessária a transcrição integral das interceptações telefônicas, consoante extrai-se dos seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DISPONIBILIZAÇÃO INTEGRAL DAS MÍDIAS DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE ACESSO ÀS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TRANSCRIÇÃO PARCIAL CONSTANTE NOS AUTOS DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. As mídias das interceptações telefônicas foram disponibilizadas, na íntegra, à Defesa, razão pela qual não há falar em nulidade, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. 2. A cópia das transcrições parciais das interceptações telefônicas constantes dos relatórios da autoridade policial foram disponibilizadas à Defesa desde o oferecimento da exordial acusatória. **3. É pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que é prescindível a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, somente sendo necessária, a fim de se assegurar o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, a transcrição dos excertos das escutas que servirem de substrato para o oferecimento da denúncia.** 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STJ - RHC: 27997 SP 2010/0060504-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/09/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2013)

[...] *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. [...] **TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS. DESNECESSIDADE. ACESSO DAS PARTES AOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. SUFICIÊNCIA. *HABEAS CORPUS*. NÃO CONHECIDO.** [...] 5. **A posição predominante nos Tribunais Superiores, em relação a transcrição integral dos diálogos colhidos na escuta de comunicações telefônicas, é no sentido da respectiva desnecessidade, bastando que se permita às partes o acesso à conversação observada.** 6. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

(STJ - HC 235.088/DF, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *HABEAS CORPUS*. [...] INDISPENSABILIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS. EXISTÊNCIA DA OMISSÃO APOSTADA. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. [...] 2. Como a interceptação, para valer como prova, deve estar gravada, e sendo certo que a gravação deve ser disponibilizada às partes, tem-se entendido, tanto em sede doutrinária quanto nos Tribunais Superiores, que **não é necessária a gravação integral das conversas captadas, pois tal trabalho, além de muitas vezes ser de impossível realização, por outras pode se mostrar totalmente infrutífero.** 3. Assim, a determinação do Juízo Federal para que fosse feita “a transcrição, ao final, apenas dos trechos das interlocuções que digam respeito ao objeto da investigação, a juízo da autoridade policial e seus agentes”, não configura, por si só, qualquer ilegalidade, uma vez que a supressão de algumas passagens das conversas, transcrevendo-se outras interessantes às investigações, não significa a emissão de juízo de valor por parte da



autoridade policial, a ponto de contaminar a prova colhida. 4. **Tanto este Sodalício quanto o Pretório Excelso entendem ser desnecessária a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bastando que seja franqueado às o partes acesso aos diálogos interceptados.** [...]

(STJ - EDcl no HC 189.735/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entendeu dispensável a degravação na íntegra das interceptações, sendo suficiente apenas a transcrição de trechos relevantes ao caso concreto:

*HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). INOCORRÊNCIA. LIMINAR INDEFERIDA.*

1. **É desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degradados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal** (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República).

2. Liminar indeferida.

(STF - HC 91207 MC. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Relatora do Acórdão: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007)

Inobstante despciendo transcrever-se os diálogos captados quando da interceptação telefônica, *in casu*, como visto alhures, a Defesa dos Réus possuiu amplo acesso aos Relatórios Policiais nos quais constavam tal conteúdo, disponíveis, reprise-se, desde antes a apresentação das peças defensivas e o recebimento da Denúncia.

Além disso, no tocante às mídias com as gravações das interceptações, resta claro que este material, de igual modo, permaneceu em cartório à disposição das partes, afastada peremptoriamente o argumento de cerceamento de defesa.

O Impetrante juntou à fl. 08 do *Writ* certidão cartorária a fim de comprovar sua alegação, na qual atesta-se: “certifico a pedido verbal da pessoa interessada, que as mídias referentes a Ação de Medidas Investigatórias nº 0300562-75.2015.805.0201, se encontram acostadas ao referido processo, não sendo possível precisar o dia em que as mesmas foram entregues”.

Sucede que o citado processo nº 0300562-75.2015.805.0201 corresponde, em verdade, aos autos em que procederam-se somente a prisão preventiva dos Réus, busca, apreensão e sequestro de bens. Dentre os objetos apreendidos, foram retidos e periciados aparelhos celulares, de modo que as mídias referidas na certidão supramencionada contêm dados e arquivos extraídos desses celulares, como se extrai da certidão de fl. 548 daqueles autos: “certifico, para os devidos fins, que a mídia de dvd, contendo dados extraídos e arquivos de *hashes*, correspondente a folha nº (6), referente ao laudo pericial nº 575/2015, encontra-se na caixa 02/mídia de dvd”.

Conforme já esclarecido, o procedimento de quebra de sigilo telefônico tramitou no bojo dos autos nº 0308254-62.2014.8.05.0201, e, acerca das mídias a ele respectivas, a Autoridade apontada Coatora asseverou, em audiência ocorrida em 17/12/2015: “as mídias que se encontram em cartório, desde a distribuição da denúncia, ficam disponíveis para cópias” (fl. 73 – grifos acrescidos).



Observe-se que, naquela assentada, estavam presentes os Patronos de todos os Réus, inclusive o Bel. Abdon Antonio Abbade dos Reis, ora Impetrante e também advogado do Réu JOÃO SANTOS PORTO no processo de origem, inexistindo qualquer insurgência ou contestação em relação à afirmação do Magistrado primevo.

O Impetrante não se desincumbiu do ônus, portanto, de trazer ao acerto jurisdicional elementos capazes de alijar a veracidade da assertiva pronunciada pelo Juiz de piso, sendo certo que as sobreditas mídias permaneceram, em cartório, à disposição das partes, desde o início da instrução, nas dependências da unidade judiciária, mesmo que não tenham sido juntadas ao feito.

De outro giro, ainda que o acesso aos áudios das interceptações tenha sido facultado aos Réus após a conclusão da instrução criminal, as gravações em questão foram, efetivamente, disponibilizadas à Defesa em momento anterior à apresentação de memoriais.

Pois bem. O art. 403 do Código de Processo Penal dispõe: *não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.*

A instrução probatória findou-se também na audiência realizada no dia 17/12/2015, oportunidade em que o Ministério Público ofereceu Alegações Finais oralmente, não pleiteando, as Defesas dos Acusados, qualquer diligência complementar derradeira, tampouco a respeito das interceptações telefônicas.

Além disso, é cediço que a fase de Memoriais Finais é a etapa processual destinada à discussão aprofundada do acervo probatório reunido, na qual as partes devem deduzir juridicamente todas as suas pretensões com o escopo de convencer o Julgador da razão das teses abordadas. Por corolário, ainda que se considere extemporâneo o acesso às indigitadas gravações, esta circunstância não pode ser reputada prejudicial à defesa do Paciente JOÃO SANTOS PORTO, porquanto lhe é completamente viável a total avaliação da prova antes da prolação da sentença de mérito.

Vale conferir, nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça (grifos aditados):

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TORTURA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI N.º 9.455/1997. CRIME COMUM. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL RESTRITO AOS CRIMES FUNCIONAIS TÍPICOS. 3. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MÍDIAS JUNTADAS AO PROCESSO ANTES DO OFERECIMENTO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO NÃO APONTADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1-4. [...]. 5. Não há nulidade a ser reconhecida na juntada tardia das transcrições das interceptações telefônicas, visto que foram incorporadas aos autos antes da abertura de prazo para as alegações finais, possibilitando à defesa o amplo acesso, a fim de refutá-las, antes da prolação da sentença condenatória, o que garantiu o pleno exercício do contraditório, notadamente se não apontado nenhum prejuízo efetivo. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 5ª Turma, HC 167.503/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/05/2013)

Visto isso, é sabido que, por força do Princípio do *pas de nullité sans grief*, exige-se que a parte que suscita o vício demonstre o prejuízo concreto que adveio da prática do ato viciado,

posto que a nulidade processual não pode ser declarada por mera presunção. Tais prejuízos devem ser indicados objetivamente, não bastando invocar, genericamente, dispositivos constitucionais atinentes ao Princípio da ampla defesa, competindo, *in casu*, ao Impetrante, comprovar a efetiva violação ao aludido Postulado.

É o que dispõem os arts. 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal:

Art.563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art.566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Desse entendimento corroboram os Egrégios Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (grifos acrescidos):

*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. PROCEDIMENTO. INTERROGATÓRIO. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA AO RÉU POR MEIO DE DEFENSOR *AD HOC*. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1. **A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta**, visto que, conforme já decidiu a Corte, “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas” (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002).

2. Ordem indeferida.

(STF: HC 99053, Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 21/09/2010. Publicação: DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010 EMENT VOL-02440-01 PP-00009)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AFRONTA AO ART. 261, § 1º, DO CPP. DEFESA DEFICIENTE. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 523/STF. [...]

1. **É assente nesta Corte o entendimento segundo o qual a ausência de defesa no processo penal é causa de nulidade absoluta, porém, a mera deficiência só autoriza o reconhecimento da eiva quando comprovado o prejuízo suportado pelo acusado. Incidência dos enunciados 523/STF e 83/STJ.** [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ: AgRg no Ag: 1011456 RS 2008/0024729-9. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 17/05/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2011)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, III, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA.

I - “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulara se houver prova de prejuízo para o réu.” (Enunciado n.º 523 da Súmula do Pretório Excelso.) II - “Não demonstrado prejuízo à defesa do paciente: **a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullité sans grief*** (CPP, arts. 563 e 566).” (STF, HC 75104/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, DJU de 16/05/97.) *Habeas corpus* denegado.

(STJ: HC 49.230/PA. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 25/04/2006. Publicação: DJ 29/05/2006, p. 275)

Sob esse prisma, também as alegações trazidas no bojo da petição de fls. 124/128 não possuem o condão de eivar de nulidade a Ação Penal de origem, mormente considerando que a Causídica Kathya Souza Falcão da Silva cingiu-se a retratar a situação fático processual de outros Corréus que em nada alcança o Paciente.

Ora, ao determinar os desmembramento do feito em relação a dois Corrêus em razão deles não terem sido recambiados, o Magistrado de piso atuou a fim de evitar prejuízos às Defesas destes e dos demais Acusados, considerando que José Carlos Santos Chaves e Emily Costa Santana estavam ausentes na audiência que findou a instrução probatória, agindo, pois, de acordo com o art. 80 do Código de Processo Penal:

Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Ademais, ainda que afigure-se irrelevante no que tange ao Paciente JOÃO SANTOS PORTO a análise da aludida determinação judicial em relação aos Corrêus José Carlos Santos Chaves e Emily Costa Santana, frise-se que o Juiz *a quo* não depende da aquiescência da Defesa para determinar a cisão processual na forma da Lei, como faz crer a Bela. Kathya Souza Falcão da Silva; outrossim, não há que se falar em violação do direito de o Réu preso presenciar os atos processuais, haja vista que o desmembramento da Ação Penal deu-se justamente em razão da ausência deles na aludida assentada.

Reputam-se, pois, totalmente desarrazoadas tais alegações, ainda mais como forma de embasar a concessão de ordem de *Habeas Corpus* em favor de JOÃO SANTOS PORTO, na medida que, repita-se, o ato judicial referido não gerou reflexos na situação do Paciente, sequer a ponto de causar o mínimo dano a ele ou a sua Defesa.

Em não havendo demonstração inequívoca de efetivo prejuízo à defesa do Paciente inexistente cabimento o pleito de nulidade processual formulado no presente *Habeas Corpus*.

De mais a mais, ainda que não se preste a inviabilizar o trazido pedido de nulificação do feito, registre-se que o Paciente omitiu-se em relação à disponibilidade das mídias quando da apresentação de sua Defesa Prévia, consoante verifica-se do inteiro teor desta peça defensiva, cuja cópia está acostada às fls. 49/55. Ao revés, cingiu-se, na oportunidade, a ventilar aspectos relacionados à prisão preventiva decretada em seu desfavor, nada mencionado acerca das interceptações telefônicas.

Digno de nota que mesmo após a Autoridade Coatora ter autorizado a extração de cópias das multimensionadas mídias, na já citada audiência do dia 17/12/2015, além de ter determinado a abertura de prazo para apresentação de Memoriais escritos, até o momento não se constata da respectiva movimentação processual da ação de origem terem os Advogados feito carga dos autos ou terem tido vista das gravações, pendente o oferecimento, pelas Defesas dos Acusados, das Alegações Finais.

O panorama fático-processual revelado nos fólios demonstra que o Paciente JOÃO SANTOS PORTO possuiu pleno acesso às provas que embasaram a Denúncia oferecida em seu desfavor, assegurado ao Réu, portanto, o respeito ao Princípio da ampla defesa, não sendo possível identificar a alegada nulidade na instrução do feito originário, cujo desenvolvimento se reveste da necessária higidez, não se desincumbindo o Impetrante do ônus de comprovar, de forma patente, a ilegalidade suscitada.

Por derradeiro, mister observar que a situação prisional do Paciente já foi objeto de apreciação por esta Corte de Justiça, no bojo do *Habeas Corpus* nº 0020378-40.2015.8.05.0000, de Relatoria do Exmo. Des. Osvaldo de Almeida Bomfim, no qual reconheceu-se a legitimidade da custódia cautelar infligida ao Réu, tendo esta Desembargadora, inclusive, apresentado voto vista corroborando a total regularidade da Ação de origem.

Ante todo o exposto, conhece-se e **DENEGA-SE** a Ordem de *Habeas Corpus*, na esteira do Opinativo Ministerial.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Habeas Corpus nº 0022824-16.2015.8.05.0000, Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Des. João Bosco de Oliveira Seixas, julgado em 03/02/2016**

**HABEAS CORPUS PROFILÁTICO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO SOCIOEDUCATIVA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME PREVISTO NO ART. 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA *SUB JUDICE*. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. NÃO DEMONSTRADO O PERIGO CONCRETO. TRANCAMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ.**

I) Paciente abordado por policiais militares, no dia 12.06.2014, por volta das 12h30, em localidade próxima à Guarajuba, e quando ainda contava com 17(dezessete) anos, dirigindo uma moto, sem a devida habilitação e trazendo consigo o irmão, sendo por isso representado por ato infracional análogo ao crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

II) Entendimento perfilhado pela jurisprudência dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando do delito em comento, deve ser demonstrada, de plano, que a conduta praticada implique em perigo real à segurança do trânsito, e não apenas um perigo meramente abstrato ou presumido.

III) *In casu*, pela descrição fática mencionada na Representação, não resta delineado o perigo concreto com a conduta praticada pelo paciente, pois não mencionada qualquer situação que corroborasse com este, como, v.g, que vinha em alta velocidade, que conduzia a moto de forma imprudente ou mesmo que tenha causado qualquer acidente ou efetivo perigo no trânsito.

IV) Notória a impossibilidade em prosseguir com a apuração de ato infracional para aplicação de medida socioeducativa, pois inepta a Representação ante a ausência de elemento subjetivo típico exigido para conduta *sub judice*.

V) Trancamento da ação socioeducativa, tombada sob nº 0304807-67.2014.8.05.0039, movida contra o adolescente J.B.S.V, em trâmite no Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Camaçari que se impõe, mas com a ressalva da adoção de medidas cabíveis para a apuração administrativa dos fatos narrados.

**WRIT CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA.**

### **ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0022824-16.2015.8.05.0000, que tem como impetrante a Defensoria Pública do Estado da Bahia, como paciente o adolescente J.B.S.V e autoridade indigitada coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Camaçari.**

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER E CONCEDER A ORDEM DO HABEAS CORPUS**, de acordo com o voto do Relator, que foi vertido nos seguintes termos:



**RELATÓRIO**

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia em favor do **adolescente J.B.S.V.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Camaçari, e por intermédio do qual pretende discutir suposto constrangimento ilegal que vem sendo suportado pelo paciente.

Em breve narrativa, noticiou a impetrante que o paciente figura como representado no processo nº 0304807-67.2014.8.05.0039, quando lhe foi imputado, sem justa causa, ato análogo ao crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Discorreu no sentido de que, no dia 12.06.2014, quando ainda contava com 17(dezessete) anos, ter sido abordado, por volta das 12h30, em localidade próxima à Guarajuba, dirigindo motocicleta, sem a devida habilitação e trazendo consigo o irmão menor de idade.

Sustentou, entretanto, que não restou vislumbrado, por conta da referida conduta do paciente, o elemento subjetivo do tipo penal em comento indispensável para a configuração do ato infracional, qual seja, a eventual geração de perigo de dano à pessoa e à patrimônio alheios, razão pela qual entende que a ação socioeducativa não deveria ter sido deflagrada.

Ainda, aduziu que a autoridade indigitada coatora tumultuou a ordem processual, pois designou audiência para 26.01.2016 sem antes analisar a preliminar de falta de justa causa arguida pela impetrante na defesa prévia, violando, assim, os princípios constitucionais do devido processo legal e da igualdade processual.

Pugnou, portanto, pela concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* para trancar a ação socioeducativa ajuizada contra o paciente.

Distribuídos por sorteio, foram conclusos ao eminente Desembargador Osvaldo de Almeida Bonfim (fls. 43), que indeferiu o pedido de liminar e solicitou informações à autoridade indigitada coatora (fls. 44/47), as quais foram prestadas oportunamente às fls. 50.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e concessão da ordem de *Habeas Corpus* para que fosse determinado o trancamento da representação formulada contra o paciente ante a inépcia desta (fls. 52/60).

Passando a integrar a Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal deste Tribunal, após permuta com o nobre Desembargador Osvaldo de Almeida Bomfim, conforme Decreto Judiciário nº 1.117, de 27.11.2015, os Autos vieram-me conclusos na condição de Relator, motivo pelo qual, e por não dependerem de revisão, pedi inclusão em pauta para julgamento.

**É o relatório. Voto.**

**VOTO**

Cinge-se o inconformismo da impetrante contra à deflagração da ação socioeducativa nº 0304807-67.2014.8.05.0039, em trâmite no Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Camaçari, alegando inépcia da representação diante da atipicidade da conduta imputada, bem como apontando a inversão do procedimento processual adotado pela autoridade indigitada coatora. De fato, compulsando os documentos acostados ao *in folio*, merece guarida pretensão do presente *Habeas Corpus* profilático.

*In casu*, discorreu a Representação para aplicação de medida socioeducativa, movida contra o paciente, no sentido de que, este, no dia 12.06.2014, por volta das 12h30, em localidade próxima à Guarajuba, quando ainda contava com 17(dezessete) anos, foi abordado por policiais militares dirigindo uma moto, sem a devida habilitação e trazendo consigo o irmão, sendo por tal



fato imputado-lhe ato infracional análogo ao crime do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 11-v/12-v). Senão vejamos de trecho da referida peça ministerial:

“(...) Exsurge do Boletim de Ocorrência Circunstanciado tomando sob o nº 005/2014 que no dia 12 de junho de 2014, por volta das 12:30 horas, na localidade da entrada de Guarajuba, neste município de Camaçari-BA, João Batista de Souza Vieira, em comunhão de ações e designios com Robson Humberto de Souza, maior de idade, foi flagrado por policiais militares conduzindo uma motocicleta sem estar devidamente habilitado para a direção.

Consta nos autos que policiais militares trabalhavam na entrada de Guarajuba, estrada do coco, neste município de Camaçari-BA, quando avistaram João Batista e Robson Humberto pilotando a moto Yamaha Facto, 125 cilindradas, cor preta, placa policial NTT-8085, em atitude suspeita. Diante da situação, a guarnição policial ordenou que o adolescente parasse a moto e que foi feito, e ao averiguar, os policiais foram informados por Robson que a referida moto era de sua propriedade e que tanto ele quanto seu irmão, João Batista, estavam sem carteira nacional de habilitação para dirigir.

Apresentado na 33ª Delegacia Territorial de Monte Gordo, Camaçari-BA, o adolescente afirmou ser irmão de Robson Humberto e que no dia do corrido o mesmo havia saído com Robson dirigindo a moto. Contudo, no retorno para casa, Robson passou mal e pediu que o representado conduzisse a moto. Instantes depois, a guarnição policial ordenou que os mesmos parassem a moto.

*Ex positis*, verifica-se que o Representado praticou o ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). ex vi do disposto no art. 103 da Lei nº 8.069/90, razão porque requer o Ministério Público que, recebida e autuada a presente Representação, seja designada audiência de apresentação do adolescente, prosseguindo-se nos termos do art. 184 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente, até final decisão, determinando-se, ao final, a aplicação da medida socioeducativa que se afigurar mais condizente e adequada ao Representado (...).”

Acerca desse contexto, constam os termos de depoimentos dos policiais militares que abordaram e apreenderam o paciente (fls. 14-v/16-v), o termo de declarações do paciente (fl. 17), o termo de interrogatório da genitora deste (fls. 17-v/18) e o termo de interrogatório do proprietário da moto (fls. 18-v/19), os quais corroboram estritamente com os fatos narrados na Representação, ratificando que o paciente foi avistado em atitude suspeita, dirigindo a moto e, ao ser abordado, apontado o fato de não possuir carteira de habilitação.

Diante de tais circunstâncias e analisando detidamente a descrição fática mencionada na Representação *sub judice*, não resta delineado qualquer perigo concreto com a conduta praticada pelo paciente, pois sequer mencionado situações que pudessem apontá-lo, como, v.g, que vinha dirigindo em alta velocidade, que conduzia a moto de forma imprudente ou mesmo que tenha causado qualquer acidente ou efetivo perigo no trânsito. Ausente, portanto, a tipicidade exigida no crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, segundo o qual a conduta se amolda somente se o agente *“Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”* - grifos nossos.

Sobre tal assunto, especificamente quanto aos elementos típicos do crime em comento, vem perfilhando a jurisprudência dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que deve ser demonstrada, de plano, o perigo real ao trânsito de vias terrestres provocado com a conduta praticada pelo agente, e não apenas um perigo meramente abstrato ou presumido. É o que se observa dos seguintes julgados:

“EMENTA: I. Infração de trânsito: direção de veículos automotores sem habilitação, nas vias terrestres: crime (CTB, art. 309) ou infração administrativa (CTB, art. 162, I), conforme ocor-

ra ou não perigo concreto de dano: derrogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais (precedente: HC 80.362, Pl., 7.2.01, Inf. STF 217). 1. Em tese, constituir o fato infração administrativa não afasta, por si só, que simultaneamente configure infração penal. 2. No Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, conforme expressamente disposto no seu art. 161 - e, cuidando-se de um código, já decorreria do art. 2º, § 1º, in fine, LICC - o ilícito administrativo só caracterizará infração penal se nele mesmo tipificado como crime, no Capítulo XIX do diploma. 3. **Cingindo-se o CTB, art. 309, a incriminar a direção sem habilitação, quando gerar “perigo de dano”, ficou derogado, portanto, no âmbito normativo da lei nova - o trânsito nas vias terrestres - o art. 32 LCP, que tipificava a conduta como contravenção penal de perigo abstrato ou presumido.** 4. **A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano** - já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas -, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato” (STF, HC 84377, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 27-08-2004 PP-00071 EMENT VOL-02161-02 PP-00280) – grifos nossos.

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 309, DO CTB. CRIME DE PERIGO CONCRETO INÉPCIA DA DENÚNCIA. DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PERIGO DE DANO. REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 397, DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA E EXAURIENTE. DESNECESSIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com o que dispõe o art. 41, do CPP, e o art. 5º, LV, da CF/88. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito (HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 2/2/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.

II - **O art. 309, da Lei 9.503/97, textualmente exige que, para restar caracterizado o crime de direção sem permissão ou habilitação, é necessária a ocorrência de perigo real ou concreto (precedentes do STF e desta Corte).**

III - **In casu, a inicial acusatória não preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP. O recorrente é acusado da prática do delito previsto no art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro, conduta que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal reconhece como de perigo concreto, sendo imprescindível a demonstração, na incoativa, do efetivo perigo de dano exigido pela elementar do tipo (precedentes do STF e do STJ).**

IV - Esta eg. Corte possui entendimento de que é prescindível o exaustivo e exauriente enfrentamento das teses defensivas por ocasião da resposta preliminar prevista no art. 397, do CPP, bastando, para tanto, a mínima referência aos argumentos expendidos pela defesa, evitando-se, por conseguinte, o préjulgamento da demanda (precedentes).

Recurso ordinário parcialmente provido para anular, por inépcia, a denúncia oferecida em desfavor do recorrente, tão somente em relação ao delito inserto no art. 309, do CTB, não havendo qualquer óbice que impeça o oferecimento de outra denúncia, uma vez sanados os vícios, desde que preenchidos os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, possibilitando o amplo exercício da defesa e do contraditório, nos moldes do que preceitua o art. 5º, LV, da Constituição da República” (STJ, RHC 56.166/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015)- grifos nossos.

Ressalta-se que, nesse mesmo sentido, opinou também a douta Procuradora de Justiça Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves, pontuando que “(...) *não se pode perder de vista que uma leitura acurada da inicial (representação às fls. 11/12-v), induz à conclusão de que o elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro não foi efetivamente narrado (...)*” (fls. 57).

Em vista de tais considerações, vislumbra-se, de plano e imediato, que não há como prosseguir à apuração de ato infracional para aplicação de medidas socioeducativas, pois, em observância às regras que regem o tema, mostra-se inepta a Representação ante a ausência de tipicidade do ato infracional imputado.

Como cediço, considera-se como inepta a denúncia, ou a peça processual que a corresponda, quando, em nítida inobservância aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal<sup>3</sup>, não traz de forma suficiente o acontecimento dos fatos, deixando de delimitar a conduta criminosa e de mencionar elementos que possibilitem o pleno exercício do direito de defesa, e logo, infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal.

Lecionando sobre o assunto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, explicitam, com maestria, que:

“Lembre-se que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação jurídica que lhes é dada. Portanto, **a narrativa deve abranger os fatos que enquadrem o tipo básico, ou seja, a essência da tipificação do delito**, além do tipo derivado, que implica na descrição das qualificadoras e causas de aumento. Inicial acusatória com descrição fática deficitária ou ausente é petição inepta, merecendo ser rejeitada (art. 395, I, CPP), e caso seja recebida, acarreta nulidade do processo” (in “Curso de Direito Processual Penal”. 7ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.194)- grifos nossos.

Já no que se refere ao trancamento da ação penal, tal fenômeno processual somente é admitido em hipóteses personalíssimas, quando, em suma, constatada a atipicidade da conduta, suas causas de extinção da punibilidade, e, ainda, inexistente lastro probatório mínimo necessário à subsidiar a persecução penal.

Nesses exatos termos, tem-se recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE (LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E DE TERCEIROS). IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO MATERIAL PROBATÓRIO.

1. **É sabido que o trancamento da ação penal é medida de índole excepcional, cabível apenas nas hipóteses em que desponte, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria ou da materialidade do delito ou, ainda, causa excludente de punibilidade, não demonstradas na hipótese presente.**

2. Além disso, a via estreita do habeas corpus não se compatibiliza com a pretensão ora buscada, de reconhecimento da excludente da legítima defesa. A questão há de ser apurada no bojo da instrução criminal, quando será assegurada a ampla produção de provas.

3. Ordem denegada”(STJ, HC 55.502/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)- grifos nossos.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 309 DA LEI Nº 9.503/97. CRIME DE PERIGO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

3 Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre no caso. (Precedentes do STF e do STJ).

II - O art. 309 da Lei nº 9.503/97 textualmente exige que, para restar caracterizado o crime de direção sem permissão ou habilitação, é necessário a ocorrência de perigo real ou concreto. (Precedentes do STF e desta Corte).

Recurso ordinário provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito previsto no art. 309 do CTB”(STJ, RHC 62.289/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 19/11/2015) - grifos nossos.

Dessa forma, em observância a regra inserta no art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>4</sup> c/c o art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, reconhecendo a necessidade de trancamento da ação em comento, resta, por conseguinte, prejudicada a análise da inversão procedimental supostamente praticada pela autoridade indigitada coatora.

Conduzo, assim, o voto no sentido de CONHECER E CONCEDER A ORDEM do presente *Habeas Corpus*, determinando o trancamento da ação socioeducativa tombada sob nº 0304807-67.2014.8.05.0039, movida contra o adolescente J.B.S.V, em trâmite no Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Camaçari.

Por outro lado, visando apurar administrativamente a conduta em comento, aquiescida pelos responsáveis do paciente e, também pelo proprietário da moto, determino que seja encaminhada cópia da referida ação socioeducativa e do presente voto para o Departamento de Trânsito da Bahia (DETRAN-BA), e em sendo o caso, aplicar as medidas cabíveis”.

*Ex positis*, na esteira do parecer ministerial e nos termos ora proferidos, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o voto através do qual **CONHECE DO HABEAS CORPUS E CONCEDE A ORDEM, determinando o trancamento da ação socioeducativa tombada sob nº 0304807-67.2014.8.05.0039, movida contra o adolescente J.B.S.V, em trâmite no Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Camaçari, mas com a ressalva de apuração administrativa dos fatos narrados.**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Ação Penal Originária nº 0026532-74.2015.8.05.0000, Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 30/06/2016**

***DENÚNCIA. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIO DO PIRES. CRIME DE OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARECER MINISTERIAL PELA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RESPOSTA PRELIMINAR QUE COMPROVA, MEDIANTE DOCUMENTOS, QUE O PREFEITO DENUNCIADO, ALÉM DE TER PRESTADO AS CONTAS***

4 Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Parágrafo único. É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes

5 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

***EM QUESTÃO, ADIMPLIU INTEGRALMENTE O CONTRATO A QUE SE REFERE A ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (ART. CAPUT, DA LEI 8.038/90). DECISÃO UNÂNIME.***

Denúncia. Crime de Responsabilidade. Art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº. 201/67.

Pronunciamento ministerial no sentido da rejeição da denúncia, por ausência de justa causa.

Denúncia descreve que o acusado firmou Convênio nº. 083/2012, entre a Prefeitura de Rio do Pires e a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, tendo como objeto a implementação do Programa TOPA – TODOS PELA EDUCAÇÃO –, com repasse, pelo Poder Público municipal, da quantia total de R\$ 30.700,80 (trinta mil e setecentos reais e oitenta centavos), sem ter havido o cumprimento do dever de prestação de contas.

Resposta preliminar que demonstra a improcedência da acusação, na forma do art. 6º, da Lei nº 8.038/1990, através de cópia dos seguintes documentos: certidão firmada pela Coordenadora Geral do Programa TOPA, Francisca Elenir Alves, demonstrativa de que a Prefeitura Municipal de Rio do Pires adimpliu, integralmente, os valores relacionados ao Convênio nº. 83/2012, relacionado ao programa em questão; ofício firmado pelo Coordenador Administrativo do Programa, Ricardo Buri Caldas, de nº. 135/2015, que comprova o cumprimento, pelo Prefeito denunciado, do dever de prestação de contas, de onde se destaca “que a prestação de contas informada acima, se encontra analisada e em situação regular, de acordo com os dispositivos legais”. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na fase de análise do recebimento da denúncia, havendo comprovação, estreme de dúvidas, de que a acusação não possui fundamento, impõe-se o julgamento de improcedência da denúncia, na forma do art. 6º, caput, da Lei nº 8.038/1990 (“A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”).

Do exposto, com fundamento no art. 6º, caput, de Lei nº 8.038/1990, julga-se improcedente a acusação, por decisão unânime.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal Originária nº. 0026532-74.2015.8.05.0000, em que figura como denunciante o Ministério Público do Estado da Bahia, e denunciado José Ney Nardes, Prefeito Municipal de Rio do Pires.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em julgar improcedente a acusação, tudo nos termos do voto da Relatora.

### **RELATÓRIO**

Cuida-se de Ação Penal Originária, ajuizada pelo Ministério Público contra José Ney Nardes, Prefeito Municipal de Rio do Pires, apontando-o como incurso no art. 1º, inciso VII, do Decreto Lei nº. 201/67, em razão da omissão do dever de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos Estaduais.



Consta da peça inicial acusatória, que em 07.05.2012, o denunciado subscreveu o Convênio nº. 083/2012, firmado com a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, tendo como objeto a implementação do Programa TOPA – TODOS PELA EDUCAÇÃO –, com repasse pelo poder público do valor total de R\$ 30.700,80 (trinta mil e setecentos reais e oitenta centavos), sem que houvesse, por parte do Prefeito José Ney Nardes, o dever legal de prestação de contas (fls. 02 a 05).

Notificado o denunciado para apresentação de resposta preliminar, a defesa apresentou a peça de fls. 72 a 75, no sentido do “*arquivamento desta ação penal*”, acompanhada de instrumento procuratório de fl. 76 e dos documentos de fls. 77 a 79.

O Ministério Público pronunciou-se sobre a referida peça defensiva, opinando pela rejeição da denúncia, “com fundamento no art. 395, inciso III, do Diploma Adjetivo Penal” (fls. 88 a 95).

É o relatório.

### VOTO

Conforme relatado, imputa-se a José Ney Nardes, Prefeito Municipal de Rio do Pires, a não prestação de contas sobre o Convênio nº. 083/2012, firmado entre a Prefeitura Municipal de Rio do Pires e a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, tendo como objeto a implementação do Programa TOPA – TODOS PELA EDUCAÇÃO, conduta omissiva esta, tipificada pelo Ministério Público do Estado da Bahia, no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº. 201/67:

*“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;”.*

Com a resposta preliminar, o denunciado trouxe aos autos cópias da Certidão de Adimplência da Prefeitura Municipal de Rio do Pires com o Programa TOPA, relativo ao Convênio nº. 83/2012, firmado por Francisca Elenir Alves, Coordenadora Geral do Programa TOPA (fl. 77) e do Ofício TOPA nº. 135/2015, dispondo “*que a prestação de contas informada acima, se encontra analisada e em situação regular, de acordo com os dispositivos legais*”, firmado por Ricardo Buri Caldas, Coordenador Administrativo do Programa TOPA (fl. 78).

A defesa do Prefeito denunciado, através dos documentos de fls. 77/78, demonstrou que o Sr. José Ney Nardes prestou contas sobre o Convênio nº. 083/2012, firmado entre a Prefeitura Municipal de Rio do Pires e a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, tendo como objeto a implementação do Programa TOPA – TODOS PELA EDUCAÇÃO.

O Ministério Público, em sua manifestação de fls. 88 a 95, afirma que os documentos que instruem a inicial, a princípio, seriam suficientes para embasar a denúncia, ressalvando, contudo, que os “*documentos novos trazidos pelo denunciado em sua resposta comprovam a adimplência do Convênio nº 083/2012, conforme certidão de fls. 77, ofício nº 135/15 e recibo de gestão de gastos públicos (fls. 78 e 79), descaracterizando, assim, o delito imputado na peça acusatória, resultando, doravante, na falta de justa causa para a admissibilidade da peça vestibular.*”.

Pelo quanto exposto, constata-se, no presente caso, a inviabilidade da instauração do processo, por ser possível afirmar-se, sem necessidade de instrução, que a acusação não procede. Nesse sentido é o seguinte julgado do STJ:

*“CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. DENÚNCIA REJEITADA. Cuidando-se de ação penal ori-*

*ginária, faz-se mister examinar se é o caso de eventual conclusão sobre a improcedência da acusação, na forma de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 6º da Lei nº 8038/90. A improcedência, contudo, só pode ser reconhecida quando evidenciada, estreme de dúvidas, a inviabilidade da instauração do processo, quando for possível afirmar-se, sem necessidade de instrução, que a acusação não procede. O entendimento desta Corte - no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente - não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada. O simples fato de ser sócio ou gerente de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Precedentes do STF. Denúncia rejeitada.” (grifo ausente no original) (STJ – Corte Especial, Apn nº 404/AC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 05.10.2005, DJe 24.10.2005, p. 153).”*

Diante do exposto, julga-se improcedente a acusação, com base no art. 6º, da Lei nº. 8.038/90, à unanimidade.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Ação Penal Originária nº 0001798-69.2009.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 26/07/2016**

**EMENTA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – CRIME DE RESPONSABILIDADE – PREFEITO MUNICIPAL E EX-PREFEITO, DENUNCIADOS COMO INCURSOS NAS PENAS DO ART. 1º, INCISO II, DO DECRETO LEI Nº 201/67, EM CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART.29), CONCURSO MATERIAL (CP, ART. 69) E CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71) – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENS, SERVIÇOS E VERBAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO – ACOLHIMENTO, POR MAIORIA, TÃO SOMENTE DA PRELIMINAR DE NULIDADE, PARA FINS DE APRESENTAÇÃO, PELO CORRÉU, DE ALEGAÇÕES FINAIS, REJEITADAS AS DE MAIS PRELIMINARES, À UNANIMIDADE – OFERECIMENTO DAS ALEGAÇÕES FINAIS – MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – UTILIZAÇÃO DE BENS E SERVIDORES PÚBLICOS, COM DESVIO DE FINALIDADE - PUBLICIDADE AUTOPROMOCIONAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – DENÚNCIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

**I – Denúncia intentada contra RAIMUNDO DE SOUZA SILVA e JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, respectivamente Prefeito e ex-Prefeito do Município de Milagres/BA, imputando-lhes a prática de crimes de responsabilidade descritos no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967, c/c os artigos 29 (concurso de pessoas), 69 (concurso material) e 71 (continuidade delitiva), do Código Penal.

**II –** Quanto ao atual ocupante do cargo de Prefeito de Milagres/BA (Primeiro Denunciado), afirma o MINISTÉRIO PÚBLICO que, na qualidade de

Chefe do Executivo Municipal nos exercícios de 2001 a 2004, passou a distribuir cestas básicas e outras benesses aos membros da comunidade, durante as comemorações da Semana Santa (Páscoa), São João e Natal, utilizando-se, para custear as despesas correlatas, não só de donativos de comerciantes, mas, também, de recursos do erário e fazendo uso dos serviços da Administração Municipal, como veículos, funcionários, palanques, etc., objetivando, com isso, capitanear ações filantrópicas associadas a sua pessoa, pelo que teria cometido, em cada um dos exercícios citados, em continuidade delitiva (CP, art. 71), crime de responsabilidade tipificado no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

**III** - Quanto ao ex-Gestor daquele Município (JOÃO EVANDRO), aduz a Acusação que, ao ocupar o cargo de Prefeito nos exercícios de 2005 a 2007, se associou criminalmente ao Primeiro Acusado, para, dando prosseguimento à instrumentalização da máquina pública municipal implementada pelo seu antecessor, mobilizar servidores, veículos escolares e verbas públicas na aquisição de senhas para a distribuição, pela Municipalidade, nos festejos da Páscoa, São João e Natal, de cestas básicas, prêmios e dinheiro em espécie, inserindo, nas ditas “senhas”, e também em camisetas alusivas aos eventos, ao lado do símbolo da Prefeitura, com destaque, a logomarca identificadora do grupo empresarial de propriedade do Primeiro Denunciado (RAIMUNDO DE SOUZA SILVA), inclusive o seu “slogan”. Naquelas ocasiões, o Segundo Réu (JOÃO EVANDRO) além de disponibilizar ao Primeiro as estruturas do palanque montado pelo Poder Público, executava seu jingle de campanha e proferia, a favor dele, seu correligionário, antecessor e padrinho político, discursos elogiosos, encerrando as comemorações com palavras vinculando as mercês ofertadas pela Administração “ao seu nome e ao seu feito”, benefícios que, segundo destaca o Órgão Ministerial, contribuíram para que o Primeiro Réu, “mais uma vez, se elegeisse Prefeito em 2008”. Com tais condutas, enfatiza o Parquet, os Denunciados, em cada um dos exercícios compreendidos entre 2005 a 2007, “mais precisamente nas festividades juninas, natalinas e nas Semanas Santas (Páscoa)”, teriam cometido, em continuidade delitiva (CP, art. 71) e concurso de pessoas (CP, art. 29), delitos previstos no mesmo art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

**IV** – Por fim, assevera a Denúncia que os Réus, de igual sorte se associaram ilicitamente para assegurar a inserção do nome do Primeiro Denunciado, então ex-Prefeito de Milagres/BA, nos Convites e agradecimentos relativos à inauguração das novas instalações do “Hospital Municipal Oto Alencar” e da “Praça de Musculação e Modernização do Coreto”, fato ocorrido em 27 de abril de 2007, garantindo, destarte, que o Primeiro Acusado se apresentasse no evento como se autoridade fosse, conduta com a qual teriam praticado, novamente, em concurso material (CP, art. 69), crime de responsabilidade, descrito no mencionado art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

**V** - Finda a instrução, o Primeiro Acusado apresentou Alegações Finais (fls. 811/833), suscitando preliminares de violação do princípio do Juiz Natural, cerceamento de defesa por ausência de interrogatório e por falta de intimação para o interrogatório do corréu, violação ao princípio da paridade de armas, além de nulidade da prova produzida através das mídias audiovisuais. No mérito, alega inexistência de provas acerca dos fatos supostamente ocorridos

na sua gestão (2001 a 2004), assim como no tocante à acusação de indevida aplicação de verbas públicas nos festejos, ausência de dolo no consistente à sua promoção pessoal, afirmando, outrossim, não haver concorrido para os fatos relacionados às inaugurações do Hospital Oto Alencar e da Praça de Musculação. Por derradeiro, aduz que o conjunto probatório demonstra terem sido os eventos custeados pelo seu grupo empresarial.

**VI** - Intimada, a Defesa do Denunciado JOÃO EVANDRO recusou-se a oferecer Alegações Finais, passando a gerar inúmeros incidentes processuais em razão do fato, os quais culminaram com o petitório de fls. 988/990, reiterando nulidade em razão da ausência de Derradeiras Alegações da sua parte, como, também, ao argumento de que o Defensor ad hoc não poderia ter desistido da oitiva de qualquer das suas testemunhas.

**VII** - A Primeira Câmara Criminal, acolheu, por maioria, tão somente, a preliminar de nulidade suscitada pelo Corrêu JOÃO EVANDRO, para fins de possibilitar à Defesa o oferecimento das suas Alegações Finais, consoante Voto-Vencedor e Voto-Vencido já encartados ao processo.

**VIII** - Apresentadas as Alegações Finais do Corrêu, JOÃO EVANDRO, cabe examinar, agora, a questão de fundo.

**IX** - Quanto ao mérito, merece parcial acolhida a pretensão do MINISTÉRIO PÚBLICO. Acervo probatório constante dos autos que atesta, indubitavelmente, a materialidade e a autoria dos delitos atribuídos aos Réus, perpetrados, nos períodos apontados na Denúncia, não se podendo cogitar da absolvição de nenhum deles por tais condutas.

**X** - Improcede o argumento do Denunciado RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, atual Prefeito de Milagres, ao sustentar inexistirem elementos probatórios acerca da realização dos eventos durante a sua gestão, no período de 2001 a 2004. Pelo contrário, o conjunto das provas atesta, indubitavelmente, a realização dos festejos narrados na exordial nos exercícios de 2001 a 2004, quando ocupava também ele o cargo de Chefe do Executivo Municipal. De um lado, ao ser ouvido no bojo do Inquérito Civil que embasou a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 880/2007 – que, de sua vez, ensejou a propositura da presente Ação Penal -, RAIMUNDO declarou que, seguindo modelo por ele implantado desde seu primeiro mandato, nos idos de 1991, ao voltar a ocupar o cargo de Prefeito de Milagres/BA nos exercícios de 2001 a 2004 deu continuidade à distribuição de cestas básicas e outras benesses aos membros da comunidade, em especial durante as comemorações da Semana Santa, São João e Natal, utilizando-se, para custear as despesas correlatas, não só de recursos próprios e donativos de comerciantes, mas, também, de verbas do erário e fazendo uso dos serviços da Administração Municipal (cf. fls. 124/125).

**XI** - Outras provas existem da ocorrência dos eventos na sua gestão de 2001 a 2004, tal como o depoimento em Juízo da testemunha ELISÂNGELA ROCHA DA SILVA às fls. 641/642, que, naqueles exercícios, com ele trabalhou, desempenhando a função de Secretária de Gabinete, quando, entre outros detalhes, declarou “que a distribuição de cestas básicas nos anos de 2003 e 2004 era feita pelo Réu RAIMUNDO, na qualidade de empresário;[...] que a organização e distribuição das cestas básicas era feita por voluntários como a depoente; [...] que as senhas eram distribuídas três vezes no ano, na Semana



Santa, no São João e no Natal; [...] que tais distribuições foram custeadas pela Prefeitura Municipal” (cf. fls. 641/642). Depoimentos na mesma esteira foram colhidas, no curso da instrução, das testemunhas FLORINEIDE MARIA DE JESUS e ANA MARIA DE SÃO PEDRO DA SILVA CARILLO, às fls. 633/634 e 635/636, respectivamente.

**XII** – A alegada inexistência de provas é também contraditada pelo conteúdo da mídia de fls. 709, referente à gravação da entrega de cestas básicas e outros donativos no Natal de 2006 (quando o cargo de Prefeito de Milagres/BA era ocupado pelo corréu JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA). Na abertura do vídeo resta exibido, com destaque, a expressão “18ª DISTRIBUIÇÃO DE CESTA BÁSICA EM MILAGRES – 22/12/2006”. Se aquela era a 18ª DISTRIBUIÇÃO, daí decorre, por óbvio, que nos exercícios de 2001 a 2004, na gestão de “GALEGO”, houve, sim, diversas festividades para distribuição de cestas básicas, mesmo considerando a ocorrência de três eventos dessa natureza por ano (Semana Santa, São João e Natal).

**XIII** – Infundados, outrossim, os argumentos da Defesa de RAIMUNDO DE SOUZA SILVA quando sustenta inexistirem provas acerca da utilização de recursos públicos nas festividades celebradas nos exercícios de 2001 a 2004, assim como no período de 2005 a 2007, como também a ausência de elementos a evidenciarem a intenção de o Denunciado autopromover-se com reportados eventos.

**XIV** – No tocante a tais práticas, sua continuidade nos exercícios de 2005 a 2007, quando o então Prefeito de Milagres/BA, o Acusado JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA, assim o fazia visando beneficiar “GALEGO”, seu correligionário, antecessor e padrinho político, associando “aquelas festanças e benesses à sua pessoa”, a quem interessava repercutir e ampliar seu prestígio junto à comunidade, sendo de se destacar que RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, como frisado na peça acusatória, “mais uma vez se elegeu Prefeito em 2008”.

**XV** – No concernente à distribuição de “senhas” e “camisetas” à comunidade para comparecerem aos eventos no mandato de JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA, essas condutas eram realizadas, de igual maneira, com indisfarçável intento de promover eleitoralmente a pessoa “GALEGO” e seu grupo político, mesmo porque, os munícipes considerados opositores a tal grupo não tinham acesso às “senhas”, aos prêmios ou às cestas básicas, fatos exaustivamente narrados na Denúncia e confirmados na instrução.

**XVI** - Prova material acerca da dolosa autopromoção reside na própria réplica das “senhas” distribuídas no mandato do Réu JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA (cf. fls. 167-A), contendo, na parte superior, a expressão “CESTA BÁSICA”, o número que a individualizava (em caso, “1.587”), o evento (na hipótese, “PÁSCOA”), a data e o horário do sorteio (05 de abril de 2006), a logomarca da Prefeitura, na qual, como pode ser visualizado às fls. 167-A, está inserido o slogan “NO CAMINHO CERTO, SEMPRE”, e, ao lado, a logomarca do grupo empresarial R.S.SILVA, de propriedade do Acusado RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, com a inscrição “DE OLHO NO FUTURO, SEMPRE”. Tais expedientes, consoante destacado pelo Parquet, prestavam-se “para associar e confundir a Administração Pública Municipal e os seus feitos com RAIMUNDO DE SOUZA SILVA”, estabelecendo “ine-



gável confusão entre o público e o privado” (cf. Denúncia e Alegações Finais). **XVII** - Mídias audiovisuais encartadas nos autos, com destaque para a de fls. 709 (Natal de 2006), e fls. 712 (distribuição de camisas na Páscoa de 2007), cujas imagens se harmonizam com os depoimentos testemunhais, fornecendo elementos que permitem constatar a veracidade dos fatos narrados na exordial acusatória.

**XVIII** - Mídia de fls. 709, atinente à entrega de cestas básicas e distribuição de prêmios no Natal de 2006, na qual, logo nas primeiras cenas, consta o título “18ª DISTRIBUIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS EM MILAGRES, 22/12/2006”. Imagens de milhares de cestas básicas (4.000, segundo se ouve de um equipamento sonoro), abrigadas em sacos ornamentados com motivos de Natal, localizados em uma estrutura coberta; em seguida, podem ser vistos inúmeros membros da comunidade movimentando-se no local, a saber, em frente à “Central de Abastecimento do Município”, e, ao fundo, visualizam-se, pelo menos, 03 (três) ônibus escolares, utilizados, segundo os depoimentos carreados aos autos, para deslocamento dos moradores da zona rural; na sequência, pode ser vista uma apresentadora, sobre um grande palanque, coberto com toldos, que dá início ao evento, chamando diversas pessoas para a ela se juntarem, tais como Vereadores e Secretários Municipais, professoras da área rural, etc., e, por fim, após convidar o então Prefeito, JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA, anuncia a presença do Primeiro Denunciado, apontando-o como “nosso grande líder, aquele que criou toda esta festa”, ocasião em que os populares aplaudem e gritam, repetidas vezes, o nome “GALEGO”, que sobe ao palanque. Ao final, após discursos proferidos por partidários dos Denunciados, que a eles exaltavam, e depois da fala do Prefeito JOÃO EVANDRO, a palavra é concedida ao corréu RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, ao som do “jingle” de sua campanha, para o delírio dos populares. Depois disso, são distribuídos os prêmios aos portadores das “senhas”, assim como dinheiro em espécie, que denominam “onças” ou “oncinhas”, como alusão à nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

**XIX** – Inexistência de dúvidas quanto à natureza autopromocional de tais eventos. Merece destaque que o Primeiro Denunciado, RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, em seu discurso de encerramento, a par de exaltar a liderança política do Acusado JOÃO EVANDRO, enaltecendo a gestão por ele realizada, passa a tecer considerações de natureza político-partidária, afirmando, inclusive, que, mesmo sem o apoio do Governo Federal e do Governo Estadual, o Município de Milagres não iria parar.

**XX** - Caráter autopromocional das sucessivas festividades realizadas em Milagres na Páscoa, São João e Natal, com distribuição de cestas básicas, de brindes e dinheiro entre a população detentora de “senhas”, numa simbiótica parceria público-privada, onde os responsáveis não se acanham sequer com a utilização indevida de servidores da Prefeitura, assim como de bens públicos do Município de Milagres, inclusive ônibus escolares, desviando-os da sua finalidade com o objetivo de transportar, para aludidos eventos, a população residente no meio rural, aspecto abordado, com firmeza, nos depoimentos das testemunhas de fls. 672/673, fls. 681 e fls. 685.

**XXI** - Parceria público-privada que se estendeu, de forma criminosa, pelo menos, até o exercício de 2007, como faz prova o conteúdo da mídia de fls.

712, relativa à “19ª DISTRIBUIÇÃO DE CESTA BÁSICA”, ocorrida por ocasião das comemorações da Páscoa de 2007, em que aparecem fotografias de camisetas nas quais estampados, nas costas, os nomes de “RAIMUNDO SOUZA SILVA – Empresário”, e “JOÃO EVANDRO S. SANTANA – Prefeito”. Já na manga direita da camiseta, está impresso o emblema do “GRUPO EMPRESARIAL R.S.SILVA”, de propriedade privada de RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, ao passo que, a manga esquerda retrata o “slogan” da Prefeitura Municipal: “GOVERNO DE MILAGRES NO CAMINHO CERTO, SEMPRE”.

**XXII** – O legislador constituinte, no art. 37 Carta da Carta Magna preceitua que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...], estabelecendo, no § 1º do mesmo dispositivo, 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 [...].”

**XXIII** - As ações governamentais não podem ser executadas de forma a enaltecer a figura do administrador público ou a atender os seus interesses próprios, tampouco os integrantes do seu grupo político. Se tal ocorrer, haverá, sem dúvida, grave violação ao princípio da impessoalidade, apontado pela Doutrina como consectário natural do princípio da finalidade. Ou seja, tal princípio impõe a atuação impessoal da Administração Pública e se aplica tanto em relação ao administrador quanto a todos os administrados, de forma que, para se alcançar a verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, devendo a coletividade ser tratada de forma impessoal, não sendo toleráveis nem favoritismo nem perseguições. De outra parte, segundo entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, a real dimensão do princípio da impessoalidade importa instrumentalização recíproca e profunda com o princípio da publicidade, limitador de toda publicação ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, o que se afigura incompatível com a menção de nomes, símbolos, imagens ou “slogans” que caracterizem promoção pessoal (CF, art. 37 e § 1º).

**XXIV** – Conjunto probatório atestando, sem laivo de dúvida, que RAIMUNDO DE SOUZA SILVA praticou, em continuidade delitiva (CP, art. 71), nos exercícios de 2001 a 2004, crime previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967. Já nos exercícios compreendidos entre 2005 a 2007, como também ressaí do exame dos autos, o Acusado RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, juntamente com o Denunciado JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA, em concurso de pessoas (CP, art. 29) e continuidade delitiva (CP, art. 71), cometeram o mesmo delito de responsabilidade do Decreto-Lei nº 201/1967.

**XXV** – Concurso material rejeitado. Embora também assevere a peça acusatória que os Réus se associaram ilicitamente para assegurar a inserção do nome de “GALEGO” (RAIMUNDO SOUZA SILVA) nos Convites datados de 27 de abril de 2007 e garantir que este último apresentasse, juntamente

com o Prefeito JOÃO EVANDRO, como se autoridade fosse, as boas vindas e agradecimentos antecipados aos convidados para a inauguração de obras públicas, especificamente as novas instalações do “Hospital Municipal Oto Alencar” e da “Praça de Musculação e Modernização do Coreto”, conduta com a qual, segundo o Parquet, teriam praticado, já agora em concurso material (CP, art. 69), novamente, crime de responsabilidade, descrito no mencionado art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967, entende-se não se tratar de crime autônomo, mas, sim, de delito integrante da cadeia de continuidade das infrações penais perpetradas pelos Acusados, devendo ser considerado tão somente para efeito cálculo da causa de aumento prevista no art. 71 do CP.

**XXVI – AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA QUE SE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE para condenar RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** pela prática de crime previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967, em continuidade delitiva, nos exercícios de 2001 a 2004, **condenando-o, também, juntamente com o Denunciado JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, pela prática do mesmo delito, nos exercícios compreendidos entre 2005 a 2007, de igual sorte em continuidade delitiva (CP, art. 71) e em concurso de pessoas (CP, art. 29).

**XXVII –** Condenação de rigor. Examinados os vetores estabelecidos no art. 59 do Diploma Repressivo, verifica-se, quanto aos dois Denunciados, que a culpabilidade é normal à espécie; não possuem registro de antecedentes criminais; inexistem indícios acerca da conduta social e personalidade dos agentes, nada havendo, pois, a ser valorado sobre tais aspectos; a motivação e as consequências dos crimes, embora reprováveis, não ultrapassam aquelas comuns ao fato típico. Dessa sorte, fixa-se a pena-base, para ambos, no seu mínimo legal, correspondente a 02 (dois) anos de reclusão, mantida na segunda etapa, à minguada de atenuantes ou agravantes. Já na terceira etapa, considerando que os delitos apontados na Denúncia, de acordo com a prova produzida, foram perpetrados por, no mínimo, três vezes a cada ano (Semana Santa, São João e Natal), nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, há de ser reconhecida a hipótese de continuidade delitiva, fazendo-se incidir, sobre a pena de um só dos crimes, a causa de aumento do art. 71 do CP. Assim, atento ao princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, inciso XLVI), e considerando que, com relação a **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** as condutas delituosas apontadas na exordial alcançaram não só o período do seu mandato (exercícios de 2001 a 2004), mas, também, nos termos do art. 29 do mesmo Diploma, se estenderam aos anos de 2005 a 2007, a basilar fica aumentada de 1/3 (um terço), resultando em reprimenda definitiva de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Já no tocante ao Acusado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, o acervo probatório atesta que, também na forma do art. 29 do Código Penal, praticou os delitos no período de 2005 a 2007, de igual sorte em continuidade delitiva, daí porque estabelecido, em seu menor patamar de 1/6 (um sexto), o acréscimo previsto no mencionado art. 71 do CP, perfazendo uma pena total definitiva de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Referidas penas deverão ser cumpridas em regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP, assegurada sua substituição por 02 (duas) restritivas de direitos (CP, art. 44), a serem definidas quando da execução, tudo isso sem prejuízo da reparação

civil dos danos causados ao patrimônio público, impondo, ainda, ao Sentenciado RAIMUNDO DE SOUZA SILVA a perda do mandato eletivo, e, aos dois Acusados, a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, pelo prazo de 05 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado desta Decisão (Art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 201/67).

### ACÓRDÃO

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA Nº 0001798-69.2009.8.05.0000**, provenientes da Comarca da Milagres/BA, sendo autor o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA** e, Acusados, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** e **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR AS PRELIMINARES de VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO, FALTA DE INTIMAÇÃO PARA O INTERROGATÓRIO DO CORRÊU, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS, E DE NULIDADE DA PROVA CONSTANTE EM DVD**, e, no mérito, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, PARA CONDENAR OS RÉUS**, nos termos do voto Relator. E assim o fazem pelos fundamentos a seguir expostos.

### RELATÓRIO

Trata-se de Ação Penal Originária proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA** contra **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido como “GALEGO”, e **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, imputando-lhes, na condição, respectivamente, de Prefeito e ex-Prefeito do Município de Milagres/BA, a prática de crimes de responsabilidade descritos no art. 1º, inciso II, do Decreto – Lei nº 201/1967, c/c os artigos 29, 69 e 71 do Código Penal Brasileiro.

Registro, antes de qualquer outra consideração, que o presente processo foi de início distribuído, em 30 de setembro de 2009, por sorteio, ao eminente Des. Eserval Rocha (cf. Termo de Distribuição, às fls. 170), sendo certo que, em 26 de agosto do ano de 2015, já depois de instruído o feito, S. Ex.<sup>a</sup> veio a declarar suspeição, declinando que assim o fazia em decorrência de acontecimentos posteriores (cf. fls. 1.023). Redistribuído em 28 de agosto de 2015 (cf. Termo de Redistribuição de fls. 1.025), a nova Relatora, Des. Rita de Cássia Machado M. F. Nunes, também se declarou suspeita (cf. fls. 1.026). Daí, a Relatoria restou transferida ao Exmo. Des. Nilson Soares Castelo Branco (cf. fls. 1.038), tendo S. Ex.<sup>a</sup>, entretanto, pelo Despacho de fls. 1.039, salientado que, desde o recebimento da Denúncia, se dera por impedido para funcionar nos autos (cf. fls. 389/402), razão pela qual, na forma do Termo de Distribuição de fls. 1.041, de **16 de setembro de 2015**, coube-me, a partir dessa última data, a Relatoria, por Prevenção do Órgão Julgador.

Assim é que, nada obstante já conste dos autos Relatório elaborado pelo ilustre Des. Eserval Rocha, que me antecedeu na condução do processo, reputo necessário complementá-lo, minuciosamente os fatos e os respectivos incidentes processuais, fazendo-o nos seguintes termos.

Funda-se, a Denúncia, em peças informativas que embasaram a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 880/2007, intentada contra os ora Acusados pela Promotoria de Justiça da Comarca de Milagres/BA, atribuindo-lhes, naqueles autos, a prática de atos violadores dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade em eventos promovidos pela reportada Prefeitura, consistentes na distribuição de cestas básicas e outras benesses, numa estru-



tura de propaganda autopromocional, de conteúdo político partidário, envolvendo, nos exercícios de **2001 a 2004**, o então Prefeito, ora Primeiro Denunciado, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido como “**GALEGO**”, e, nos exercícios de **2005 a 2007**, o Chefe do Executivo da época, aqui Segundo Denunciado, **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA** (cf. Expediente de fls. 23, dirigido ao Procurador-Geral de Justiça, e cópia da inicial da ACP, às fls. 26/48).

Segundo narra o Órgão Acusador, o Primeiro Réu, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, ao ser ouvido no bojo do Inquérito Civil lastreador da reportada Ação Civil Pública, declarou que, nos idos de 1991, ao assumir, pela primeira vez, o cargo de Chefe do Executivo de Milagres/BA, passou a distribuir cestas básicas e outras benesses aos membros da comunidade, em especial durante as comemorações da Semana Santa, São João e Natal, utilizando-se, para custear as despesas correlatas, não só de donativos de comerciantes, mas, também, de recursos do erário e fazendo uso dos serviços da Administração Municipal, objetivando, com isso, “**capitanear ações filantrópicas associadas à sua pessoa**” (cf. fls. 03).

Prosseguindo, esclarece que o Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** afirmou que a distribuição de tais donativos aconteceram tanto antes quanto durante seu primeiro mandato, assim como ao tempo da gestão de **ADELIO MOURA MACHADO**, tendo continuidade por ocasião do seu retorno ao cargo, entre os anos de **2001 a 2004**, além de mantida, nos exercícios seguintes, de **2005 e 2007**, pelo Segundo Acusado, **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, então Prefeito do Município (observe-se, a propósito, que, através de Decisão Liminar, proferida em 11 de junho de 2007, na reportada Ação Civil Pública, a Juíza de primeiro grau determinou o afastamento do Prefeito **EVANDRO SILVA** do cargo por 180 dias; cf. fls. 129/146).

Aduz o **MINISTÉRIO PÚBLICO**, outrossim, que a Administração Pública operava esses festejos (comemorações da **Semana Santa, São João e Natal**) montando palanques onde diversas pessoas, dentre elas os Denunciados, discursavam em momento anterior à entrega das cestas básicas e demais donativos, tais como televisores, aparelhos de Microsystems, geladeiras, ferros elétricos e, até mesmo, dinheiro vivo, em notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), denominadas “onças” (cf. fls. 04, 07 e 10). O acesso aos prêmios, de sua vez, era assegurado apenas àqueles contemplados com senhas, previamente distribuídas, “**excluindo-se as pessoas consideradas opositoras ao grupo político de ‘GALEGO’**” (cf. fls. 09 e fls. 11).

Reportando-se, de forma específica, ao período de **2005, 2006 e 2007**, quando o cargo de Prefeito de Milagres/BA era exercido pelo Segundo Denunciado, **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, assevera a peça acusatória ter ele mantido, “**sem pestanejar, as operações concessivas das oferendas aos munícipes, tal qual o *modus operandi* antes desenhado por ‘GALEGO’, seu correligionário e padrinho político, instrumentalizando bens e serviços públicos municipais**”, visando beneficiar este último (cf. fls. 04), vale dizer, o ex-Prefeito **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido como “**GALEGO**”, a quem interessava repercutir e ampliar seu prestígio junto à comunidade, mediante “**a associação daquelas festanças e benesses à sua pessoa**” (cf. fls. 05), sendo certo que, “**mais uma vez, se elegeu Prefeito em 2008**” (cf. fls. 11).

A propósito das “senhas” distribuídas por ocasião dos eventos, também denominadas na Denúncia como “convites”, eram, conforme esclarecido, custeadas pelo Município e fornecidas em larga escala. Continham números que as individualizavam, o motivo do festejo, o tema, data e horário do sorteio (cf. fls. 08), destacando a Acusação, ainda, que, “**como se vê das réplicas colacionadas, na parte central desses convites, ao lado do símbolo da Prefeitura inseriu-se, com destaque, a logomarca que identifica o grupo empresarial R.S.SILVA, contendo, no espaço inferior do círculo, o slogan de ‘GALEGO’, expresso sob o título ‘De olho no futuro, Sempre’, expediente que se prestou para associar e confundir, uma vez mais, a Administração Pública Municipal e os seus feitos com a pessoa de RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, proprietário da sobredita empresa**” (cf. fls. 08).



Sublinhou o **Parquet**, também, a existência de provas da utilização de recursos humanos, ônibus escolares e veículos padronizados da Prefeitura por ocasião da entrega desses donativos, com a promoção pessoal de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**. E enfatizou, especificamente, que a mobilização e uso da máquina pública em benefício do Denunciado **RAIMUNDO DE SOUZA**, à custa do erário, quando **JOÃO EVANDRO** era o Prefeito, operavam-se não só nas comemorações da Semana Santa, São João e Natal, mas, até mesmo, por ocasião da inauguração de obras oficiais da Prefeitura Municipal, como na hipótese das novas instalações do “**Hospital Municipal Oto Alencar**” e da “**Praça de Musculação e Modernização do Centro**”, ocorridas em 27 de abril de 2007, cujo respectivo convite anunciou “a presença de visitantes ilustres e do nosso ‘GALEGO’”, este com grafia realçada, o mesmo acontecendo no agradecimento pela presença dos convidados, como demonstram as cópias desses papéis, encartadas às fls. 117 e 123.

Após narrar tais condutas, com inúmeros outros detalhes a elas relacionadas, reportando-se, inclusive, a depoimentos testemunhais e imagens registradas nas mídias audiovisuais acostadas às fls. 168, 169, 696, 709 e 712, o **MINISTÉRIO PÚBLICO** assim delinea a proposta acusatória:

“Ante os fatos supra, o primeiro denunciado [RAIMUNDO DE SOUZA SILVA], na condição de Prefeito de Milagres durante o mandato exercido em 2001, 2002, 2003 e 2004, ao instrumentalizar a máquina pública municipal, mobilizando servidores, veículos escolares e rendas públicas na confecção de senhas para distribuição de prêmios, bem como dinheiro e cestas básicas para a doação pela Prefeitura Municipal, além da estrutura e palanque montado pelo Poder Público, de onde proferiu e ouviu discursos que lhe asseguraram promoção de caráter pessoal, associando o seu nome às benesses repartidas, cometeu, em cada um dos exercícios citados, mais especificamente nas festividades juninas, natalinas e nas Semanas Santas (Páscoa), em continuidade delitiva, o crime de responsabilidade tipificado no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67.” (cf. fls. 14/15).

“Do mesmo modo, o segundo denunciado [JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA], na qualidade de Prefeito de Milagres, à época, e o primeiro denunciado [RAIMUNDO DE SOUZA SILVA], então ex-Gestor, ao se associarem criminosamente nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, dando prosseguimento à instrumentalização da máquina pública municipal, mobilizando servidores, veículos escolares, verba pública na aquisição de senhas para a distribuição de prêmios, dinheiro e cestas básicas pela Prefeitura Municipal, com inserção nas ditas senhas e em camisetas alusivas aos eventos, da logomarca, nome, slogan e símbolo identificadores da marca pessoal de RAIMUNDO DE SOUZA SILVA, em favor de quem proferiu discursos elogiosos e disponibilizou as estruturas do palanque montado pelo Poder Público, inclusive executando o seu jingle de campanha, permitindo-lhe repassar dinheiro aos presentes e encerrar os eventos com palavras de auto engradecimento, vinculando as mercês ofertadas pela Administração ao seu nome e ao seu feito, cometerem, em cada um dos exercícios citados, mais precisamente nas festividades juninas, natalinas e nas Semanas Santas (Páscoa), em concurso de pessoas, o delito tipificado no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67.” (cf. fls. 15).

“Ao se associarem ilicitamente, para assegurar a inserção do nome de ‘GALEGO’ nos Convites datados de 27 de abril de 2007 e garantir que este último, juntamente com o Prefeito JOÃO EVANDRO, apresentasse, como se autoridade fosse, as boas vindas e agradecimentos antecipados aos convidados à inauguração de uma obra pública, no caso as novas instalações do Hospital Municipal Oto Alencar, Praça de Musculação e Modernização do Centro, os denunciados praticaram, mais uma vez, o crime descrito no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, em face da utilização indevida dos recursos públicos (v.g. dispêndio com a confecção do serviço de entrega), em benefício de RAIMUNDO SOUZA SILVA.” (cf. fls. 16).

Por fim, conclui o **MINISTÉRIO PÚBLICO**:

“Agindo assim, os denunciados, na medida de suas participações e culpabilidade, cometeram os delitos acima descritos, combinados com os artigos 29, 69 e 71 do Código Penal, daí porque requer sejam procedidas às suas notificações, para, querendo, oferecer resposta, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/90, c/c o art. 1º da Lei nº 8.658/93, após o que seja recebida a presente denúncia, procedendo-se às suas citações, com vista aos interrogatórios e acompanhamento dos ulteriores atos processuais, até final julgamento e condenações, incluindo-se aí a reparação mínima pelos danos decorrentes da prática infracional (art. 387, IV, Código de Processo penal).” (cf. fls. 16).

Devidamente notificados (cf. fls. 245 e verso e fls. 279-A e verso), o Réu **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** apresentou Resposta às fls. 254/276, enquanto **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA** o fez às fls. 347/358 (art. 4º da Lei nº 8.038/1990).

A Denúncia foi recebida, por decisão unânime dos membros da Primeira Câmara Criminal, em **30 de outubro de 2012**, nos termos do Acórdão de fls. 389/402.

Pelo Ato Ordinatório de fls. 415/416, de 14 de fevereiro de 2013, o então Relator, na forma facultada pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº 8.038/1990, delegou ao Juiz de Direito da Comarca de Milagres/BA a intimação pessoal para oferecimento de Defesa Prévia, oitiva de testemunhas e interrogatórios dos Denunciados, tendo sido expedida, para tanto, a respectiva Carta de Ordem, datada de 06 de maio de 2013 (cf. fls. 419).

Defesas Prévias de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** às fls. 422/423 e, de **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, às fls. 347/358 e 455/456, quando apresentaram rol de testemunhas (art. 8º da Lei nº 8.038/1990).

Às fls. 458/459, a Relatoria deferiu pedido de prorrogação de prazo para cumprimento da Carta de Ordem, reiterando, ainda, a determinação no sentido de que os Réus fossem intimados para comparecer à audiência de instrução.

O Juiz de Direito da Comarca de Milagres/BA solicitou novo prazo, relatando dificuldades no cumprimento das determinações ordenadas (cf. fls. 477/478 com cópia às fls. 592/593).

Em Audiência realizada, no dia 26 de agosto de 2013, na Comarca de Milagres/BA, foram colhidos depoimentos das testemunhas FLORINEIDE MARIA DE JESUS, ANA MARIA DE SÃO PEDRO DA SILVA CARRILHO, RANULFO BATISTA DOS SANTOS, ROZELITA DOS SANTOS RIOS, VALADINEY RIBEIRO PIRES, ELISÂNGELA ROCHA DA SILVA, MARIA HELENA REGIS AMARAL (cf. fls. 633/644). Na mesma ocasião, a Defesa do Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SANTOS**, após indeferido o pleito de deslocamento do ato de interrogatório para a segunda instância, invocou, em favor do seu constituinte, o “direito ao silêncio” (cf. Ata de Audiência, às fls. 631/632).

Diante do cumprimento e restituição da Carta de Ordem a este TJ/BA (cf. fls. 645), e em face de requerimento formulado pelo **Parquet** às fls. 650/651, o Exmo. Sr. Relator originário, pelo Ato de fls. 653, determinou fosse expedida Carta de Ordem a um dos Juízes Criminais desta Capital, para interrogatório do Denunciado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, residente nesta cidade de Salvador, além de ordenar a expedição de nova Carta de Ordem ao Juízo de Milagres/BA, para encaminhamento das provas coletadas na Ação Civil Pública de nº 156.0020-7/2007, como postulou o **MINISTÉRIO PÚBLICO**.

Às fls. 657, o Primeiro Denunciado, **RAIMUNDO DE SOUZA SANTOS**, alegando que, por ocasião da Audiência realizada em Milagres/BA em 26 de agosto de 2013, fora intimado tão só para oitiva de testemunha, postulou designação de data para seu interrogatório.

Pelo Ato de fls. 723, determinou-se, tendo em vista as dificuldades para intimação do Segundo Denunciado, **JOÃO EVANDRO SILVA**, fosse ele intimado por Oficial de Justiça atuante na Primeira Câmara Criminal. No mesmo Ato, o então Des. Relator indeferiu o pedido de

interrogatório formulado pelo Réu **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** às fls. 657, gizando que o mesmo já fora, para tanto, devidamente intimado, “conforme DJE nº 1006, de 02/08/2013, e **mandado de intimação às fls. 624, 629 e 629-verso**”.

Às fls. 776/779, foi interrogado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**.

Seguiu-se, às fls. 786, Ato Ordinatório determinando a intimação da Defesa para se manifestar sobre pedido de antecipação das diligências formulado pelo **Parquet** às 650/651, bem assim acerca dos documentos juntados às fls. 661/719.

O Primeiro Acusado, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, aduzindo que do Mandado de Intimação de fls. 629 não constava a indicação de que deveria comparecer para ser interrogado, pediu, novamente, designação de data para seu interrogatório (cf. fls. 788/790), requerimento, contudo, que não logrou êxito, posto que, como destacado pelo Relator às 792, tal pedido já fora examinado e indeferido às fls. 723. Ainda pelo mesmo Ato Ordinatório, publicado em **09 de janeiro de 2014** (cf. fls. 792 verso), o Relator, declarando encerrada a instrução, determinou fossem intimadas Acusação e Defesa para apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, alegações escritas.

Alegações Finais da Acusação às fls. 796/804, em 14 de fevereiro de 2014.

Subsequentemente, no dia 18 do mesmo mês e ano, a Bela. VANESSA VIANNA REZENDE dirigiu petição à Relatoria renunciando ao mandato outorgado por **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, requerendo fosse seu constituinte notificado para diligenciar a indicação de novo Defensor (cf. fls. 806).

**RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** apresentou Alegações Finais às fls. 811/854, suscitando preliminares de violação do princípio do Juiz Natural, cerceamento de defesa por ausência de interrogatório e por falta de intimação para o interrogatório do corréu, violação ao princípio da paridade de armas e nulidade da prova produzida através das mídias audiovisuais. No mérito, alega inexistência de provas acerca dos fatos noticiados na Denúncia supostamente ocorridos na sua gestão, assim como no tocante à acusação de indevida aplicação de verbas públicas, salientando que o conjunto probatório demonstra terem sido os eventos custeados pelo grupo empresarial pertencente ao Acusado.

Em 05 de junho de 2014 intimou-se a nova Defensora do Réu **JOÃO EVANDRO**, Bela DANIELLA MARTINS DE OLIVEIRA, para apresentação de Alegações Finais (cf. fls. 876 e verso).

Todavia, nada obstante intimada para a prática do ato, inclusive tendo feito carga dos autos em 09 de junho de 2014 (cf. fls. 877), a nova Defensora do Denunciado **JOÃO EVANDRO DA SILVA SANTANA**, Bela. DANIELLA MARTINS DE OLIVEIRA, ao revés, formulou requerimento pugnando pela realização de diligências, ao argumento de que não fora possível fazê-lo anteriormente, por não ter tido acesso aos autos, eis que o advogado do corréu fizera carga no primeiro dia do prazo, impossibilitando o acesso ao processo à sua Defensora (cf. fls. 879/880).

O então Relator, em 26 de junho de 2014, indeferiu o pleito, entendendo preclusa a fase de produção de provas, determinando, outrossim, nova intimação da Defesa do Réu **JOÃO EVANDRO** para apresentação de Alegações Finais (cf. Ato Ordinatório de fls. 884).

Irresignado, **JOÃO EVANDRO**, em 30 de junho de 2014, interpôs Agravo Regimental (cf. fls. 881/883), ao qual foi negado provimento, na forma do Acórdão de fls. 891/895, proferido em Sessão realizada no dia 22 de julho de 2014.

Diante desse decism, o Denunciado **JOÃO EVANDRO DA SILVA SANTANA**, em 14 de agosto de 2014, interpôs Recurso Especial (cf. fls. 899/907), inadmitido, contudo, pela 2ª Vice-Presidência (cf. fls. 915/917).

Não se conformando, **JOÃO EVANDRO** interpôs Agravo de Instrumento (cf. fls. 919/926), que, contrarrazoado às fls. 929/933, se encontra pendente de julgamento perante o

colendo Superior Tribunal de Justiça, Corte à qual remetido em 30 de setembro de 2014 (cf. fls. 934).

Em seguida, procedeu-se à juntada, às fls. 937/941, do Relatório elaborado pelo então Relator, o Exmo. Sr. Desembargador Eserval Rocha.

Às fls. 969 foram as partes intimadas, para, nos termos do art. 295 do Regimento Interno deste TJ/BA, requererem o que considerassem conveniente apresentar na Sessão de Julgamento.

Atendendo a essa intimação, o Réu **JOÃO EVANDRO DA SILVA SANTANA** peticionou, às fls. 970, informando que aguardaria **“a manifestação do Ministério Público para formular requerimentos aos quais alude o art. 295 do Regimento Interno desta Egrégia Corte”**.

Já o Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, às fls. 971, e o **MINISTÉRIO PÚBLICO**, às fls. 972, formularam pedidos de diligências a serem realizadas em Plenário, tais como leitura dos documentos de fls. 591, 613, 657 e 788, reprodução dos DVD's encartados nos autos, distribuição para cada um dos julgadores de cópia dos documentos de fls. 591, 613, 657, 704 e 788.

Às fls. 975/978, **JOÃO EVANDRO** voltou a peticionar, insistindo na nulidade absoluta do feito, ao argumento de que não fora intimado para apresentar Alegações Finais.

Pelo Ato Ordinatório de fls. 980/982 o então Relator apreciou os requerimentos de diligências, deferindo-as, em parte, tão só para determinar que a Secretaria da Primeira Câmara Criminal diligenciasse no sentido de providenciar equipamentos para reprodução, no dia do julgamento, das mídias de áudio e vídeo acostadas aos autos. Rejeitou, outrossim, a arguição de nulidade suscitada pelo Réu **JOÃO EVANDRO** por ausência das derradeiras alegações, determinando a inclusão do feito em pauta, com as devidas intimações.

Intimado para comparecer à Sessão de Julgamento, a ser realizada no dia 26 de maio de 2015, o Acusado **JOÃO EVANDRO DA SILVA SANTANA** mais uma vez peticionou nos autos, às fls. 988/990, reiterando a arguição de nulidade em razão da ausência de Alegações Finais da sua parte, e, sob o argumento de que o Defensor *ad hoc* não poderia ter desistido da ouvida de qualquer das suas testemunhas (cf. Termo de Audiência de fls. 631/632), pediu fosse o feito retirado de pauta, com a reabertura da instrução para a colheita dos depoimentos testemunhais.

Foram, então, juntadas diversas das Cartas de Ordem restituídas pelo Juízo de Milagres/BA e feita conclusão dos autos ao Exmo. Desembargador Revisor, que chegou a pedir dia para julgamento (cf. fls. 1.003), o que não se deu em face das declarações de suspeição e impedimento reportadas no início deste Relatório e que culminaram com a redistribuição do feito, em **16 de setembro de 2015**, a esta nova Relatoria.

**Tendo assumido a condição de Relator, dada a complexidade do feito, contendo 06 (seis) volumes, aliado à sucessão de incidentes processuais, deliberei elaborar, em complementação, o presente Relatório, que submeti à apreciação do eminente Desembargador Revisor.**

Na Sessão de Julgamento deste processo, após fazer a leitura integral do voto, rejeitando todas as preliminares suscitadas, no que fui acompanhado pelo Revisor, Desembargador Aliomar Silva Brito, o eminente Desembargador Lourival Trindade inaugurou divergência, tão somente, quanto à preliminar de nulidade, que foi acolhida, por maioria, para determinar a intimação do corréu, João Evandro, para oferecer as suas Razões Finais.

As Razões Finais do corréu, João Evandro, foram apresentadas (fls. 1.154/1.174), voltando-me os autos conclusos para dar continuidade ao julgamento em relação às questões de mérito. **É o Relatório.** Passo a decidir.



## VOTO

A inicial acusatória, após narrar fatos ilícitos atribuídos aos Denunciados, imputa a **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido como “**GALEGO**”, e a **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, à época, respectivamente, Prefeito e ex-Prefeito do Município de Milagres/BA, a prática de crimes de responsabilidade descritos no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967 (utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos), c/c os artigos 29 (concurso de pessoas), 69 (concurso material) e 71 (continuidade delitiva), do Código Penal.

Daí, reportando-se a cada um dos fatos delituosos vislumbrados, o **Parquet** discriminou, separando em três grupos, os delitos imputados a cada um dos Acusados, tal como a seguir traçado.

No que diz respeito ao Primeiro Denunciado, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, atual ocupante do cargo de Prefeito de Milagres/BA, afirma o **MINISTÉRIO PÚBLICO** que, ao assumir o cargo de Chefe do Executivo Municipal nos exercícios de **2001 a 2004**, passou a distribuir cestas básicas e outras benesses aos membros da comunidade, o que ocorria durante as comemorações da **Semana Santa (Páscoa), São João e Natal**, utilizando-se, para custear as despesas correlatas, não só de donativos de comerciantes, mas, também, de recursos do erário e fazendo uso dos serviços da Administração Municipal, como veículos, funcionários, palanques, etc., objetivando, com isso, “**capitanear ações filantrópicas associadas a sua pessoa**” (cf. fls. 03), pelo que teria cometido, em cada um dos exercícios citados, em **continuidade delitiva** (CP, art. 71), crime de responsabilidade tipificado no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Quanto ao Segundo Denunciado, **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, aduz o **MINISTÉRIO PÚBLICO** que, na qualidade de Prefeito de Milagres/BA nos exercícios de **2005 a 2007**, se associou criminalmente ao Primeiro Acusado, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, à época ex-Gestor do Município, para, dando prosseguimento à instrumentalização da máquina pública municipal implementada pelo seu antecessor, mobilizar servidores, veículos escolares e verbas públicas na aquisição de senhas para a distribuição, pela Municipalidade, nos festejos da **Páscoa, São João e Natal**, de cestas básicas, prêmios e dinheiro em espécie, inserindo, nas ditas senhas, e também em camisetas alusivas aos eventos, ao lado do símbolo da Prefeitura, com destaque, a logomarca identificadora do grupo empresarial **R.S.SILVA**, de propriedade de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, contendo, inclusive, o seu slogan, consistente na frase “**De olho no futuro, Sempre**”. Naquelas ocasiões, assinala o Órgão Acusador, o Réu **JOÃO EVANDRO SANTANA**, além de disponibilizar a “**GALEGO**” as estruturas do palanque montado pelo Poder Público, até mesmo executava o *jingle* da campanha daquele então ex-Prefeito, proferindo, a favor dele, discursos elogiosos, encerrando as comemorações com palavras vinculando as mercês ofertadas pela Administração “**ao seu nome e ao seu feito**”. Com tais condutas, enfatiza o **Parquet**, os Denunciados, em cada um dos exercícios compreendidos entre **2005 a 2007**, “**mais precisamente nas festividades juninas, natalinas e nas Semanas Santas (Páscoa)**”, teriam cometido, em **continuidade delitiva** (CP, art. 71) e **concurso de pessoas** (CP, art. 29), delitos previstos no mesmo art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Por fim, assevera a Denúncia que os Réus, de igual sorte se associaram ilicitamente para assegurar a inserção do nome de “**GALEGO**” (**RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**) nos Convites datados de **27 de abril de 2007** e garantir que este último apresentasse, juntamente com o Prefeito **JOÃO EVANDRO**, como se autoridade fosse, as boas vindas e agradecimentos antecipados aos convidados para a inauguração de obras públicas, especificamente as novas instalações do “**Hospital Municipal Oto Alencar**” e da “**Praça de Musculação e Modernização do Centro**”,



conduta com a qual teriam praticado, novamente, em **concurso material** (CP, art. 69), crime de responsabilidade, descrito no mencionado art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967, em face da utilização indevida dos recursos públicos em benefício de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** que, como destaca o Órgão Ministerial, “**mais uma vez, se elegeu Prefeito em 2008**”. Cópias dos respectivos convites e cartões de agradecimento encontram-se às fls. 123 e 715.

Pois bem.

Finda a instrução, o Primeiro Acusado, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, apresentou Alegações Finais, às fls. 811/833, suscitando preliminares de violação do princípio do Juiz Natural, cerceamento de defesa por ausência de interrogatório e por falta de intimação para o interrogatório do corréu, violação ao princípio da paridade de armas e nulidade da prova produzida através das mídias audiovisuais. No mérito, alega inexistência de provas acerca dos fatos supostamente ocorridos na sua gestão (**2001 a 2004**), assim como no tocante à acusação de indevida aplicação de verbas públicas nos festejos, ausência de dolo no consistente à sua promoção pessoal, já que, segundo sustenta, os donativos revelam, sim, “**ação social de extrema grandeza**”, sem cunho político. Afirma, ainda, não haver concorrido para os fatos relacionados às inaugurações do Hospital Oto Alencar e da Praça de Musculação, salientando, por derradeiro, que o conjunto probatório demonstra terem sido os eventos custeados pelo grupo empresarial pertencente ao Acusado.

Acolhida a preliminar de nulidade, por maioria, a Defesa do Denunciado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA ofereceu Alegações Finais** (fls. 1.154/1.174).

As demais preliminares, foram rejeitadas, à unanimidade, com os seguintes fundamentos.

#### **DA INVOCADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

Segundo sustenta a Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, teria havido, na espécie, violação ao **princípio do Juiz Natural** e ao **art. 29, inciso X, da Constituição da República**, isso porque, do julgamento realizado em Sessão do dia 30 de outubro de 2012, no qual se deu o recebimento da Denúncia (cf. fls. 389/402), participaram Juízes Convocados.

A preliminar não merece acolhida.

Por certo, o colendo Superior Tribunal de Justiça, julgando o **Habeas Corpus nº 293.686/BA**, impetrado, incidentalmente, neste mesmo processo, em favor do próprio **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** (cf. fls. 864/865), em que apontada como autoridade coatora este Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, houve por bem rejeitar a arguição de que o Paciente estaria sofrendo constrangimento pela participação, no ato de recebimento da Denúncia, “**de Juízes de Primeiro Grau**”. Eis o teor da ementa:

**“PENAL. PROCESSO PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO-LEI 201/67. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. COMPOSIÇÃO DA CÂMARA. JUÍZES CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NÃO CONFIGURADO.**

1. Seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a inadmitir **habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, recurso especial** ou de revisão criminal, ressalvando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal, o que não ocorre na espécie.

2. O juiz, enquanto convocado ao exercício do cargo de Desembargador, não sofre limitações no exercício da jurisdição, exercendo as atribuições e competências de um magistrado de 2º grau, podendo figurar como relator de qualquer feito que lhe couber por distribuição, sem restrição. Precedentes desta Corte e do STF.

3. A designação de juízes auxiliares para atuarem nos tribunais tem o escopo de concretizar a garantia constitucional da duração razoável do processo para a célere prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII).

4. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade da qual não haja resultado prejuízo para a defesa.

5. **Habeas corpus** não conhecido”.

(HC 293.686/BA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014).”

No mesmo sentido, Decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, proferida no RHC 122.002, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, transcrita no Voto do eminente Ministro Relator do reportado HC 293.686/BA:

**“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DE MINISTRA INTEGRANTE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAMENTO DO ‘HABEAS CORPUS’ Nº 268.654: IMPROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DO ‘HABEAS CORPUS’ Nº 268.654 AO TRF DA 2ª REGIÃO: IMPOSSIBILIDADE. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU POR JUÍZES CONVOCADOS: INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, passou a ser a Relatora do Habeas Corpus n. 278.115 pela aposentadoria do Ministro Nilson Naves e da prevenção estabelecida pelo processo-crime na origem, pelo que não se há cogitar de incompetência para processar as ações dele decorrentes.

2. Ao determinar que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgasse o mérito do Habeas Corpus n. 278.115, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o item relativo à violação - ou não - do princípio do juiz natural deveria ser julgado pelo Tribunal que teria dado causa à nulidade, o que não é juridicamente admissível.

3. Julgamento de habeas corpus por colegiado integrado majoritariamente por magistrados de primeiro grau convocados: inexistência de contrariedade ao princípio do juiz natural.

4. Recurso parcialmente provido para cassar a decisão questionada e determinar a apreciação do Habeas Corpus n. 278.115 pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

(STF, RHC 122002, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13.06.2014)”

Afasta-se, pois, a prefacial atinente à suposta nulidade do julgamento que recebeu a Denúncia, consubstanciado no Acórdão de fls. 389/402, fato, inclusive, como visto, já apreciado pelo colendo STJ.

#### **DA AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO**

Dita preliminar também não se sustenta.

Ao alegar nulidade decorrente da ausência de interrogatório do Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, argumenta a Defesa que do Mandado de Intimação para a Audiência realizada, no dia **26 de agosto de 2013**, na Comarca de Milagres/BA, constou apenas que o ato seria destinado à oitiva de testemunhas.

A verdade, contudo, é outra. Deveras, pelos **Atos Ordinatórios de fls. 415/416 e fls. 458/459**, respectivamente de 14 de fevereiro e 31 de julho de 2013, a Relatoria determinou a expedição de Carta de Ordem ao Juízo da Vara Crime de Milagres, delegando, **“nos termos do art. 9º, § 1º, da Lei nº 8.038/90, c/c art. 1º da Lei nº 8.658/93”**, a intimação pessoal para oferecimento de Defesa Prévia, oitiva de testemunhas e **realização de interrogatório dos Denunciados**, o que também restou consignado, expressamente, na respectiva **Carta de Ordem**, vista às **fls. 419**, expedida em 06 de maio de 2013. Destaque-se, ainda, que a mencionada Carta de Ordem acompanhou o **Mandado de Intimação de fls. 629**, pelo qual **RAIMUNDO DE**

**SOUZA** foi intimado, em 15 de agosto de 2013, para comparecer àquela Audiência de **26 de agosto de 2013**, ali exarando seu ciente, tudo como certificado às **fls. 629 verso**.

Por outro lado, não se pode olvidar que, conforme se depreende do Termo de Audiência de fls. 631/632, realizada no dia **26 de agosto de 2013**, a Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA**, naquela assentada, invocou, pela ordem, **“o princípio da identidade física do julgador”**, aduzindo, em seguida, que o Denunciado **“reservava-se para ser ouvido perante sua Excelência, o Desembargador Relator”**. Daí, o MM Juiz de Milagres, no mesmo Termo, após consignar **“que a presente Carta de Ordem possui, expressamente, dentre seus objetivos, o interrogatório do acusado RAIMUNDO DE SOUZA SILVA”**, indeferiu o requerimento e determinou fosse o nome do Réu apregoadado, tendo a Defesa, diante disso, invocado o **“direito constitucional ao silêncio, de modo a não ser submetido a interrogatório”** (cf. fls. 631/632).

Vale registrar que, como por demais sabido, a mencionada Lei nº 8.038/1990, que instituiu normas procedimentais para as ações penais ordinárias perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no art. 9º, § 1º, dispõe, literalmente, que **“o relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem”**. De outro lado, a também invocada Lei nº 8.658/1993, estendeu a aplicação da Lei nº 8.038/1990 aos feitos de competência originária dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Observe-se, ainda, que o Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** veio a postular, junto ao então Relator, às fls. 657 e fls. 788/790, designação de nova data para seu interrogatório, ao argumento de que, quando se determinou a expedição de Carta de Ordem, o Relator **“em nenhum momento deliberou acerca do interrogatório”** (cf. fls. 789), acrescentando que aquele Denunciado **“não invocou o direito ao silêncio”** (cf. fls. 790).

Ora, como já demonstrado, não procede a argumentação no sentido de que inexistiu intimação do Réu para ser interrogado. Ao contrário do que afirma a Defesa, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** foi, sim, intimado para comparecer à Audiência que se realizou no dia **26 de agosto de 2013**, lhe tendo-lhe sido entregues **“cópias do despacho, do Ato Ordinatório e da Carta Precatória”** (*sic*), de cujos documentos constava a delegação de poderes para efetuar a instrução do feito, inclusive o interrogatório, conforme se colhe da Certidão datada de 15 de agosto de 2013, aposta no verso do Mandado de fls. 629.

De igual sorte, distancia-se da verdade dos fatos a afirmativa da Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** no sentido de que **“não invocou o direito ao silêncio”**. Para que se constate a desconformidade dessa assertiva com a realidade dos autos, basta que se proceda à leitura da afirmação contida na Ata de Audiência de fls. 632, na qual a Defesa, diante do indeferimento do pleito de deslocamento de interrogatório para a segunda instância, explicitamente **“invoca o direito ao silêncio”**.

E mais. Não há que se falar em violação aos artigos 185 e 564, inciso II, alínea “e”, do CPP, uma vez que, a despeito de determinado o apregoamento do Réu durante a Audiência, este não se fez presente, daí por que, embora previamente intimado, não tendo comparecido a Juízo para possibilitar o seu interrogatório, preclusa se encontra a oportunidade, não cabendo invocação de nulidade com base nos reportados dispositivos legais.

Deveras, intimado que foi para comparecer à Audiência realizada no dia **26 de agosto de 2013**, quando lhe foram entregues **“cópias do despacho, do Ato Ordinatório e da Carta Precatória”** (*sic*), de cujos documentos constava a delegação de poderes para efetuar a instrução do feito, inclusive o interrogatório, conforme Certidão aposta no verso do Mandado de fls. 629, a Defesa do Acusado, que invocou, em favor de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, o **“direito constitucional ao silêncio, de modo a não ser submetido a interrogatório”** (cf. fls. 631/632),

não pode, contraditoriamente, beneficiar-se da sua própria torpeza (**nemo auditor propria turpitudine allegans**).

### **DA FALTA DE INTIMAÇÃO PARA O INTERROGATÓRIO DO CORRÉU**

No que concerne à falta de intimação para o interrogatório do corréu, nada obstante seja verdadeira a afirmativa, tal circunstância não se constitui causa de nulidade, até porque, no processo penal, havendo mais de um acusado, devem ser interrogados separadamente, de acordo com a disposição contida no art. 191 do CPP, sendo suficiente a presença do seu Advogado.

Saliente-se, sobre esse aspecto - e isso é o que importa -, que quando do interrogatório do Réu **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA** estiveram presentes os Advogados de ambos os Denunciados, que eram assistidos, àquela época, pelos Bacharéis VANESSA VIANNA REZENDE e JOÃO DANIEL JACOBINA BRANDÃO DE CARVALHO, respectivamente (cf. fls. 779/780).

Ademais, não foi demonstrado prejuízo algum à sua Defesa, de forma que não há de ser reconhecida qualquer nulidade, na linha do disposto nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal. Por certo, como cediço, é dogma fundamental a assertiva de que, sem a demonstração de prejuízo concreto, não se decreta nulidade no processo penal, em atenção ao princípio **pas de nullité sans grief**, corolário da natureza instrumental do processo (CPP, art. 563).

Farta é a jurisprudência sobre a matéria, de que são exemplos os arestos a seguir transcritos:

**“PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM ‘HABEAS CORPUS’. CP ART. 171, C/C ART. 14, INCISO II; ART. 299, C/C ART. 304; ART. 298, C/C 304; ART. 339 E ART. 307. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INTERROGATÓRIO DA CORRÉ QUE COMPARECEU ESPONTANEAMENTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DOS DEMAIS ACUSADOS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DEFENSOR DO RECORRENTE QUE ESTEVE PRESENTE DURANTE TODO O ATO DE INTERROGATÓRIO. POSSIBILIDADE DE FAZER PERGUNTAS À INTERROGANDA. PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - Consoante o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do CPP (“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual, se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do recorrente.**

**II - A jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça adverte que é direito do corréu ser representado no interrogatório dos outros acusados como forma de oportunizar a produção de prova que entender pertinente. ‘No entanto, conquanto se confira ao acusado a prerrogativa de participar do interrogatório do corréu e de formular as perguntas consideradas pertinentes, o certo é que a sua presença no referido ato é facultativa, motivo pelo qual a sua ausência, bem como a de seu patrono, assim como a falta de nomeação de advogado dativo não são causas de nulidade da ação penal’” (HC 243.126/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 11/12/2014).**

**III - Na hipótese dos autos, observou-se o direito de participação do Advogado do recorrente no interrogatório da corré. Na espécie, consignou-se, inclusive, que foi dado prosseguimento ao ato “com a presença dos demais advogados mesmo com a alegação de que não foram intimados previamente ficando, claro, portanto, que a permanência nesta audiência, ainda que não tenham sido intimados previamente representa uma renúncia tácita ao próprio requerimento de intimação prévia, pois ainda que não venham a realizar nenhuma pergunta, seja por razões de não a possuir, seja por razão de não quererem ter participação mais ativa, representa em última análise, que aderiram ao ato, sanando eventual irregularidade que possa vir a ser considerada pela ausência prévia de intimação, conclusão essa que foi exaustivamente esclarecida aos causídicos, inclusive, convidando-os para que deixassem o recinto, não tendo aquiescido optando por permanecer, representando os constituintes neste ato” (fls. 175-176, e-STJ). Recurso**



ordinário desprovido.” (STJ, RHC 54.650/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015).

**“HC. LAVAGEM DE DINHEIRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTERROGATÓRIO DE CO-RÉU REDESIGNADO. PACIENTE E SUA PROCURADORA QUE NÃO ESTIVERAM PRESENTES NA REFERIDA AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA ADVOGADA DA RÉ. DESNECESSIDADE. FALTA DE AMPARO LEGAL. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM DENEGADA.**

1. Embora as inovações legais tenham tornado obrigatória a presença de advogado no interrogatório, tal mudança não tornou necessária a intimação dos corréus e de seus patronos, em caso de concurso de agentes, sendo despidiende o comparecimento destes ao referido ato processual.

2. Tendo o impetrante salientado que a presença da paciente e de suas procuradoras poderia possibilitar a produção de novas provas, além de garantir que eventuais dúvidas fossem sanadas através de perguntas, sem ter apontado qualquer prejuízo concreto ao direito de defesa da acusada, não há como se reconhecer a nulidade do processo por deficiência de defesa.

3. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula 523 do STF.

4. Hipótese na qual a impetração não logrou trazer cópia do interrogatório do réu, a fim de demonstrar a existência do suposto prejuízo ao direito de defesa da paciente, bem como da existência de dúvidas que poderiam ter sido solucionadas através de perguntas, ou da ‘provas outras’ a serem produzidas em favor da acusada.

5. Defensora da acusada que manuseou os autos antes da realização da referida audiência, tornando-se razoável imaginar que esta tenha tomado ciência da antecipação do ato processual, pois o decisum combatido foi devidamente encartado ao processo.

4. Acórdão hostilizado devidamente fundamentado, pois a Corte Regional, no bojo do acórdão combatido, asseverou que a impetrante não demonstrou, de forma concreta, o prejuízo ao direito de defesa da paciente, o que constitui fundamento suficiente para a denegação da ordem.

5. Ordem denegada.” (HC 85.522/SP, Rel. Ministra JANE SILVA. DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 339).

**“FRAUDE À LICITAÇÃO (ARTIGO 89 DA LEI 9.099/1995). INTIMAÇÃO DO ACUSADO E DE SEU ADVOGADO PARA O INTERROGATÓRIO DE CORRÉU. NÃO COMPARECIMENTO VOLUNTÁRIO AO ATO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DO ACUSADO E DE SEU PATRONO NA INQUIRIRÇÃO DOS DEMAIS ACUSADOS. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.**

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que se consolidou no sentido de que o corréu tem o direito de ser representado no interrogatório de outro acusado, para que lhe seja oportunizada a produção da prova que entende pertinente, não se admitindo que tal prerrogativa lhe seja tolhida de plano, sem qualquer justificativa legal.

2. No entanto, conquanto se confira ao acusado a prerrogativa de participar do interrogatório do corréu e de formular as perguntas consideradas pertinentes, o certo é que a sua presença no referido ato é facultativa, motivo pelo qual a sua ausência, bem como a de seu patrono, assim como a falta de nomeação de advogado dativo não são causas de nulidade da ação penal.

3. No caso dos autos, o paciente e o patrono por ele contratado foram devidamente intimados da data designada para o interrogatório dos corréus, não tendo voluntariamente comparecido à colheita dos referidos depoimentos, o que afasta a mácula suscitada na impetração, uma vez que inexistente obrigatoriedade de nomeação de advogado ad hoc para o ato, já que a participação na inquirição dos demais acusados é optativa.



‘Habeas corpus’ não conhecido.” (HC 243.126/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em **02/12/2014**, DJe 11/12/2014).  
 À vista do exposto, rejeita-se a preliminar.

### **DA SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS**

Despropositada, de igual sorte, a preliminar de violação ao princípio da paridade de armas, suscitada sob argumento de que houvera sido indeferida a oitiva do Deputado Federal José Carlos Leão de Araújo, arrolado pela Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, o que teria ocorrido tão só porque sua oitiva provocaria retardo na marcha processual, com a necessidade de expedição de Precatória, tendo, entretanto, o Magistrado agido diferentemente com relação às testemunhas do **MINISTÉRIO PÚBLICO**, cuja oitiva também demandaria a expedição de Carta.

Deve ser ressaltado, entretanto, que as situações não guardam qualquer similitude.

Em verdade, diante do requerimento da oitiva do Parlamentar Federal, o Relator que me antecedeu na condução do feito, considerando que referida testemunha não teria sido mencionada nos autos, determinou que a Defesa esclarecesse o que se pretendia provar com a colheita desse depoimento, sob pena de o seu silêncio ser interpretado como desistência da oitiva da testemunha (cf. fls. 447/448).

A Relatoria justificou tal determinação pelo retardo na instrução criminal que a ouvida de um Parlamentar, residente em Brasília, certamente haveria de ocasionar, até porque, nos termos do art. 221 do Código de Processo Penal, a oitiva do Deputado, detentor da prerrogativa de ser inquirido em local, dia e hora previamente ajustados, implicaria a difícil compatibilização de agendas entre as atividades do Congresso Nacional e do Poder Judiciário.

Demais disso, deve ser salientado que, além de quedar-se inerte, o que, por si só, nos termos do Ato Ordinatório de fls. 447/448, ocasionou implícita desistência da oitiva da testemunha, não cabe, a esta altura, quando já preclusa a matéria, ressuscitá-la, posto que não interposto tempestivamente qualquer recurso.

A inquirição das testemunhas arroladas pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, de fato, demandaram expedição de Carta Precatória, mas nenhuma delas ostentava prerrogativa funcional e nem demandaram dilação de prazo elástico para a realização da ouvida, não se podendo cogitar, portanto, diante de situações díspares, de qualquer tratamento diferenciado entre Acusação e Defesa.

### **DA ALEGADA NULIDADE DA PROVA CONSTANTE EM DVD**

Afirmou a Defesa do Réu **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** que a prova constante da mídia digital (DVD de fls. 161) deveria ser declarada nula por inexistir perícia e não ter ocorrido degravação.

Improcede a alegação. Como se sabe, nos termos do art. 2º da Resolução nº 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, **“Os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição”**.

Afora isso, a matéria já foi apreciada nestes autos através do Ato Ordinatório de fls. 342/343, em que o então Desembargador Relator concluiu que o fato de as mídias colacionadas ao processo não terem sido desgravadas não fere o princípio da ampla defesa, já que é facilmente possível a reprodução dos reportados arquivos audiovisuais. Contra essa Decisão não foi interposto recurso, restando preclusa a arguição.

Ainda a propósito do DVD acostado às **fls. 161**, assinala a Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** a dificuldade de acesso ao seu inteiro conteúdo por conta de algumas “interrupções” e paralisação das imagens. Sobre o fato, destaco que a mídia em questão (que se encontra, com a nova numeração, às **fls. 168**), referente à doação de cestas básicas na **Páscoa de 2007**, veio posteriormente aos autos, em perfeitas condições, às **fls. 712**.

Rejeita-se, por igual, esta preliminar.

### **QUANTO AO MÉRITO**

Insta rememorar que a presente Ação Penal Originária foi proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido como “**GALEGO**”, atual Prefeito de Milagres/BA, e **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, ex-Prefeito do mesmo Município, sob a alegação de que, nos anos de **2001** a **2004**, o primeiro, no exercício da Chefia do Executivo Municipal, durante as **comemorações de Semana Santa, São João e Natal**, bem assim nos anos de **2005** a **2007**, na gestão do seu sucessor **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, e com a colaboração deste último, utilizou, indevidamente, naqueles **festejos de Páscoa, juninos e natalinos**, bens, recursos e serviços da Municipalidade para a organização de eventos destinados à distribuição de cestas básicas, eletrodomésticos, brindes e dinheiro em espécie em “showmícios” que enalteciam a figura de “**GALEGO**”.

Restou apontado, outrossim, como fato autônomo, a ilícita associação entre **JOÃO EVANDRO** e **RAIMUNDO DE SOUZA** para, mediante indevida utilização de recursos públicos, assegurar a inserção do nome desse último, como se autoridade fosse, nos Convites e agradecimentos relativos à inauguração das novas instalações do “**Hospital Municipal Oto Alencar**” e da “**Praça de Musculação e Modernização do Coreto**”, fato ocorrido em **27 de abril de 2007**.

Contrapondo-se à narrativa dos fatos, que considera não provados, a Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, único a apresentar, formalmente, Alegações Finais, requer sua absolvição.

Argumenta, primeiro, inexistirem elementos probatórios acerca da realização dos eventos durante a sua gestão, no período de **2001** a **2004**, aduzindo, “**que a prova colacionada nos autos somente demonstra que os eventos mencionados na Denúncia teriam existido nos anos de 2006 e 2007, quando este Acusado não mais ocupava o cargo de Prefeito**”. Assinala, nessa toada, que a única prova mencionada pelo Órgão Acusador em suas Alegações Finais, a respeito dos fatos supostamente realizados durante seu mandato de **2001** a **2004**, teriam sido as declarações da testemunha **ELISÂNGELA ROCHA DA SILVA**, consideradas, pela Defesa, insuficientes, porquanto aludido depoimento não desceria a detalhes acerca dos eventos, apenas indicando, de forma genérica, que eles teriam ocorrido (cf. fls. 831/832).

Em seguida, após tecer considerações sobre os procedimentos burocráticos que envolvem pagamentos com verbas públicas (expedição de notas fiscais, empenhos, liquidação, etc.), afirma que o **MINISTÉRIO PÚBLICO** somente poderia alegar o uso de verbas do erário trazendo aos autos os processos de pagamento relacionados às despesas com o custeio dos eventos. Ressalta que não havia palanques, pois eram utilizados caminhões que serviam de palco, os quais eram de propriedade do Acusado, além de desqualificar a prova envolvendo a utilização de veículos escolares, ao argumento de que seu logotipo só teria sido neles estampado em razão do apoio que prestava à Prefeitura nos aludidos festejos (cf. fls. 834/845).

Noutra vertente, sustenta a Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** que, além de não existirem provas nos autos acerca da utilização de recursos públicos, também não haveria elementos que evidenciem a intenção de o Denunciado autopromover-se com os eventos, afirmando, outrossim, que, ainda quando verbas públicas houvessem sido empregadas nos festejos, o Acusado somente poderia ser responsabilizado criminalmente se devidamente comprovado o dolo de autopromover-se, aduzindo que as comemorações da Páscoa, São João e Natal constituíam “ação social de extrema grandeza”, destituídas de cunho político (cf. fls. 845/848).

Quanto aos convites (cf. fls. 117) e respectivos cartões de agradecimento (cf. fls. 123 e 715), atinentes à inauguração do “**Hospital Oto Alencar**” e da “**Praça de Musculação e Modernização do Coreto**”, alega não ter o Réu concorrido para o fato, ponderando, entretanto, que, mesmo sem ocupar, à época, qualquer cargo, a inserção do seu nome estaria justificada por se tratar de figura pública respeitada no Município de Milagres, com inúmeros serviços prestados à população, não se configurando tipicidade material (cf. fls. 849/852).

Examinando, cuidadosamente, as peças informativas e documentos que integram os autos, verifica-se que razão não assiste ao Denunciado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, atual Prefeito de Milagres, já que o acervo probatório constante dos autos atesta, indubitavelmente, a materialidade e a autoria dos delitos atribuídos tanto a ele quando ao corréu **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, perpetrados, nos períodos apontados na Denúncia, por ocasião das **festividades da Semana Santa, São João e Natal**, não se podendo cogitar da absolvição de nenhum deles por tais condutas.

É o que passo a demonstrar, no tocante aos dois Denunciados, fazendo-o, para melhor evidenciar a inconsistência das teses da Defesa, na mesma sequência utilizada no mérito das Alegações Finais ofertadas por **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, que, de resto, acompanha a ordem dos pleitos formulados na peça inaugural.

Nessa linha, analiso, de início, a alegativa formulada pela Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido popularmente como “**GALEGO**”, atual Prefeito de Milagres/BA, e apenas a ele referente, no sentido de ausência de provas da realização dos eventos narrados na exordial nos exercícios de **2001 a 2004**, quando também ocupava o cargo de Chefe do Executivo Municipal.

Acerca do tema, segundo narra o Órgão Acusador, ao ser ouvido no bojo do Inquérito Civil que embasou a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 880/2007 – que, de sua vez, ensejou a propositura da presente Ação Penal –, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** declarou que, seguindo modelo por ele implantado desde seu primeiro mandato, nos idos de 1991, ao voltar a ocupar o cargo de Prefeito de Milagres/BA, já agora nos exercícios de 2001 a 2004, deu continuidade à distribuição de cestas básicas e outras benesses aos membros da comunidade, em especial durante as **comemorações da Semana Santa, São João e Natal**, utilizando-se, para custear as despesas correlatas, não só de recursos próprios e donativos de comerciantes mas também de verbas do erário e fazendo uso dos serviços da Administração Municipal.

E, efetivamente, consoante se infere do reportado depoimento, prestado, na data de **04 de maio de 2007**, no âmbito do Inquérito Civil em comento, e acostado, por cópia, nesta Ação Penal, às fls. 124/125, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, na ocasião, não apenas declarou “que a distribuição de cestas básicas começou há dezenove anos” como também, adiante, destacou “que, em 2001, o declarante assumiu como prefeito de Milagres e deu continuação à distribuição de cestas básicas; que a Prefeitura, juntamente com outros órgãos organizava a distribuição de cestas básicas”. Por outro lado, apesar de afirmar que “**na semana santa a empresa do declarante cobria as despesas com as cestas básicas**” e “**que os prêmios eram doações de empresários**”, admitiu que tais benesses eram distribuídas em eventos nos quais “**havia palanque, eram feitos discursos referentes à época – Natal, São João e Semana Santa**”, com a participação da comunidade, revelando, dentre outros inúmeros aspectos, que as senhas distribuídas aos munícipes, para recebimento dos prêmios, “na gestão do declarante, vinham com seu nome, da Prefeitura e de outros organizadores” (cf. fls. 124/125).

E, muito embora **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** tenha deixado de comparecer à Audiência designada, no curso desta Ação Penal, para realização do seu interrogatório, outras provas existem da ocorrência dos eventos na sua gestão de **2001 a 2004**, tal como o depoimento da testemunha **ELISÂNGELA ROCHA DA SILVA**, que, naqueles exercícios, com ele trabalhou, desempenhando a função de Secretária de Gabinete. Por certo, ouvida em Juízo, sob o crivo do contraditório, às fls. 641/642, declarou **ELISÂNGELA ROCHA**:

**“que é secretária de gabinete do réu RAIMUNDO; que trabalhou com o réu RAIMUNDO nos anos de 2003 e 2004 na mesma função; que não trabalhou com o Réu JOÃO; que a distribuição de cestas básicas nos anos de 2003 e 2004 era feita pelo Réu RAIMUNDO, na qualidade de empresário; que as cestas básicas eram adquiridas pelo Réu RAIMUN-**

DO e por amigos comerciantes; que a organização e distribuição das cestas básicas era feita por voluntários como a depoente; que os trabalhos eram conduzidos pela professora VALDECI, PIERRE (que trabalha com informática), professora NADIR, além de outras pessoas; que as pessoas trabalhavam e nada recebiam; [...]; que as senhas eram distribuídas três vezes no ano, na Semana Santa, no São João e no Natal; [...]; que no ano passado [2012] houve uma ou duas distribuições de cestas básicas, não se recordando o período; que tais distribuições foram custeadas pela Prefeitura Municipal” (cf. fls. 641/642).

Mas não é só. Basta assistir à **mídia de fls. 709** (repetição daquela outra que se encontra danificada), referente à gravação da entrega de cestas básicas e outros donativos no **Natal de 2006** (quando o cargo de Prefeito de Milagres/BA era ocupado pelo corréu **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**), para se constatar, de logo, na abertura do vídeo, exibida com destaque, a expressão **“18ª DISTRIBUIÇÃO DE CESTA BÁSICA EM MILAGRES – 22/12/2006”**. Daí decorre, por óbvio, que, nos **exercícios de 2001 a 2004**, ou seja, na gestão de **“GALEGO”**, houve, sim, diversas festividades para distribuição de cestas básicas, mesmo considerando a ocorrência de três eventos dessa natureza por ano (**Semana Santa, São João e Natal**). Isso é irrefutável e, além de constar expressamente da Denúncia, foi corroborado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** ao oferecer Alegações Finais ante os elementos probatórios coligidos no curso da instrução processual (cf. fls. 803, parte final).

Na sequência, sustenta a Defesa de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** inexistirem, nos autos, provas acerca da utilização de recursos públicos nas festividades celebradas, bem assim a ausência de elementos a evidenciar a intenção de o Denunciado autopromover-se com os eventos, acrescentando que, ainda quando verbas públicas houvessem sido empregadas, o Acusado somente poderia ser responsabilizado criminalmente se devidamente comprovado o dolo de autopromover-se.

Ao analisar tais aspectos, concernentes à utilização de recursos públicos por **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** nos festejos que promovia na **Semana Santa (Páscoa)**, no **São João** e no **Natal**, durante seu mandato de Prefeito de Milagres/BA entre 2001 a 2004, como também no pertinente ao intento indistigável e doloso de **“GALEGO”** de autopromover-se com essas realizações, aproveitou para examinar, de igual maneira, a acusação, formulada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** na Denúncia, respeitante ao fato de que tais práticas, nos mesmos moldes, tiveram continuidade nos exercícios de **2005 a 2007**, quando o Segundo Acusado, **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, foi Prefeito daquele Município, e que, assim, o fazia visando beneficiar **“GALEGO”**, seu correligionário, antecessor e padrinho político, associando **“aquelas festas e benesses à sua pessoa”**, a quem interessava repercutir e ampliar seu prestígio na comunidade, sendo de se destacar que **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, como frisado na peça acusatória, **“mais uma vez se elegeu Prefeito em 2008**.

De igual sorte, cabe, nesse tópico, o exame concernente à distribuição de **senhas e camisetas** à comunidade para comparecer aos eventos no mandato de **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, condutas de igual maneira realizadas com incontestável intento de promover eleitoralmente a pessoa de **“GALEGO”** e seu grupo político, mesmo porque os munícipes considerados opositores a tal grupo não tinham acesso às senhas, aos prêmios ou às cestas básicas, fatos exaustivamente narrados na Denúncia.

Começo com a questão relacionada ao uso de recursos públicos, tanto por **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, nos exercícios de **2001 a 2004**, quanto por **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, em associação com **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, ao dar prosseguimento aos eventos, nos anos de **2005 a 2007**.

Sobre o assunto, já foi visto que a testemunha **ELISÂNGELA ROCHA DA SILVA**, Secretária de Gabinete do então Prefeito **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** no período de **2001**



a **2004**, ao prestar depoimento em Juízo (cf. fls. 641/642), termina seu relato afirmando, textualmente, **“que tais distribuições [de cestas básicas] foram custeadas pela Prefeitura Municipal”**.

Declarações no mesmo trilhar foram colhidas, no curso da instrução, das testemunhas FLORINEIDE MARIA DE JESUS e ANA MARIA DE SÃO PEDRO DA SILVA CARILLO, às fls. 633/634 e 635/636, respectivamente, quando relatam não só a **utilização de servidores públicos na organização dos eventos** em testilha como também se **reportam às senhas** para o recebimento dos prêmios e cestas básicas, as quais, afirmam, eram seletivamente distribuídas aos membros da comunidade partidários do grupo político dos Denunciados. Eis suas palavras:

**“que reside na cidade de Milagres há 30 anos; que residia na cidade de Milagres quando ambos os réus exerceram o cargo de prefeito; (...); que a distribuição das cestas básicas, pelo que se recorda ocorria no centro de abastecimento (...); que as senhas eram entregues nas casas das pessoas; (...); que as pessoas que entregavam as senhas eram funcionários da prefeitura e também das empresas do réu Raimundo; (...); que tais pessoas não utilizavam uniforme;”** (Depoimento de FLORINEIDE MARIA DE JESUS, às fls. 633).

**“que já participou da distribuição de senhas para recebimento de cestas básicas e também da distribuição das mesmas; que tais serviços eram realizados por grupo de professores e também funcionários internos da Prefeitura; que funcionários da empresa particular do réu Raimundo também participavam dessas tarefas; que também recebia cestas básicas; que as cestas básicas eram distribuídas durante a Semana Santa, o São João e o Natal; que, a partir de 2006, deixou de distribuir senhas, cestas básicas ou receber as mesmas, já que ‘mudou sua opinião política’; que mudou do grupo dos réus; que as senhas continham numeração e convite para recebimento das cestas básicas; (...); que durante a distribuição das cestas, eram também sorteados eletrodomésticos; (...); que também eram distribuídas cédulas de R\$ 50,00, as quais chamadas de ‘oncinhas’ pelas pessoas que as distribuíam que o nome das pessoas beneficiadas com cestas básicas constavam de uma relação elaborada pela Prefeitura; (...); que os réus participavam da distribuição de cestas básicas e estavam no palanque na hora do sorteio de eletrodomésticos; (...); que a distribuição do dinheiro também se dava por sorteio, juntamente com os eletrodomésticos; (...); que o nome das pessoas que os réus que após a assunção do réu João, passou a haver exclusão de nomes; que a professora Rita de Cássia Almeida da Silva, residente na Avenida João Leal Sales, foi excluída do recebimento das cestas básicas, por motivos políticos; que foi a própria Rita quem lhe disse da exclusão; (...); que todos os funcionários eram obrigados, a título de trabalho, a distribuírem senhas e cestas básicas; que quando deixou de trabalhar nesses eventos, por não mais ser convidada a participar, passou a ser punida, como, por exemplo, a exclusão do terço de férias e sobras do FUNDEF, na gestão do réu João; que na gestão atual do réu Raimundo, também continua a ser ‘punida’; que outras pessoas também estão sendo ‘punidas’ porque fizeram algo que os réus não gostaram; que a Secretaria de Educação mandava ordem para cada escola com o local em que deveria haver distribuição de senhas; que tal atividade estava dentro da carga horária de sua função; (...)”** (Depoimento da testemunha ANA MARIA DE SÃO PEDRO DA SILVA CARILLO, às fls. 635/636).

Outras tantas provas acerca da incontestável e dolosa autopromoção constam dos autos. Reporto-me, agora, à réplica das “senhas” distribuídas no mandato do Réu **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA** (cf. fls. 167-A), contendo, na parte superior, a expressão **“CESTA BÁSICA”**, o número que a individualizava (em caso, “1.587”), o evento (na hipótese, **“PÁSCOA”**), a data e o horário do sorteio (05 de abril de 2006), a logomarca da Prefeitura, na qual, como pode ser visto às fls. 167-A, está inserido o “slogan” **“NO CAMINHO CERTO, SEMPRE”**, e, ao lado, a logomarca do grupo empresarial **R.S.SILVA**, de propriedade do Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, com a inscrição **“DE OLHO NO FUTURO, SEMPRE”**. Ora, não resta a



menor dúvida de que tais expedientes, consoante destacado pelo **Parquet**, prestavam-se “**para associar e confundir a Administração Pública Municipal e os seus feitos com RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**”, com “**inegável confusão entre o público e o privado**” (cf. Denúncia e Alegações Finais).

Somam-se, a tudo isso, as mídias audiovisuais encartadas nos autos, com destaque para a de **fls. 709 (Natal de 2006)**, e **fls. 712 (distribuição de camisas na Páscoa de 2007)**, cujas imagens se harmonizam com os depoimentos testemunhais acima reproduzidos, fornecendo elementos que permitem a este Relator inferir a veracidade dos fatos narrados na exordial acusatória.

Sem pretender alongamentos desnecessários, entendo pertinente reportar-me, em apertada síntese, ao conteúdo dos DVD's acima destacados. Na mídia de **fls. 709**, atinente à entrega de cestas básicas e distribuição de prêmios no Natal de 2006, logo na Abertura, consta o título “**18ª DISTRIBUIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS EM MILAGRES, 22/12/2006**”; de início, ao som de música invocando a cidade de Milagres, aparecem milhares de cestas básicas (4.000, segundo se ouve de um equipamento sonoro) abrigadas em sacos ornamentados com motivos de Natal localizados em uma estrutura coberta; em seguida, podem ser vistos inúmeros membros da comunidade movimentando-se no local, a saber, em frente à “Central de Abastecimento do Município”, e, ao fundo, visualizam-se, pelo menos, 03 (três) ônibus escolares, utilizados, segundo os depoimentos carreados aos autos, para deslocamento dos moradores da zona rural; na sequência, pode ser vista uma apresentadora, sobre um grande palanque, coberto com toldos, que dá início ao evento, chamando diversas pessoas para a ela se juntarem, tais como Vereadores e Secretários Municipais, professoras da área rural, etc., e, por fim, após convidar o então Prefeito, **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, anuncia a presença do Primeiro Denunciado, apontando-o como “**nosso grande líder, aquele que criou toda esta festa**”, ocasião em que os populares aplaudem e gritam, repetidas vezes, o nome “**GALEGO**”, que sobe ao palanque. Nesse ínterim, a apresentadora divulga que, além das cestas básicas, serão sorteados, àqueles que portam “senhas”, 03 aparelhos de televisão, 03 geladeiras, 10 liquidificadores, 10 ferros elétricos, vários Microsystems, etc. Ao final, após discursos proferidos por partidários dos Denunciados, que a ele exaltavam, e depois da fala do Prefeito **JOÃO EVANDRO**, a palavra é concedida ao corréu **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** ao som do “jingle” de sua campanha, para delírio dos populares. Depois disso, são distribuídos os prêmios, assim como dinheiro em espécie, que denominam “onças” ou “oncinhas”, em alusão à nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Registre-se, para espantar, de uma vez por todas, quaisquer dúvidas quanto à natureza auto promocional e eleitoreira de tais eventos, que o Primeiro Denunciado, **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, em seu discurso de encerramento, a par de exaltar a liderança política do Acusado **JOÃO EVANDRO**, enaltecendo a gestão por ele realizada, passa a tecer considerações de natureza político-partidária, afirmando, inclusive, que, mesmo sem o apoio do Governo Federal e do Governo Estadual, o Município de Milagres não iria parar.

Desenganadamente, o teor das falas daqueles aos quais concedida a palavra, e, sobremaneira pelo discurso proferido pelo Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, tudo deixa transparecer, de forma inequívoca, o nítido caráter autopromocional das sucessivas festividades realizadas em Milagres na **Páscoa, São João e Natal**, com distribuição, consoante já mencionado, além de cestas básicas, de brindes e dinheiro entre a população, numa simbiótica parceria público-privada, em que não se acanham sequer com a utilização indevida de servidores da Prefeitura, assim como de bens públicos do Município de Milagres, inclusive ônibus escolares, desviando-os da sua finalidade com o objetivo de transportar, para aludidos eventos, a população residente no meio rural, aspecto abordado, com firmeza, nos depoimentos das testemunhas BERNARDINO JESUS SANTOS (cf. fls. 672/673), RANULFO BATISTA DOS SANTOS (cf. fls. 681) e LÚCIA

BATISTA DOS SANTOS (cf. fls. 685), colhidos nos autos do Inquérito Civil Público, tudo isso além da reprodução da comentada mídia relativa ao **Natal de 2006** (fls. 709).

Por outro lado, tal como se verifica do cuidadoso exame da prova, essa criminosa parceria público-privada se estendeu, pelo menos, até o exercício de 2007, como faz prova o conteúdo da mídia de fls. 712, relativa à “**19ª DISTRIBUIÇÃO DE CESTA BÁSICA**”, ocorrida por ocasião das comemorações da **Páscoa de 2007**, em que aparecem fotografias de camisetas nas quais estampados, nas costas, os nomes de “**RAIMUNDO SOUZA SILVA – Empresário**”, e “**JOÃO EVANDRO S. SANTANA – Prefeito**”. Já na manga direita da camiseta, está impresso o emblema do “**GRUPO EMPRESARIAL R.S.SILVA**”, de propriedade privada de **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, ao passo que a manga esquerda retrata o “slogan” da Prefeitura Municipal: “**GOVERNO DE MILAGRES NO CAMINHO CERTO, SEMPRE**”.

E nem se alegue que, pelo fato de algumas benesses terem, supostamente, sido oferecidas às expensas do Grupo Empresarial de propriedade do Denunciado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, estaria, com isso, descaracterizada a prática de crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Por certo, como copiosamente demonstrado, os festejos eram realizados, sem nenhum resquício de dúvida, mediante a utilização de bens públicos pelos Réus **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** e **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, tais como imóveis, servidores e bens da municipalidade, inclusive ônibus escolares, todos desviados da sua destinação pública para atender, escancaradamente, à autopromoção do nome de “**GALEGO**”, presente mesmo nos eventos realizados durante os exercícios compreendidos no mandato do ex-Prefeito **JOÃO EVANDRO (2005 a 2007)**, quando era alvo de homenagens especiais, apontado, como o foi na reprodução audiovisual do Natal de 2006, como o “**Grande Líder de Milagres**”, criador de **todas aquelas festas** (cf. DVD de fls. 709).

Ora, como se sabe, o legislador constituinte, ao estabelecer os princípios que devem reger a Administração Pública, em todos os seus níveis, dispôs, no art. 37 e § 1º da Carta da Carta Magna:

**“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”**

**§ 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos [...]”**

A propósito, discorrendo a respeito desses princípios, em especial o da **impessoalidade**, UADI LAMMÊGO BULOS, em sua obra “**CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA**”, adverte:

**“O princípio da impessoalidade, consectário natural do princípio da finalidade, impõe que o ato administrativo seja praticado de acordo com os escopos da lei, precisamente para evitar autopromoções de agentes públicos. Sua palavra de ordem é: banir favoritismos, extravios de conduta, perseguições governamentais, execrando a vetusta hipótese da ilegalidade e do abuso de poder.**

**A impessoalidade visa, pois, coibir o desvio de finalidade de ato comissivo ou omissivo na Administração Pública, impedindo que o administrador pratique ação ou omissão para beneficiar a si próprio ou a terceiros.**

**O vetor da impessoalidade recai, também, sobre o administrado. Assim, os atos e providimentos administrativos não são imputados unicamente aos órgãos ou entidades adminis-**

trativas em nome dos quais os agentes públicos agem. Imputam-se, também, aos administrados, que devem ser tratados sem discriminações nem favoritismos, a impessoalidade constitui um desdobramento do pórtico geral da igualdade (art. 5º, 'caput'), espraiando, *a fortiori*, sua força centrípeta sobre outras normas constitucionais, v.g., as insculpidas nos arts. 37, II e XXI, e 175.”

(Constituição Federal Anotada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 627-628).

De sua vez, ainda na mesma senda, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO também esclarece:

[...] “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.”

(MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 17).

Sobre o tema, entende o colendo Supremo Tribunal Federal:

**“EMENTA. PUBLICIDADE DE ATOS GOVERNAMENTAIS. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. ART. 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

1. O ‘caput’ e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.

**2. Recurso extraordinário desprovido.”**

(STF, RE nº 191668 RS, Relator Min. MENEZES DIREITO, Julgado em 15/04/2008, Primeira Turma. Publicação: DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00268 RTJ VOL-00206-01 PP-00400 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 128-131 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 226-231).

**“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PUBLICIDADE DE ATOS E OBRAS PÚBLICAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA SEGUNDA PARTE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL. DECISÃO PROFERIDA À LUZ DAS PROVAS CARREADAS PARA OS AUTOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE: SÚMULA 279/STF. 1. O art. 37, § 1º da Constituição Federal preceitua 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.’**

**2. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado. Não observância do**

**disposto na segunda parte do preceito constitucional contido no art. 37, § 1º. Decisão proferida à luz das provas carreadas para os autos.** Reapreciação da matéria fática em sede extraordinária. Impossibilidade. Súmula 279/STF. Agravo regimental não provido.”

(STF - RE-AgR: 217025 RJ, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 27/04/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 05-06-1998 PP-00010 EMENT VOL-01913-05 PP-01043).

Em suma, as ações governamentais não podem ser executadas de forma a enaltecer a figura do administrador público ou a atender os seus interesses próprios, tampouco os integrantes do seu grupo político. Se tal ocorrer, haverá, sem dúvida, grave violação ao **princípio da impessoalidade**, apontado pela Doutrina como consectário natural do **princípio da finalidade**. Ou seja, tal princípio impõe a atuação impessoal da Administração Pública e se aplica tanto em relação ao **administrador** quanto a todos os **administrados**, de forma que, para se alcançar a verdadeira **impessoalidade**, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, devendo a coletividade ser tratada de forma impessoal, não sendo toleráveis nem favoritismo nem perseguições. De outra parte, segundo entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, a real dimensão do **princípio da impessoalidade** importa instrumentalização recíproca e profunda com o **princípio da publicidade**, limitador de toda publicação ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, o que se afigura incompatível com a menção de nomes, símbolos, imagens ou “slogans” que caracterizem promoção pessoal (CF, art. 37 e § 1º).

Na hipótese dos autos, a reiterada menção ao nome do Réu **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, conhecido por “**GALEGO**”, nos múltiplos eventos descritos na Denúncia, não só durante a distribuição de dinheiro e prêmios mas também no material de divulgação prévia, assim como a seleção dos munícipes a serem favorecidos com as “senhas” que os habilitariam a concorrer ao sorteio das benesses, tudo isso importa manifesta afronta ao **princípio da impessoalidade**, nos termos acima explanados.

Em Declaração de voto, que adoto, na íntegra, e faço anexar aos autos, o eminente Desembargador Lourival Trindade assim se posicionou:

“Em sinopse, a prova, que emerge da dilação processual, não é vã de serventias, tampouco, cheia de andrajos e de agudos contrastes. Em senso contrário, emerge da dilação processual, apresentando-se com imperecível galhardia e muita louçania jurídica, portanto, apta a estadear a sentença condenatória pelo delito, sob testilha.

Por via de consequência, a prova coligida, de capa a capa do processo, afigura-se crível e segura, não subsistindo qualquer razão para objurgá-la.

Curialíssimo, então, que o pleito absolutório, se albergado, faria injúria à prova emergente da dilação processual.

Ponto finalizando-se, o voto é no sentido de acompanhar o eminente relator, inclusive, na calibragem da pena aplicada”.

Assim, como evidencia o cuidadoso exame da prova colacionada, resta incontestado que o Réu **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, vulgo “**GALEGO**”, praticou, em **continuidade delitiva** (CP, art. 71), nos **exercícios de 2001 a 2004**, crime previsto no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Já nos exercícios compreendidos entre **2005 a 2007**, como também ressaí do acervo probatório coligido, o Acusado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, juntamente com o Denunciado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, em **concurso de pessoas** (CP, art. 29) e **continuidade delitiva** (CP, art. 71), cometeu o mesmo delito de responsabilidade do Decreto-Lei nº 201/1967.

Por fim, embora também assevere a peça acusatória que os Réus se associaram ilicitamente para assegurar a inserção do nome de “**GALEGO**” (**RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**) nos



convites datados de **27 de abril de 2007** e garantir que este último apresentasse, juntamente com o Prefeito **JOÃO EVANDRO**, como se autoridade fosse, as boas vindas e agradecimentos antecipados aos convidados para a inauguração de obras públicas, especificamente as novas instalações do “**Hospital Municipal Oto Alencar**” e da “**Praça de Musculação e Modernização do Coreto**”, conduta com a qual, segundo o **Parquet**, teriam praticado, já agora em **concurso material** (CP, art. 69), novamente, crime de responsabilidade, descrito no mencionado art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967, **entendo não se tratar de crime autônomo**, mas, sim, de delito integrante da cadeia de continuidade das infrações penais perpetradas pelos Acusados, devendo ser considerado tão somente para efeito cálculo da causa de aumento prevista no art. 71 do CP.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares de **VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO, FALTA DE INTIMAÇÃO PARA O INTERROGATÓRIO DO CORRÊU, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS, DA ALEGADA NULIDADE DA PROVA CONSTANTE EM DVD**, no mérito, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE a Denúncia**, para condenar **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** pela prática de crime previsto no **art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967**, em **continuidade delitiva**, nos exercícios de **2001 a 2004**, como também o condeno, juntamente com o Denunciado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, pela prática do mesmo delito, nos exercícios compreendidos entre **2005 a 2007**, de igual sorte em **continuidade delitiva** (CP, art. 71) e em **concurso de pessoas** (CP, art. 29).

A seguir, passo à dosimetria da pena, cuja basilar será realizada em conjunto para ambos os Réus, em razão de ostentarem as mesmas circunstâncias judiciais.

Examinados os vetores estabelecidos no art. 59 do Diploma Repressivo, verifica-se que a **culpabilidade** é normal à espécie; não possuem registro de **antecedentes** criminais; inexistem indícios acerca da **conduta social** e **personalidade dos agentes**, nada havendo, pois, a ser valorado sobre tais aspectos; a **motivação** e as **consequências** dos crimes, embora reprováveis, não ultrapassam aquelas comuns ao fato típico. Dessa sorte, fixa-se a pena-base, para cada um dos Réus, no seu mínimo legal, correspondente a 02 (dois) anos de reclusão, mantida na segunda etapa, à míngua de atenuantes ou agravantes.

Já na terceira etapa, considerando que os delitos apontados na Denúncia, de acordo com a prova produzida, foram perpetrados por, no mínimo, três vezes a cada ano (Semana Santa, São João e Natal), nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, há de ser reconhecida a hipótese de **continuidade delitiva**, fazendo-se incidir, sobre a pena de um só dos crimes, a causa de aumento do art. 71 do CP. Assim, atento ao princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, inciso XLVI) e atento para o fato de que, com relação a **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** as condutas delituosas apontadas na exordial alcançaram não só o período do seu mandato (exercícios de **2001 a 2004**) mas também, nos termos do art. 29 do mesmo Diploma, se estenderam aos anos de **2005 a 2007**, a basilar fica aumentada de 1/3 (um terço), resultando em reprimenda definitiva de **02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão**. Já no tocante ao Acusado **JOÃO EVANDRO SILVA SANTANA**, o acervo probatório atesta que, também na forma do art. 29 do Código Penal, praticou os delitos no período de **2005 a 2007**, de igual sorte em **continuidade delitiva**, daí por que estabelecido em seu menor patamar, de 1/6 (um sexto), o acréscimo previsto no mencionado art. 71 do CP, perfazendo uma sanção total definitiva de **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**. Referidas penas deverão ser cumpridas em regime **aberto**, na forma do art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP, assegurada sua substituição por 02 (duas) restritivas de direitos (CP, art. 44), a serem definidas quando da execução, tudo isso sem prejuízo da reparação civil dos danos causados ao patrimônio público, impondo, ainda, ao Sentenciado **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA** a perda do mandato eletivo e, aos dois Acusados, a inabilitação para o exer-



cício de cargo ou função pública pelo prazo de 05 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado desta Decisão (Art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 201/67).

Condeno os réus ao pagamento das custas processuais.

Por força das inovações trazidas pela Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que dispensa o trânsito em julgado da decisão colegiada para a declaração de inelegibilidade, oficie-se, de imediato, ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia, para adoção das providências cabíveis.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome dos Réus no rol dos culpados, oficiando-se novamente ao Tribunal Regional Eleitoral, bem como ao CEDEP, fornecendo-lhes cópia da Decisão e informações sobre o julgamento do feito.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Ação Penal Originária nº 0301050-56.2012.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Lourival Almeida Trindade, julgado em 23/08/2016**

**EMENTA: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 1º, II E XIII, DO DECRETO-LEI 201/67, E 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. PRELIMINARES REJEITADAS. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE.**

**I – PRELIMINARES:**

**Rejeitadas as preliminares, em consonância com o voto do eminente desembargador Nilson Soares Castelo Branco:**

“As preliminares pertinentes à: 1) inépcia da denúncia por deficiência da narrativa e ausência de imputação de fato típico; 2) violação à ampla defesa, decorrente da não oportunização ao acusado de manifestar-se acerca do adiamento à peça acusatória; 3) nulidade por ilicitude da prova, uma vez lastreada, exclusivamente, em investigação procedida pelo Ministério Público; e 4) nulidade do feito por ausência de fiscalização, por um Desembargador, da atuação Ministerial no procedimento criminal por este instaurado, já foram debatidas por esta Corte, quando do recebimento da inicial acusatória. (TJ/BA-Ação Penal Originária 0301050-56.2012.8.05.0000 - Primeira Câmara Criminal, Rei. João Bosco de Oliveira Seixas - Juiz Convocado, J. 03.07.2013, P. 07.08.2013). Em face do referido comando jurisdicional não foram interpostos quaisquer recursos, tendo o denunciado, inclusive, oferecido a defesa prévia, reiterando as arguições apresentadas na resposta antecipada, inclusive quanto às questões preliminares (fls. 3760/3775), aqui novamente levantadas, além da apresentação do rol de testemunhas, mesmo antes da citação. Assim, considerando a mera reiteração dos fundamentos anteriormente aduzidos e rejeitados, à unanimidade, pelo Órgão Julgador, não se afigura possível a reappreciação de matéria, dada a caracterização, nesta extensão, da preclusão consumativa, nos termos do art. 473 (atual 507) do Código de Processo Civil, tanto mais porque o Acórdão de fls. 3747/3756 encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada.

No que tange, especificamente, à ventilada nulidade do feito, em razão do cerceamento de defesa, decorrente da rejeição do pleito de diligências finais, de oitiva de testemunhas - arrolada e referida - e juntada de documentos

reputados essenciais ao julgamento da causa, melhor sorte não socorre ao insurgente. Isso porque, de igual modo, já houve deliberação monocrática acerca da matéria (fls. 4466/4471), decisão referendada por este Órgão Colegiado, quando da apreciação do Agravo Regimental interposto pela defesa (fls. 4520/4527), julgado em 26.01.2016.

Por fim, quanto à arguida nulidade processual derivada de suposto cerceamento de defesa, relativo ao indeferimento do pleito formulado pelo denunciado (fls. 4040/4041), no sentido de adiamento da audiência realizada no dia 01.12.2014, e reiterado na referida assentada (fl. 4067), tem-se que não merece acolhimento. É que, não obstante o denunciado tenha apresentado a citada insurgência ao Juízo condutor dos atos instrutórios, quedou-se após a deliberação deste, com vistas à manutenção do dia da colheita probatória, deixando de pugnar perante este Relator, Magistrado com efetiva competência decisória, a nulidade do ato processual, bem como a sua conseqüente repetição, somente reiterando seu pleito, nesta oportunidade, em sede de alegações finais. Ademais, e principalmente, conforme anunciado pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de de Urandi/Ba (fl. 4067), o documento de fl. 4042 não comprova a alegada existência de compromisso institucional ao qual o denunciado pretendia comparecer, sendo certo que a emissão da passagem aérea se deu em momento posterior (28.11.2014) ao agendamento da assentada instrutória (20.11.2014).

Sob outro vértice, percebe-se que o denunciado deixou de comparecer às demais audiências designadas para oitiva das testemunhas de defesa - vide atas de fls. 4170; 4300 e 4317 - muito embora tenha sido representado pelo seu patrono, que teve a oportunidade de realizar perguntas e esclarecer eventuais dúvidas acerca dos fatos descritos na denúncia, razão pela qual se pode concluir, com maior clareza, pela inexistência de qualquer prejuízo ao acusado, tanto mais porque, das declarações prestadas pelas pessoas por ele arroladas, não se verifica qualquer informação que lhe seja prejudicial. Em outros termos, ainda que nulidade existisse, dependeria de demonstração do prejuízo dela adveniente, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu, *in casu*, nem se pode, *ex officio*, reconhecer, uma vez preservados, no curso da instrução processual, o contraditório e a ampla defesa.”

## II - MÉRITO:

### III - ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93:

**- Acusado absolvido, pelo crime, tipificado no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, em consonância com o art. 386, III, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do ilustre desembargador Nilson Soares Castelo Branco:**

“No mérito, da leitura do preceito siormativo contido no art. 89, caput, da Lei 8666/93, observa-se que, para que o agente público incorra nas penas nele estabelecidas, é necessário que a dispensa ou inexigibilidade ocorra “fora das hipóteses previstas em lei” (sic). Assim, além de ser imperioso analisar se houve, ou não, dispensa ou inexigibilidade, exige-se do julgador o cotejo entre o contrato celebrado e o elenco legal de situações em que o procedimento licitatório é caminho inarredável. Nesta diretiva, importante pontuar, ainda, que, excetuando-se a consulta - tipo específico de determinadas Agências Reguladoras - no Brasil, encontram-se previstas, no plexo da legislação admi-

nistrativa, 06 (seis) modalidades licitatórias: a) Concorrência; b) Tomada de Preços; c) Convite; d) Concurso; e) Leilão; e f) Pregão, sendo descrevendo, aqui, detalhadamente, cada uma delas, bastando afirmar que, regra geral, as três primeiras impõem a realização do procedimento licitatório levando-se em conta, precipuamente, o valor do contrato, enquanto as demais consideram o objeto da avença.

Conforme se percebe, o concurso público não se enquadra em nenhuma das modalidades licitatórias, muito embora a eventual escolha de pessoa jurídica organizadora, com fito de realização do referido certame, deva seguir o procedimento previsto na Lei 8.666/93. Por óbvio, a previsão denominada de “Concurso” pela Lei de Licitações em nada se relacionada com o requisito para a investidura ao cargo ou emprego públicos, uma vez que aquela possui distinta finalidade - escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores (art. 22, §4º, da Lei 8.666/93).

De outra banda, malgrado, em tese, seja recomendável, em obediência aos princípios que regem o atuar administrativo, a legislação contemporânea aos fatos não exigia a realização de procedimento licitatório para a formalização de Termo de Parceria entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, valendo frisar que, apenas com a edição da Lei 13.019/2014, determinou-se o processamento do que a legislação denominou de chamamento público, que, embora seja dotado de idênticas premissas, não se confunde com o quanto estabelecido na Lei 8.666/93. Destarte, ao tempo da assinatura dos Termos de Parceria e aditivos indicados na denúncia - dezembro de 2009 a janeiro de 2011 - o procedimento adotado para a escolha da OSCIP, parceira, encontrava-se disciplinado no Decreto nº 3.100/99, que, em seu art. 23, estabelecia, antes da alteração dada pelo Decreto nº 7.568/11, que “a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria” (*sic*).

No período dos fatos imputados ao réu, o Decreto nº 3.100/99 facultava ao gestor a escolha da OSCIP por meio de publicação de edital de concursos de projetos, o que significa dizer que a seleção poderia ocorrer por meio do referido procedimento ou, até mesmo, por ato discricionário do Chefe do Poder Executivo. Portanto, se, por um lado, a realização de concurso público não se enquadra dentre as modalidades licitatórias, bem como que, por outro, a formalização do termo de parceria dispensava prévia licitação, não há como reconhecer que a conduta praticada pelo denunciado se enquadre no tipo penal estabelecido no art. 89, caput, da Lei 8.666/93. Adite-se que a dispensa de concurso público é matéria ainda pendente de tipificação criminal. Tanto é verdade que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.738/2010, visando incluir no Código Penal o art. 179-C. Assim, inexistindo hipótese legal para a realização de procedimento licitatório voltado à realização de concurso público, bem como que a legislação administrativa, à época dos fatos, não exigia, igualmente, prévio certame para formalização de Termos de Parceria, a sua dispensa ou inexistibilidade não pode ser considerada ilí-

cita, ao menos na seara criminal, diante do princípio da legalidade, razão pela qual a absolvição do inculcado, pelo crime descrito no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, é inevitável, nos termos do art. 386, inc. [II, do Código de Processo Penal.”

#### **IV - art. Io, II, do Decreto Lei 201/67**

**Acusado absolvido, pelo crime, tipificado no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, em consonância com o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do ilustre desembargador Nilson Soares Castelo Branco:**

- “Por fim, no que tange ao delito tipificado no art. Io, inc. II, do Decreto Lei 201/67, após a conclusão da instrução processual, constata-se que a imputação não se encontra escorada nos elementos de prova apresentados pelo Parquet, a despontar, quanto a este aspecto, a necessidade de absolvição do inculcado. É de se considerar, inicialmente, que, conforme afirmado alhures, quando da análise do tipo penal descrito no art. 89, caput, da Lei 8.666/93, ao tempo da assinatura dos Termos de Parceria e seus aditivos - dezembro de 2009 a janeiro de 2011 - o procedimento adotado para a escolha da OSCIP, parceira, encontrava-se disciplinado no Decreto nº 3.100/99, que, em seu art. 23, estabelecia, antes da alteração dada pelo Decreto nº 7.568/11, que “a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria” (*sic*). Neste ponto, observa-se que, ao contrário do sustentado pelo Parquet, inexistiu irregularidade formal na contratação, porquanto era possível ao Gestor Municipal a formação de parceria com a OSCIP beneficiada, sem que, para tanto, fosse necessária a realização de procedimento licitatório ou mesmo, obrigatoriamente, de concurso de projetos, já que, como visto, este último somente passou a ser impositivo a partir da edição do Decreto nº 7.568/11.

Por outro lado, muito embora os Termos de Parceria tenham sido voltados à contratação de mão de obra, que deveria, consoante a própria tese acusatória, ser incorporada aos quadros municipais mediante concurso público, por envolver atividades finalísticas da administração municipal - o que evidenciaria, hipoteticamente, o vício material da contratação - não demonstrou o Órgão Acusador que os valores repassados teriam sido irrazoáveis ou destoantes em relação àqueles despendidos em anos anteriores, com a remuneração de servidores. Assim, não há como se aferir se houve “burla ao ordenamento jurídico que regula o modo e o impacto financeiro de admissão de pessoal pela Administração”.

Ademais, da prova colacionada ao caderno processual, especialmente a “Listagem de Processos Pagos” (fls. 165/272), em cotejo os informes de “Prestação de Contas” (fls. 1193/3473), colhe-se que todos os numerários repassados à OSCIP foram empregados no pagamento dos salários dos servidores admitidos, que, por sua vez, remuneravam a gerenciadora de mão de obra através de pagamento de um valor mensal. Neste particular, adite-se que não houve a demonstração de quanto seria o percentual mensal recebido pela OSCIP ou mesmo de que tais valores tenham sido revertidos, em forma de lucro, aos ges-



tores da mencionada Organização ou, ainda, ao Prefeito. Não se desincumbiu o Parquet, igualmente, de apontar vínculos contratuais desnecessários ou não prestação dos serviços contratados, tanto mais porque, consoante os testemunhos colhidos no curso da instrução processual, houve elaboração de projeto para a definição do número de servidores necessários ao atendimento da demanda, bem como indicativo de que os serviços públicos municipais, ao menos na área de educação, tiveram seus índices de avaliação elevados.

Destarte, o crime previsto no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei nº 201/67, requer prova de dano ao erário e dolo específico de auferir proveito próprio ou alheio com a utilização de renda pública. Sem embargo da certeza da admissão irregular de servidores públicos, conforme anunciado em tópico próprio, é duvidosa a prova da materialidade e a demonstração do dolo na conduta do agente, no que tange ao tipo penal descrito naquele dispositivo. A uma, dos autos não se extrai, com a necessária segurança e certeza, que o Gestor tenha se utilizado da verba pública para beneficiar a si próprio ou mesmo a OSCIP, parceira, uma vez que os valores foram, aparentemente, repassados à Entidade do Terceiro Setor para pagamento de servidores públicos necessários ao desempenho das atividades estatais. Em outros termos, não ficou cabalmente demonstrado o dano ao erário, considerando que não se pode vislumbrar gasto indevido.

Embora reconhecendo a possibilidade de que tenha havido a prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciada na dispensa indevida de concurso público, não há prova indubitosa de que a contratação tinha por fim precípua beneficiar o particular, ou seja, não se pode vislumbrar, cabalmente, a existência do dolo. Ainda que a contratação, de fato, possa ter ofendido princípios norteadores da Administração Pública, especialmente a impessoalidade e moralidade, não se extrai do caderno processual que tenha havido favorecimento da Entidade do Terceiro Setor, uma vez que inexistente informação acerca dos valores por ela efetivamente recebidos, na forma de lucro de seus gestores. Por outro lado, os autos em nada esclarecem que tipo de relação havia entre o Prefeito de Licínio de Almeida e os particulares responsáveis pela OSCIP, ou mesmo se havia alguma, de forma a justificar a intenção estreita de favorecimento por meio do Termo de Parceria. Assim, nesta linha de entendimento, não há que se falar na existência do crime de responsabilidade descrito no art. 1º, inc. II, do Dec. Lei 201/67, ante a ausência de prova firme e segura de que tenha havido utilização indevida de rendas públicas em favor de terceiro, razão pela qual a absolvição, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, é impositiva.”

**V - Art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67:**

De capa a capa deste processo, não se vislumbra a consecução pelo acusado dos núcleos do tipo penal, catalogado, no inciso XIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, por não haver ele praticado a nomeação, admissão ou designação de servidor público, contra expressa disposição de lei.

Ponha-se, em relevo, de logo, que a imputação que paira, sobre o denunciado, é o fato de haver celebrado convênio, com a OSCIP – organização da sociedade civil de interesse público, denominada CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso, tendo, como objeto do termo de parceria, a operacionalização do programa saúde legal, do programa de apoio à Secretaria Municipal



de Administração e do programa de apoio à Secretaria Municipal de Educação, no prazo inicial de seis meses, renovado por aditivo, mediante repasse, que totalizou a importância de R\$ 3.071.117,55 (três milhões, setenta e um mil, cento e dezessete reais e cinquenta e cinco centavos).

Da simples leitura do tipo penal do inciso XIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, haverá de haurir-se conclusão inarredável de que, nele, não se encontra tipificada a conduta de nomear, admitir, ou designar, indiretamente, servidor público, por intermédio de entidade privada, como delineada a conduta, imputada ao acusado.

Nessa cadência, deve ser, agora e aqui, repelida a pretensão acusatória, ante a impossibilidade de inserção de elemento normativo *extraneus* ao predito tipo penal, não sendo possível, portanto, a criminalização da conduta do denunciado, atinente à admissão indireta de pessoal, por intermédio de entidade privada. Não é não. O legislador, no dispositivo pré-analisado, como visto, à sobejidão, cuidou de tipificar a conduta do prefeito que pratica **ato administrativo de nomeação, admissão, ou designação** de servidor, contra expressa disposição de lei.

Consectariamente, afigura-se atípica a celebração de termo de parceria com OSCIP, para a realização de interesse público, incluindo o fornecimento de recurso humano, como ocorreu na hipótese fulcral.

Demais disso, em derredor da inexigibilidade de realização de concurso público para contratações de pessoal por OSCIP, consulte-se paradigmático decisório do Pretório Excelso, em sede de ação direta de inconstitucionalidade<sup>6</sup>, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Ante o encadeamento fático-jurídico predelineado, não se vislumbram, na hipótese nodal, os elementos estruturais, suficientes e bastantes, que compõem a moderna teoria do delito, dada a atipicidade da conduta do acusado, de resto, não podendo esta, portanto, ser justaposta ao tipo penal incriminador legal, devendo ser considerada, pois, um irrelevante penal.

Não bastasse isso tudo, ponha-se, em relevo, ainda, que, *in casu*, não se pode lobrigar, na conduta do gestor municipal, o dolo, a saber, o firme propósito de nomear, admitir, ou designar servidor, sem a realização de concurso público. Curialíssimo, pois, que outra alternativa não vislumbrou o chefe do executivo municipal, ante o quadro emergencial e calamitoso, que se lhe antolhava, ou seja, que tinha, diante dos olhos, a não ser a celebração de termo de parceria, com organização da sociedade civil de interesse público, abrangendo, inclusive, a contratação de mão de obra, para o desempenho de atividades essenciais e inadiáveis do município, nos setores da saúde e da educação. Solução emergencial, de resto, conotada de visos de juridicidade, com fincas nos textos legais, residentes na Lei nº 9.790/99.

De outro quadrante e em adminículo aos fundamentos jurídicos desta divergência, não se pode olvidar o comportamento do gestor denunciado, neste caso. É que, diante dos cotidianos e sucessivos escândalos, na gestão da *res publica*, testemunhados por todos nós, numa sociedade em que a ética política transformou-se numa palavra inútil e vazia de significado, convém

6 Cf. ADI 1923, Relator(a):Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015).

seja realçada a probidade do trabalho do prefeito/denunciado, que deve ser trombeteado aos céus de Jericó, portanto, merecedor de aplausos nesta fase histórica nacional.

Até porque, do cotejo das provas produzidas, *in hipotesis*, vislumbra-se haver sido suspenso, judicialmente, o concurso público, anteriormente, realizado pelo município de Licínio de Almeida, em decorrência de anulação judicial. Não bastasse isso tudo, adite-se que o próprio Tribunal de Contas dos Municípios e a União dos Municípios, através de pareceres, sinalizaram a lidimidade de tais contratações, através de OSCIP, como se torna inteligível pela prova dos autos. (cf. fls. 46/50; 1193/3473 e interrogatório do denunciado – fls. 4455/4457).

Em suma, torna-se inteligível não haver sido a conduta do acusado dolosa, não emergindo à superfície dos autos o imprescindível elemento subjetivo do tipo, pertinente à intenção de burlar a obrigatoriedade do concurso público. Em senso contrário, conclui-se, sem receio de equívocos, que o prefeito, ao celebrar o termo de parceria pré-aludido, agiu, tão-somente, com o desiderato de efetivar o princípio da continuidade, na administração pública, em consonância com o qual os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares<sup>7</sup>.

Resumindo-se, em um só lance, assevere-se, *in casu*, que o acusado não agiu, volitivamente, querendo nomear, admitir, ou designar servidor público, mediante a intenção de vilipendiar, desapiedadamente, o art. 37, II, da Lei Maior.

#### **VI - PRELIMINARES REJEITADAS. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE.**

### **ACORDÃO**

Vistos, discutidos e relatados os autos da **Ação Penal nº 0301050-56.2012.8.05.0000**, em que figuram, como autor, o **Ministério Público do Estado da Bahia**, e, como réu, **ALAN LACERDA LEITE**, **ACORDAM** os senhores desembargadores, componentes da Primeira Câmara Criminal, **à unanimidade, em rejeitar as preliminares e julgar improcedente a denúncia, para absolver o acusado, tangencialmente aos crimes do art. 89, caput, da Lei 8.666/93 e do art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, nos termos do voto do desembargador Nilson Soares Castelo Branco, e absolvê-lo, por maioria, no que atine ao delito, catalogado no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, nos termos do voto do relator, designado para lavrar o acórdão.**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Ação Penal Originária, proposta pelo Ministério Público Estadual, em face de Alan Lacerda Leite, Prefeito de Licínio de Almeida/BA, imputando-lhe a prática dos crimes, catalogados, no art. 1º, incisos II e XIII, do Decreto-Lei 201/67, e art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, c/c art. 69 do Código Penal.

O denunciado é acusado de, supostamente, haver admitido 396 (trezentos e noventa e seis) funcionários, sem prévio concurso público, ou qualquer outro processo seletivo, dotado de critérios legais - publicidade, impessoalidade e objetividade -, e por intermédio de organização

<sup>7</sup> José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo 24ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 305

privada, escolhida, também, sem qualquer certame, e remunerada, em R\$ 3.071.117,55. (três milhões, setenta e um mil, cento e dezessete reais e cinquenta e cinco centavos).

A exordial veio instruída com os documentos de fls. 17/3473.

Notificado (fl. 3508), o denunciado apresentou peça de defesa preliminar, à fls. 3520/3552, alegando, preliminarmente: nulidade processual, decorrentemente da ilegitimidade do Órgão Ministerial para proceder investigação criminal, bem como o consequente arquivamento da denúncia por não ser precedida de investigação policial; Nulidade do feito, por ausência de fiscalização, por um Desembargador, da atuação Ministerial, no procedimento criminal, por este instaurado; e inépcia da denúncia, por deficiência da narrativa, ausência de imputação de fato típico e de explicitação do nexo causal, o que ultrajaria o princípio da ampla defesa.

Em sessão, realizada, no dia 30 de julho de 2013 (fl. 3757), a basilar acusatória foi recebida (fls. 3747/3756), com rejeição das preliminares, suscitadas pela defesa, determinando-se a citação do acusado para oferecer defesa prévia.

Após a publicação do Acórdão (fl. 3758), o denunciado apresentou, voluntariamente, a defesa prévia (fls. 3760/3775), reiterando as arguições, apresentadas, na defesa preliminar, inclusive, no que tangencia às questões preliminares, além da apresentação do rol de testemunhas.

Manifestação Ministerial, à fls. 3781/3782, pela rejeição das preliminares e prosseguimento do feito.

Em decisão de fl. 3785, foram afastadas as alegativas da defesa, levando-se, em linha de conta, o trânsito, em julgado, do acórdão de fls. 3747/3756 e, não sendo o caso de absolvição sumária, determinou-se a deflagração da instrução processual, com delegação ao MM. Juízo da comarca de Licínio de Almeida para a condução dos atos instrutórios.

Encerrada a instrução, o órgão ministerial apresentou suas derradeiras argumentações, sustentando a existência de lastro probatório idôneo à condenação do denunciado, nas penas do art. 1º, incisos II e XIII, do Decreto-Lei 201/67, art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, na forma do art. 69 do Código Penal, incluindo-se a reparação mínima dos danos, decorrentes da prática infracional (fls. 4475/4497).

Alegações finais defensivas, colacionadas às fls. 4551/4593.

Na sessão, realizada, no dia 07 de julho transato, o eminente Desembargador Nilson Soares Castelo Branco proferiu voto no sentido de rejeitar as preliminares arguídas e, no mérito, pela procedência, em parte, da denúncia, para condenar Alan Lacerda Leite, prefeito do município de Licínio de Almeida, nas penas do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, absolvendo-o das demais imputações, havendo fixado a sanção definitiva, em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção, em regime inicial aberto, com a substituição da sanção corporal, por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo, vigente à época do fato.

Após o voto do eminente desembargador relator, este desembargador pediu vista dos autos, para um exame mais acurado.

Na sessão da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, realizada, no dia 26 de agosto transato, este relator abriu a divergência ao voto do eminente relator, Desembargador Nilson Soares Castelo Branco, absolvendo o acusado pelo crime, catalogado, no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, no que foi acompanhado pelos demais desembargadores, integrantes da Primeira Câmara Crime, havendo sido designado para lavrar o acórdão, com escoras, no art. 42, II, do Regimento Interno, deste Tribunal.

**É o relatório.**

## VOTO

Após análise minuciosa dos autos, *venia maxima concessa* dos eminentes relator e revisor, de logo, vai oferecida a minha pálida divergência.

**DA ATIPICIDADE DOS FATOS**

Na hipótese solvenda, vislumbra-se haver sido o acusado denunciado como incurso, nas penas do art. 1º, incisos II e XIII, do Decreto-Lei 201/67, e art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93, c/c o art. 69, do Código Penal.

Em consonância com a inaugural acusatória, “os ‘termos de parceria’, novo epíteto dado aos contratos administrativos celebrados com OSCIPs, primordialmente objetivavam o fornecimento de pessoal para atividades finalísticas do Poder Público sob seu acompanhamento, supervisão, fiscalização, ordenação dos quantitativos e indicação de substituições (...) Ocorre que tais obreiros desempenhavam funções típicas da Administração, vinculados à Secretaria Municipal homônima, de Saúde, de Desenvolvimento Social e de Educação, por intermédio da CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso, instituição que atua como empresa agenciadora de mão de obra, tendo como um de seus múltiplos objetivos [...] promover o encaminhamento ao mercado de trabalho de cidadãos” (*sic*).

De pronto, dir-se-á que nem mesmo com o auxílio de lupas aplanáticas, vislumbra-se a subsunção dos fatos delineados, na basilar acusatória, mediante mera justaposição de palavras, ao tipo penal, descrito no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67. Eis sua enunciação, *ipsis verbis*:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XIII - **Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei.**

Sabe-se e ressa-be-se, conformemente a doutrina, de melhor cepa, que o crime, sob comento, “consiste em não atender expressa disposição de lei e, sobretudo, da Constituição, para nomear, admitir ou designar servidores para a Administração Pública do Município, pois a Carta Magna brasileira de 1988 é bem clara ao exigir, para a primeira investidura em cargo público, a aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, ressalvados os casos indicados em lei (art. 37, II e III)”.<sup>8</sup>

Desvelando-se os elementos do tipo penal, sob comento, infere-se que “a figura penal em tela é ilícito de caráter *especial*; onde o *sujeito ativo* será, compulsoriamente, o Alcaide ou quem desempenhe sua função; tendo como *sujeito passivo* o Estado, representado, aqui, pelo Município, incluindo-se as suas autarquias e as outras entidades paraestatais. O *objeto material* é o ingresso irregular nos serviços públicos; e o *objeto jurídico* é a Administração Pública, em seus aspectos de legalidade. O ilícito em questão se nos afigura como *comissivo*; de *ação múltipla (normaplural, alternativa)*, ou seja, nomear, admitir ou designar; de *perigo*; *plurissubsistente*, admitindo a tentativa; *unissubjetivo* e de *mão própria* nada estorvando a co-participação”.<sup>9</sup>

Contudo, torna-se inteligível que, de capa a capa deste processo, não se vislumbra a consecução pelo acusado dos núcleos do tipo penal, catalogado, no inciso XIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, por não haver ele praticado a nomeação, admissão ou designação de servidor público, contra expressa disposição de lei.

8 Tito Costa. Responsabilidade de prefeitos e vereadores. 4. ed. rev., atual e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

9 Altamiro de Araujo Lima Filho. Prefeitos e vereadores: crimes e infrações de responsabilidade. Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 247.

Ponha-se, em relevo, de logo, que a imputação que paira, sobre o denunciado, é o fato de haver celebrado convênio, com a OSCIP – organização da sociedade civil de interesse público, denominada CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso, tendo, como objeto do termo de parceria, a operacionalização do programa saúde legal, do programa de apoio à Secretaria Municipal de Administração e do programa de apoio à Secretaria Municipal de Educação, no prazo inicial de seis meses, renovado por aditivo, mediante repasse, que totalizou a importância de R\$ 3.071.117,55 (três milhões, setenta e um mil, cento e dezessete reais e cinquenta e cinco centavos).

Sublinhe-se que, em conformidade com a denúncia, o pré-aludido termo de parceria teria, como objeto, o fornecimento pela encimada OSCIP de pessoal para o exercício de atividades de competência do poder público municipal.

Dessume-se, portanto, que, *in hipotesis*, reasereve-se, **não** refulge à superfície dos autos a prática de qualquer ato de nomeação, admissão, ou designação de servidor público pelo prefeito do município de Licínio de Almeida, adstringindo-se este a celebrar convênio, com a OSCIP predita, para o fornecimento de pessoal, para atuar nas áreas de saúde, educação e administração do município.

Em derredor dos núcleos do tipo penal, sob exame, vem, a talho, a doutrina de Marino Pazzagliani Filho<sup>10</sup>:

A **nomeação** é a maneira mais comum para ingresso dos agentes públicos no serviço público. É a forma originária de investidura em cargo ou emprego público. E depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de um ou de outro.

(...) a segunda ação típica é a **admissão**, que consiste na contratação de servidores por tempo determinado, sob o argumento de necessidade temporária ou excepcional de interesse público, quando não caracterizada na realidade.

(...)

A terceira é a **designação**, que é o ato do Chefe do Executivo Municipal, para servidor público assumir as funções de outro, durante seu impedimento ou afastamento, bem como o exercício de funções de cargo vago.

Curialíssimo, então, que, da simples leitura do tipo penal do inciso XIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, haverá de haurir-se conclusão inarredável de que, nele, não se encontra tipificada a conduta de nomear, admitir, ou designar, indiretamente, servidor público, por intermédio de entidade privada, como delineada a conduta, imputada ao acusado.

Realce-se, portanto, que, ante a explicitude do texto legislado, dispensam-se excogitações laboriosas, tampouco disquisições exegéticas, pertinentemente ao tema, sob deslinde.

Nessa cadência, deve ser, agora e aqui, repelida a pretensão acusatória, ante a impossibilidade de inserção de elemento normativo *extraneous* ao predito tipo penal, não sendo possível, portanto, a criminalização da conduta do denunciado, atinente à admissão indireta de pessoal, por intermédio de entidade privada. Não é não. O legislador, no dispositivo pré-analisado, como visto, à sobejidão, cuidou de tipificar a conduta do prefeito que pratica **ato administrativo de nomeação, admissão, ou designação** de servidor, contra expressa disposição de lei.

Consectariamente, afigura-se atípica a celebração de termo de parceria com OSCIP, para a realização de interesse público, incluindo o fornecimento de recurso humano, como ocorreu na hipótese fulcral.

10 Marino PAZZAGLINI FILHO. Lei de Improbidade Administrativa Comentada 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90-92.



De outro ângulo de análise, chega a ser despidendo enfatizar-se que o direito penal não comporta interpretações extensivas, seja pelo intérprete, seja pelo aplicador da lei, mediante a inserção de novos elementos, descritivos, ou normativos, ao tipo, pretendendo-se dizer mais do que as palavras do texto, em reverência ao princípio fundamental da legalidade, pedra angular de todo o sistema jurídico-penal<sup>11</sup>, do qual se extrai a vedação à analogia *in malam partem*.

Em derredor da matéria decidenda, dir-se-á que a proibição, em sede penal, da interpretação analógica, criativa, ou extensiva, constitui apanágio, consoante lição irrepreensível de Nereu José Giacomolli<sup>12</sup>, do imperativo de incidência da *lex stricta*.

Depreende-se, como corolário, mais que lógico, haver travamento legal ao julgador, não lhe sendo dado, portanto, fazer incursão ampliativa, no plano legislativo, a ponto de promover introdução de novos elementos normativos, capazes de ampliarem o sentido do tipo penal e, consequentemente, de fazerem expandir a ingerência estatal repressiva, rediga-se.

Nessa mesmíssima alheta, dilucida, percutientemente, Andrei Zenkner Schmidt<sup>13</sup>:

*“Ao intérprete não é dado o poder de, mediante a palavra, distorcer o conteúdo e o alcance da norma. O paradigma da linguagem deve ser complementado por um discurso jurídico garantidor, ou seja, uma linguagem em consonância com os ditames do ordenamento constitucional.”*

Coerindo com tal entendimento, estribilha, de novo, Nereu José Giacomolli<sup>14</sup>:

*“Isto para evitar o desvio do fim normativo, o limite interpretativo fixado aos operadores jurídicos, e também para que os magistrados não criem normas penais ‘mais além do que permite o teor literal legal’.”*

Trata-se, como visto, de erronia exegética, desprovida de visos de juridicidade, a ampliação do alcance de determinado tipo penal, mediante a inserção, neste, de novo elemento normativo, por envolver restrição à concretização dos direitos e garantias, outorgados ao réu pelo legislador, impondo-lhe “condições mais gravosas e não constantes em lei”<sup>15</sup>.

Noutro giro verbal, dir-se-á que, ao fazer o julgador inserções de novas diretrizes, hábeis a alterarem a axiologia do tipo penal, imputado a um acusado, estará a dilargar os raios de efeito da potestade punitiva estatal, em franco ultraje ao princípio da reserva legal, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nessa mesmíssima alheta argumentativa, eis a doutrina alienígena, de melhor cepa: *“El principio de legalidad está indiscutiblemente ligado a la idea del Estado de derecho, dado que limita el poder público sancionatorio al caso de aquellos comportamientos expresamente previsto en una ley.”*<sup>16</sup>

11 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 67

12 GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In: Revista de estudos criminais. Ano VI. Nº23. Jul- dez. p.153-177. Porto Alegre: Notadez, 2006, p.162

13 SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 181.

14 GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In: Revista de estudos criminais. Ano VI. Nº23. Jul- dez. p.153-177. Porto Alegre: Notadez, 2006, p.162

15 GILMAR, Mendes. Habeas Corpus, nº 106.313/MG.

16 BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p.233. Em tradução livre: O princípio da legalidade está indiscutivelmente ligado à ideia de Estado de Direito, dado que limita o poder público sancionatório ao caso daqueles comportamentos expressamente previstos em lei.

Assevere-se, outrossim, forte, em Nilo Batista<sup>17</sup>, que “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni.”

A legalidade penal, enquanto princípio constitucional limitativo, deve orientar toda a atividade judicante, tendo, como *meta optata*, a adequação da intervenção repressiva às garantias, constitucionalmente, asseguradas ao cidadão.

Em termos de hermenêutica constitucional, o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, é vera garantia, não só da atividade legiferante, mas da própria atividade judicante.

Sim, porque ao juiz não é concebido o poder de criar o Direito, aplicável ao caso concreto, sob pena de substituir o Poder Legislativo, em franco ultraje ao princípio da reserva da lei, corolário do princípio da separação dos poderes<sup>18</sup>.

Nesse evoluir argumentativo, dir-se-á que o julgador, notadamente, à hora da sentença, que é o zênite do processo, não pode valer-se de liberdades inadmissíveis, com o texto legal, às vezes, através de uso de expressões axiomáticas, outras tantas, interpolando glosas e novos elementos normativos, como se fora uma reelaboração do tipo penal incriminador, sob pena de se vergastar, desapiedadamente, o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* certa, tão caro ao Estado democrático de Direito<sup>19, 20</sup>

Numa palavra e redizendo-se, o delito, catalogado no art. 1º, XIII, do Decreto Lei 201/67, só e somente, restará configurado, quando o ato de nomeação, admissão, ou designação houver sido cometido pelo próprio chefe do executivo municipal, na condição de sujeito ativo.

Assim sendo e assim o é, deve ser elidida, por ser, nitidamente, atípica a conduta do gestor municipal, em toda e qualquer hipótese de admissão de pessoal, realizada por dirigente de OSCIP, ainda que destinada a admissão à prestação de serviço público a município.

Na trilha de excelência de tal raciocínio, convém enfatizar-se que a celebração de termo de parceria, entre o poder público e OSCIP – organização da sociedade civil de interesse público – possui escoras jurídicas, na Lei nº 9.790/99, por isso que “envolve a colaboração de entidades da iniciativa privada, usualmente representativas dos diversos segmentos da sociedade civil, que desenvolvem ações de utilidade pública. Reconhecendo que sua atividade se preordena ao interesse coletivo, o Governo delega a tais entidades algumas tarefas que lhe são próprias, corno forma de descentralização e maior otimização dos serviços prestados, ao mesmo tempo em que lhes estende certas particularidades jurídicas, como a que permite a tais entes propor ação perante Juizados Especiais Cíveis.”<sup>21</sup>

Como corolário, mais que lógico, o fornecimento de mão de obra para o desempenho de funções típicas do ente público possui visos de legalidade, convindo, nesse contexto, explicitar que “as organizações da sociedade civil de interesse público, na busca de seus objetivos, podem

17 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p.67

18 Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 160.

19 Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 236.

20 Sobreleve-se, por oportuno, que o tipo penal, em seus cóngruos encerros, delineados pelo legislador, de forma seletiva, é que descreve a conduta proibida, enfim, “digna de castigo”, segundo a expressão, utilizada por Wilhem Gallas in La teoria del delito em su momento actual. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona, Bosch. Apud Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209 de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994, p.121).

21 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo 24ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 330.

cooperar com o Poder Público de três maneiras: 1) através da execução direta de projetos, programas e planos de ação; 2) pela entrega de recursos humanos, físicos ou financeiros; e 3) pela prestação de atividades de apoio a outras entidades sem fins lucrativos.”<sup>22</sup>

Eis a hipótese dos autos, sem tirar, nem pôr. *In specie*, foi celebrado termo de parceria, entre o município de Licínio de Almeida e a CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso -, como se vislumbra, à fls. 289/367, com o *desideratum* de serem realizadas tarefas, delegadas pelo poder público, mediante a descentralização de serviços de utilidade pública, albergando, não somente a contratação de pessoal pela OSCIP, mas, também, a execução de outros serviços, inclusive, a reforma do hospital.

Consequentemente, em havendo sido as contratações de pessoal, realizadas por entidade, de natureza privada, a saber, a OSCIP CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso -, não se há de excogitar da necessidade de realização de concurso público na espécie solvenda. Sendo assim, depreende-se que a conduta, imputada ao acusado, na hipótese nodal, afigura-se atípica, por não se subsumir à moldura tipológica do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67.

Em derredor da inexistência de realização de concurso público para contratações de pessoal por OSCIP, eis paradigmático decisório do Pretório Excelso, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. (...) REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO.**

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

22 José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo 24ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 330.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

1. (...)

**2. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados**, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. **Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.**

**VOTO**

(...)

**3. Nesse novo desafio temático, tenho que os incisos V, VII e VIII do art. 4º e o inciso II do art. 7º, ambos da Lei 9.637/98, não padecem do vício maior da inconstitucionalidade. É que as organizações sociais, ainda que eventualmente habilitadas a empregar recursos públicos, não se caracterizam jamais como parcela da Administração Pública. Seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos. Consequentemente, não se lhes aplica o disposto nos incisos II e X do art. 37 da Constituição Federal. Noutras palavras, mesmo sujeitas a procedimento impessoal na seleção dos empregados e na fixação dos respectivos salários, não há que se falar em concurso público, ou remuneração fixada por lei.**

(...)

(ADI 1923, Relator(a):Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão:Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015)

Ante o encadeamento fático-jurídico predelineado, não se vislumbram, na hipótese nodal, os elementos estruturais, suficientes e bastantes, que compõem a moderna teoria do delito, dada a atipicidade da conduta do acusado, de resto, não podendo esta, portanto, ser justaposta ao tipo penal incriminador legal, devendo ser considerada, pois, um irrelevante penal.

Em derredor da teoria do delito, colhe-se da doutrina brasileira a lição, segundo a qual:

“O sistema tripartido de fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define crime como **ação típica, antijurídica e culpável...**”<sup>23</sup>.

No particular, eis a doutrina alienígena:

“A tipicidade é, pois, a adequação de um fato concreto à descrição que desse fato se faz na lei.”<sup>24</sup>

23 Juarez Cirino Santos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. Curitiba; Editora Forense, 2004, p. 5.

24 Francisco Muñoz Conde. **Teoria Geral do Delito**. Trad. e notas de Juarez Tavares e Luís Regis Prado. Porto



“A precisão dos elementos descritivos do tipo penal de um delito (“elementos do tipo”) e a redução do seu número até onde seja imprescindível para a caracterização dos delitos, é uma conquista importante da história do direito penal, mas também traz perigos consigo.”<sup>25</sup>  
 “Se trata de una conducta del hombre que se subsume en el tipo legal.”<sup>26</sup>

Por sinal, não deve ser relegada ao oblívio a importância do tipo penal. Ouça-se, a tal propósito, Toledo<sup>27</sup>:

“o direito penal, para usar-se uma expressão de Sauer, trabalha com tipos e pensa por meio de tipos”.

Nessa diretriz, Anibal Bruno, em escrito antigo, já realçava a exigência da observância da tipicidade da ação, enquanto garantia da regra “*nullum crimen sine lege*.”<sup>28</sup>

Até porque, parafraseando-se o renomado autor, dir-se-á que é, através dos tipos, que se delinea a fronteira, entre o lícito e o ilícito penal, e se assegura, na faixa de licitude admitida, o livre exercício da atividade do homem, em sociedade, dentro da firmeza e segurança do Direito. E, em reprografia literal: “Quanto mais fechado é o tipo, isto é, quanto mais restrita é a sua compreensão, maior é a garantia que dele decorre para as liberdades civis. Na submissão do fato ao tipo, o julgador está limitado pela linguagem terminante em que o traçou o legislador”<sup>29</sup>.

Mesmo porque, como sói ocorrer, nos tipos abertos, encontrados, especialmente, em leis e governos autoritários, há sempre uma tendência a deixar certa margem de arbítrio na incriminação do fato, afrouxando a definição legal e defraudando o princípio de garantia<sup>30</sup>.

“Desse modo, o atual Direito Penal é reduzido a um catálogo de tipos delitivos. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorre com elas, como característica externa, a tipicidade (adequação ao catálogo) (...) A ação punível é apenas a ação tipicamente antijurídica e culpável.”<sup>31</sup>

Nessa mesmíssima alheta, pontua Enrico Pessina:

“a) A tipificação de um ato não pode depender do arbítrio de particulares, ainda que sejam ofendidos, isto é, se pode depender de sua aprovação ou desaprovação.”<sup>32</sup>

---

Alegre: Fabris, 1998, p. 4

25 Winfried Hassemer. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2005, p. 138.

26 Luis Jiménez de Asúa. **Principios de Derecho Penal la Ley e el delito**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot 2005, p. 235.

27 Francisco de Assis Toledo. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209 de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994, p.4.

28 Aníbal Bruno. Sobre o tipo no direito penal. In **Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1962, p. 60

29 Aníbal Bruno. Sobre o tipo no direito penal. In **Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1962, p. 61

30 Aníbal Bruno. Sobre o tipo no direito penal. In **Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1962, p.61

31 Ernst von Belling. **A ação punível e a pena**. Tradução: Maria Carbajal. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 28.

32 Enrico Pessina. **Teoria do Delito e da Pena**; tradução Fernanda Lobo. – São Paulo: Rideel, 2006, p. 23



Nessa linha de ideias, Luiz Flávio Gomes assinala, em resumo, que, à luz da teoria constitucionalista do delito, para que haja fato típico, é necessário que:

1º) conduta humana voluntária (realização formal ou literal da conduta descrita na lei; concretização da tipicidade formal); 2º) resultado naturalístico (nos crimes materiais – exemplo homicídio); 3º) nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico); 4º) relação de tipicidade (adequação do fato à letra da lei); 5º) resultado jurídico desvalioso, que implica uma ofensa: a) objetivamente imputável à conduta; b) concreta ou real (lesão ou perigo concreto ao bem jurídico); c) transcendental (afetação de terceiros); d) grave (significativa); e) intolerável; e f) objetivamente imputável ao risco criado pelo agente (imputação objetiva do resultado jurídico, que significa duas coisas: 1) conexão direta do resultado jurídico com o risco proibido criado ou incrementado; 2) que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma); 6º) Nos crimes dolosos ainda se faz necessária a imputação objetiva<sup>33</sup>.

Resumindo-se, de um só lance, basta breve disquisição, sobre a conduta, imputada ao acusado, para se concluir, sem equivocidade alguma, que ela não se ajusta, nem por hipótese, ou mesmo por mera justaposição de conceitos, à moldura tipológica do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, tampouco, a qualquer outro tipo penal.

Como consectário, mais que inconfutável, até onde a vista alcança, não se pode identificar vestígio, ou rumor de crime, perpetrado pelo alvazil/denunciado, hábil a estadear o édito penal condenatório, em seu desfavor.

### AUSÊNCIA DE DOLO

Não bastasse isso tudo, ponha-se, em relevo, ainda, que, *in casu*, não se pode lobrigar, na conduta do gestor municipal, o dolo, a saber, o firme propósito de nomear, admitir, ou designar servidor, sem a realização de concurso público.

Em tema de dolo, Johannes Wessels<sup>34</sup>, em escoreita lição, dilucida:

“Segundo a doutrina dominante, **dolo**, como relação psíquica do fato, **é a vontade de realização de um tipo penal, com conhecimento de todas as suas circunstâncias objetivas**. (...). Essencial para todas as transcrições é que o dolo do tipo contém um **elemento intelectual e um elemento volitivo**. (...). **No plano da vontade** devem se diferenciar, segundo o relacionamento volitivo do autor para com a realização do tipo, três formas de aparecimento do dolo do tipo: a intenção, o dolo direto e o eventual. **Há intenção** (como forma mais intensa do dolo direto), quando o autor **tem vontade** de produzir diretamente o resultado típico ou realizar as circunstâncias para as quais a lei pressupõe um atuar intencional. (...) Sob intenção deve-se entender **a vontade dirigida finalisticamente ao resultado** (...). Deve ser afirmado o **dolo direto**, quando o autor **sabe ou prevê como certo** que seu agir se dirige no sentido de realizar o tipo legal. (...). Há **dolo eventual** quando o autor **tem seriamente como possível e se conforma com isso**, de que sua conduta conduz à realização do tipo legal. (...). **A teoria do consentimento** ou da **aprovação** (dominante antes de tudo na jurisprudência) exige que o autor deva ter ‘aprovado’ ou, ‘aprovando, tomado em sua compra’ o resultado tido como possível. (...) ‘Aprovar’, em sentido jurídico, (...) significa, também, quando o resultado seja altamente indesejável ao autor, que este, por causa do fim pretendido, **se conforme com a sua ocorrência** ...” (grifos na origem)

Didática e resumidamente, Francisco Muñoz Conde<sup>35</sup> pontua:

33 Luiz Flávio Gomes. Requisitos da tipicidade penal consoante a teoria constitucionalista do delito. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Ano VII, nº 37, abril-maio 2006, p. 32-34.

34 Johannes Wessels. *Direito Penal*. Parte Geral. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 50-53.

35 Francisco Muñoz Conde. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 57-60.

“O termo dolo tem várias acepções no direito. Aqui é entendido simplesmente como consciência e vontade de realizar o tipo objetivo de um delito. (...). Para agir dolosamente não basta o mero conhecimento dos elementos objetivos do tipo. É necessário, ademais, querer realizá-los. (...). No dolo direto o autor quer realizar precisamente o resultado proibido no tipo penal (nos delitos de resultado) ou a ação típica (nos delitos de mera atividade). (...). No dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas ‘conta com ele’, ‘assume o risco’”.

Ainda sobre o *thema decidendum*, eis os paradigmáticos escólios doutrinários de Juarez Cirino dos Santos<sup>36</sup>:

“O **dolo direto de 1º grau** tem por conteúdo o **fim** proposto pelo autor, que pode ser entendido como pretensão dirigida a um fim ou ao resultado típico (...). O fim constituído pela ação ou resultado típico pode ser representado pelo autor como **certo** ou como **possível** (...). O **dolo direto de 2º grau** compreende os meios de ação escolhidos para realizar o fim e, de modo especial, os efeitos secundários representados como **certos** ou **necessários** (...). O **dolo eventual** se caracteriza, no nível intelectual, **por levar a sério a possível** produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, **por conformar-se** com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variação para as situações respectivas de **contar com** o resultado típico **possível**, cuja eventual produção o autor aceita (...)” (grifos na origem)

Em adminículo, Heleno Fragoso<sup>37</sup> complementa:

“Há dolo direto quando o agente se propõe à realização da conduta típica(...). Há dolo eventual quando o agente assume o risco de produzir o resultado. Assumir o risco significa prever o resultado como provável ou possível e aceitar ou consentir sua superveniência. (...). O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade e não da representação (...). A rigor, a expressão “assumir o risco” (...) e deve ser interpretada em consonância com a teoria do consentimento. Deve-se a Frank a formulação de um princípio, chamado de teoria positiva do consentimento, que é útil, como critério prático, para identificar o dolo eventual. Segundo tal princípio, há dolo eventual quando o agente diz a si mesmo: ‘seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei’. Revela-se, assim, a indiferença do agente em relação ao resultado”.

Em similar diretiva, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>38</sup>, percutientemente, explicitam:

“O dolo pressupõe que o autor tenha previsto o curso causal e a produção do resultado típico. Sem esta previsão, jamais se poderia falar em dolo. (...). Chama-se dolo direto aquele em que o autor quer diretamente a produção do resultado típico, seja com fim diretamente proposto ou como um dos meios para obter este fim. O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que agente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade”.

36 Juarez Cirino dos Santos. *A moderna teoria do fato punível*. 3.ed. rev. e ampl. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 67-71.

37 Heleno Fragoso. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 12. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 173-174.

38 Eugenio Raúl Zaffaroni; José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.485/497-498.

A propósito, consulte-se a modelar lição de Paulo Queiroz<sup>39</sup>:

“O dolo compreende um elemento cognitivo (ou intelectual) e um volitivo, é dizer, o agente deve conhecer os elementos do tipo (elemento cognitivo) e querer realizá-lo (elemento volitivo)”.

À vista dessa farta messe doutrinária, infere-se que a conceituação de dolo pressupõe que o autor haja previsto o resultado típico e haja querido, diretamente, a sua produção, ou haja consentido, previamente, com a possibilidade de sua ocorrência.

*In casu*, todavia, não há qualquer prova apta, a demonstrar que o réu haja querido, diretamente, o resultado típico, ou mesmo, consentido com a possibilidade de sua ocorrência. Redigase: não se pode depreender, dos elementos abojados aos autos, que o denunciado haja tido o firme propósito de frustrar concurso público, nomeando, admitindo, ou designando, ilegalmente, servidor, com proveito próprio, ou alheio.

Curialíssimo, pois, que outra alternativa não vislumbrou o chefe do executivo municipal, ante o quadro emergencial e calamitoso, que se lhe antolhava, ou seja, que tinha, diante dos olhos, a não ser a celebração de termo de parceria, com organização da sociedade civil de interesse público, abrangendo, inclusive, a contratação de mão de obra, para o desempenho de atividades essenciais e inadiáveis do município, nos setores da saúde e da educação. Solução emergencial, de resto, conotada de visos de juridicidade, com fincas nos textos legais, residentes na Lei nº 9.790/99.

De outro quadrante e em adminículo aos fundamentos jurídicos desta divergência, não se pode olvidar o comportamento do gestor denunciado, neste caso. É que, diante dos cotidianos e sucessivos escândalos, na gestão da *res publica*, testemunhados por todos nós, numa sociedade em que a ética política transformou-se numa palavra inútil e vazia de significado, convém seja realçada a probidade do trabalho do prefeito/denunciado, que deve ser trombeteado aos céus de Jericó, portanto, merecedor de aplausos nesta fase histórica nacional.

Tanto assim que resplandece, a todas as luzes, do erudito voto de eminente relator, a imagem do bom repúblico do prefeito denunciado:

“Através de acesso a diversos sítios de notícia na rede mundial de computadores<sup>40</sup>, inclusive o <http://ideb.inep.gov.br/>, constata-se que, no Estado da Bahia, o município de Licínio de Almeida é destaque na área de educação, além de, segundo prova produzida em juízo (fls. 3825, 3882/3883, 4068/4071 e 445/4457), ter havido melhora significativa na prestação dos serviços públicos locais” (*sic*).

Em sinopse, trata-se de um gestor, cuja eficiência administrativa obteve, inclusive, um prêmio internacional e que, segundo o percuciente voto do próprio relator, nos autos, não há elementos probatórios de malversação alguma da coisa pública. Corolariamente, não há razões jurídicas, para que se comine uma sanção penal ao ilustre alvazil.

Até porque, do cotejo das provas produzidas, *in hipotesis*, vislumbra-se haver sido suspenso, judicialmente, o concurso público, anteriormente, realizado pelo município de Licínio de Almeida, em decorrência de anulação judicial.

Não bastasse isso tudo, adite-se que o próprio Tribunal de Contas dos Municípios e a União dos Municípios, através de pareceres, sinalizaram a lidimidade de tais contratações, através de OSCIP, como se torna inteligível pela prova dos autos. (cf. fls. 46/50; 1193/3473 e interrogatório do denunciado – fls. 4455/4457).

39 Paulo Queiroz. Direito Penal: parte geral. - 6. ed. , rev. e ampliada de acordo com a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 . - Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2010 , p. 228.

40 [www.http://ideb.inep.gov.br](http://ideb.inep.gov.br)

Em suma, torna-se inteligível não haver sido a conduta do acusado dolosa, não emergindo à superfície dos autos o imprescindível elemento subjetivo do tipo, pertinente à intenção de burlar a obrigatoriedade do concurso público.

Em senso contrário, conclui-se, sem receio de equívocos, que o prefeito, ao celebrar o termo de parceria pré-aludido, agiu, tão-somente, com o desiderato de efetivar o princípio da continuidade, na administração pública, em consonância com o qual “os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares”.<sup>41</sup>

Em derredor da inexistência do dolo, no delito, sob testilha, eis, nesta mesma trilha argumentativa, os paradigmáticos escólios doutrinários de Tito Costa, em obra específica sobre o tema decidendo:

“O elemento subjetivo da infração é importante, porque, como se sabe, os crimes do art. 1º só se configuram sob a forma dolosa, ou seja, mediante a intenção do agente de produzir o resultado, ou assumir o risco de produzi-lo”<sup>42</sup>.

No mesmo sentir, consulte-se José Nilo de Castro<sup>43</sup>:

“A configuração, portanto, do delito em apreço obter-se-á, se verificadas as circunstâncias, o prefeito, a despeito da prática de atos contra a lei, regulamentos e decretos, que se ligam a casos de recrutamento de pessoal municipal – completando esses atos normativos, a norma penal em branco do inciso XIII –, tiver praticado tais atos como dolo específico, diante de norma de tamanho rigor, como todas deste regramento jurídico, ato institucional contra os prefeitos. Assim, nossos Tribunais têm-se orientado, em casos semelhantes, de maneira liberal e liberalizante, como também se cristalizou remansosa jurisprudência:

‘O crime de que trata o art. 1, XIII, do \_Decreto-Lei 201/67 só é punido a título de dolo específico. Não se configura pois, quando o acusado teria agido de modo leviano, descuidadosamente, mas sem consciência de estar infringindo a lei’ (sic)

No particular, eis arquétipas ementas:

**“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE IMPUTADA A PREFEITO MUNICIPAL – RÉU DENUNCIADO POR CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS IV E XIII, DO DECRETO-LEI N. 201/67 – ADMISSÃO, CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO NA ÁREA DE SAÚDE – ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO – ABSOLVIÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE FALTA DE REPASSE PELO GESTOR PÚBLICO E SIM DE APLICAÇÃO INDEVIDA DOS VALORES PELA ASSOCIAÇÃO – ABSOLVIÇÃO DA CONDUTA TÍPICA DO ART. 1º, INC. IV, DO DECRETO-LEI 201/67 – RECURSO DESPROVIDO.**

Da análise dos autos restou incontroverso que o Município da Lapa, realizou um convênio para prestação de serviços médicos com a Associação de Proteção à Maternidade e à Infância – APMI local.

Insta salientar que o convênio com a APMI na gestão do apelado Miguel Batista (1997-2000), não se trata de uma inovação na gestão dos apelados e sim é fruto da continuidade de gestões anteriores, já vindo sendo realizado desde 1989.

41 José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo 24ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 305.

42 Tito Costa. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

43 José Nilo de Castro. A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei 201/67. 4. ed. rev, atual. e ampl, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 170.

A Constituição Federal no artigo 199, §1º, autoriza a participação da iniciativa privada na assistência à saúde mediante convênio firmando entre o poder público e a entidade sem fins lucrativos, permitindo o repasse de recursos públicos para estas. Vejamos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Embora conste da denúncia que o apelado Miguel Lourenço Horning Batista (Prefeito do Município da Lapa) tenha contratado, por meio de interposta pessoa, ou seja, do apelado Edson Luiz Pierin (Secretário Municipal de Saúde), 56 profissionais, tem-se que tal contratação foi firmada pela associação conveniente (APMI), a qual recebia os recursos públicos e efetivava o pagamento de seus salários.

**Ocorre que, em detida análise dos documentos carreados aos autos, não foi amealhado nenhum elemento probante que demonstrasse, incontestemente de dúvida, que os apelados agiram com o dolo de admitir servidores contra expressa disposição legal.**

“Com efeito, e conforme narrado na própria denúncia, dentre os cargos que foram contratados sem a realização de concurso público, constam os de médicos, dentistas e auxiliares de enfermagem, ou seja, serviços essenciais e indispensáveis à população – especialmente a mais carente de recursos –, e que portanto, exigiriam uma rápida e pronta solução da administração pública. Evidentemente, não se está defendendo que as contratações sejam realizadas sem o crivo necessário do concurso público, conforme impõe o art. 37, II da Magna Carta Pátria. Certamente, não houve o planejamento administrativo necessário para equacionar a falta destes profissionais, à medida em que a demanda da população exigisse novas contratações, o que poderia ser feito com a abertura de editais de concurso público com antecedência e planejamento esperados.

Porém, se é certo que a falta de planejamento, que estas contratações em desacordo com a Constituição Federal, poderiam até dar margem ao aforamento de ações civis públicas, para a apuração de eventual prática de atos de improbidade administrativa, a situação na esfera pena é diversa, até mesmo pela observância do Princípio da Fragmentariedade.

**Com efeito, no âmbito criminal, e especificamente, para fins de tipificar as condutas no dispositivo penal previsto no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67, entendo não ter havido a tipicidade subjetiva, ou seja, o dolo e seu especial fim de agir, voltado a menoscar a norma constitucional alhures mencionada.”** (sentença, fl. 1249v).

**Tem-se que as contratações primavam pelo interesse público, não sendo razoável esperar que fosse realizado um concurso público para que se pudesse sanar as dificuldades de pessoal que o Município apresentava.**

Ora, trata-se do cooperativismo de uma alternativa legal e principalmente social para o enfrentamento, pela Administração Pública, de sua carência quanto aos recursos humanos necessários para a efetivação dos serviços públicos.

Assim sendo, o que emerge da narrativa constante da denúncia, muito mais nos força a concluir, pela ausência do elemento subjetivo, pois o dolo, consistente na vontade livre e consciente de contratar funcionários sem concurso público em confronto com a lei ou mesmo para beneficiar terceiros, não restou comprovado.

Nessa esteira a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, ao analisar os crimes previstos no Decreto-Lei 201/67, posto que perfeitamente amoldável ao caso em julgamento: *“Todos os crimes definidos nessa lei são dolosos, pelo que só se tornam puníveis quando o prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem. O que se dispensa é a valoração do resultado, para a tipificação do delito. Mas, tratando-se de crime contra a Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal e de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir”* (MEIRELES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros).



Desta maneira, inexistem elementos probantes aptos a caracterizarem o dolo na conduta dos apelados que agiram no cumprimento do interesse público, não havendo que se falar em condenação pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-lei nº 201/67. (Tribunal de Justiça do Paraná, Segunda Câmara Criminal, APELAÇÃO CRIMINAL Nº1.237.839-3, Relator: DES. LAERTES FERREIRA GOMES)

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. ADMITIR SERVIDOR CONTRA EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL (ART. 1º, INC. XIII, DO DECRETO-LEI Nº 201/67).**

**A) RECURSO DO RÉU JOSÉ SALIM HAGGI NETO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ARGUIDA ATÍPICIDADE DA CONDUTA. ADMISSÃO DE SERVIDOR EM CARÁTER EMERGENCIAL. INEXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. ACOLHIMENTO. NECESSÁRIA ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO.**

(...)

O crime expresso no inciso XIII do art. 1º do Decreto-lei 201/67 somente é punido quando presente o dolo específico; portanto, há de ser demonstrado que o réu agiu apartado de bom intento em relação à comunidade. (Tribunal de Justiça do Paraná, Segunda Câmara Criminal, APELAÇÃO CRIME Nº 1.333.422-4, Relator: Des. JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA).

Resumindo-se, em um só lance, assevere-se, in casu, que o acusado não agiu, volitivamente, querendo nomear, admitir, ou designar servidor público, mediante a intenção de vilipendiar, desapiedadamente, o art. 37, II, da Lei Maior.

### **CONCLUSÃO**

Pelas razões predelineadas, **vota-se pela absolvição do acusado, tangencialmente ao delito, catalogado no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, concordando com o voto do Relator, alusivamente às demais matérias, trazidas à tela dos debates judiciais.**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0000235-66.2012.8.05.0022, Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Abelardo Paulo da Matta Neto, julgado em 17/08/2016**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRÁTICA DE DELITO TIPIFICADO NO ART. 306, DA LEI N. 9.503/97 – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ. REVOGAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA SOB O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA, DIANTE DA VEDAÇÃO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO ANTERIOR DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM RAZÃO DO EXAME DE ALCOOLEMIA TER SIDO REALIZADO NO POSTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, APÓS CONDUÇÃO POR PREPOSTOS DA POLÍCIA MILITAR. NÃO ACOLHIMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 709, DO STF. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.**

Alega o Recorrente, preliminarmente, a impossibilidade de rejeição da de-

núncia após o seu recebimento, diante da preclusão lógica e, no mérito, a desconstituição da sentença de primeiro grau, que, na forma do artigo 395, incisos III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia oferecida contra o Recorrido. Assevera o mesmo, destarte, que a referida peça processual descreveu os fatos de forma minuciosa, inclusive sendo instruída com elementos probatórios que atestam a materialidade delitiva, a demonstrar a justa causa para a persecução penal.

Assiste razão parcial ao Recorrente.

Inicialmente, cumpre salientar que o M.M. Juiz de Direito recebeu a denúncia no ano de 2012, decisão de fls.42, e, em audiência para proposta de suspensão condicional do processo, rejeitou-a alegando nulidade das provas até então obtidas.

I - O recorrente alega que, uma vez realizado ato processual de recebimento da denúncia, inicia-se o processo formalmente, operando-se a preclusão, de modo que não cabe ao magistrado cambiar de entendimento intempestivamente, prejudicando o andamento processual e surpreendendo as partes.

A preliminar invocada pelo *Parquet* não merece acolhida. Com efeito, é perfeitamente possível, na seara criminal, notadamente após a reforma de 2008, que o juiz, após receber a denúncia, reexamine sua decisão, retratando-se, tal como fez o digno magistrado, realizando o que a doutrina denomina de “novo juízo de admissibilidade da acusação”.

Assim, carece de sustento a preliminar levantada pelo recorrente.

II- Rejeitada a preliminar, passa-se a analisar o mérito.

Ora, conforme se extrai do artigo 41<sup>44</sup> da Lei Adjetiva Penal, a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Cumpre salientar, ainda, que a Lei n.º 11.719/08, ao reformar o procedimento comum ordinário, passou a prever hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”. No caso em descortino, por entender que a denúncia oferecida não preencheu os requisitos da ação, o juiz de primeiro grau se retratou do recebimento da denúncia, consubstanciando-se, para tal, no inciso III, do artigo em epígrafe.

**Todavia, não é o que vislumbramos *in hipotesis*.**

Com efeito, exsurge da peça acusatória que:

“no dia 17 de dezembro de 2011, por volta das 21h25, na BR 242, próximo à Sena Automóveis, o denunciado conduzia seu veículo TOYOTA HILUX, CD 4X4 SRV, prata, PLACA POLICIAL NZH 0486, em estado de embriaguez, causando acidente automobilístico ao evitar uma ultrapassagem proibida, colidindo com dois outros automóveis, sendo preso em flagrante no Hospital do Oeste, após prestar socorro às vítimas.

Conforme se logrou apurar, os policiais militares estavam em serviço quando

44 Art.41.A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

foram informados do acidente e do local em que se encontravam todos os envolvidos. Ao chegarem ao Hospital, o Denunciado bem como o proprietário do outro veículo foram conduzidos até a Delegacia. Submetido ao exame de alcoolemia, o resultado demonstrou a presença de 0,77mg/l de álcool por litro de ar expirado, valor superior aos 0,60 dg/l tolerados por lei” (SIC fls. 02/03) Neste diapasão, corolário lógico que a denúncia expôs suficientemente a conduta do Recorrido, tal como exigido pela Lei Processual Penal.

Por outro vértice, impende, agora, a análise acerca da existência, ou não, **de justa causa para a ação penal**, no caso concreto.

Nesta linha intelectual, *in casu*, é de insofismável contundência que a denúncia oferecida pelo Ministério Público, consubstanciada em inícios suficientes de autoria e de materialidade, conforme laudo de alcoolemia, acostado às fls. 17.

Por outro lado, os depoimentos prestados pelos policiais não se reportam a qualquer resistência empreendida pelo recorrido na realização do exame.

Ao rejeitar a denúncia, o M.M. Juiz afirma a ilicitude da materialidade delitiva, tendo em vista que: “ a) o exame de bafômetro não derivou do exercício de poder de polícia do trânsito, mas de força policial que não estava, no contexto, exercendo qualquer atividade atrelada ao controle da circulação de veículos automotores; b) o exame de bafômetro foi realizado à revelia da garantia constitucional de resguardo contra a autoincriminação”. (sic. fl.63) Não há indícios de que o acusado tenha sido coagido para realizá-lo ou de outros vícios de vontade, o que afasta violação ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si. A coação, em momento algum, foi suscitada pela defesa, quer a defesa técnica por escrito ou em audiência, quer pelo denunciado, em sua oitiva formal.

Ademais, o exame do bafômetro não foi o único elemento informativo produzido. A leitura daqueles depoimentos e do interrogatório do denunciado, indica a presença da justa causa para a deflagração da ação penal.

Por fim, mostra-se inidônea a fundamentação tecida pelo M.M. Juiz, ao julgar ilícito o exame realizado pela Polícia Rodoviária Federal. Isso porque toda a abordagem policial foi executada pela Polícia Militar, e apenas a realização do exame de alcoolemia teria sido feito com o equipamento de medição cedido pela Polícia Rodoviária Federal.

Ora, ao contrário do quanto alegado pelo M.M. Juiz, os policiais militares não embasaram a prisão em flagrante do denunciado Pedro Paulo de Assis em “denúncias anônimas”. Conforme consta nos depoimentos de fls. 06, 09 e 11 dos autos, o denunciado se encontrava no Hospital do Oeste, aguardando o atendimento das vítimas que acabara de socorrer, em decorrência do acidente de trânsito que provocara, momento em que realizara o teste do bafômetro e constatado ingestão de álcool muito acima do permissivo legal.

O próprio denunciado descreve situação de absoluta regularidade, admite os fatos e não aponta qualquer ato de coerção por parte dos policiais militares. A prisão em flagrante operou-se logo após o cometimento do delito, sendo o denunciado submetido voluntariamente à realização do exame de alcoolemia, conforme argumentação já exposta. Consta nos autos, ademais, o depoimento de outra testemunha envolvida no acidente de trânsito: André Luis de Novais Costa, devidamente arrolado na peça acusatória.

Ademais, exsurge do *in folio*, que a Polícia Militar teve atuação restrita a condução do recorrido para a Delegacia da PRF, local onde foi realizado pela própria PRF e com o aparelho medidor do aludido órgão o teste de alcoolemia, já que o sinistro ocorreu em uma rodovia federal, a BR 242.

*In casu*, os policiais militares não estavam realizando blitz, nem atuando como agentes fiscalizadores de trânsito, entretanto, na condição de agentes voltados à segurança pública, diante de denúncias anônimas noticiando ilícito penal, têm o dever de agir, tal como fizeram.

Por outro lado, para o recebimento da denúncia, não se exige prova cabal e plena da autoria delitiva, bastando apenas indícios. Dizendo, de outro modo, nesse estágio processual, eventual dúvida não se resolve em favor do denunciado, no que diz respeito ao crime em questão.

Com efeito, no inquérito policial, foram produzidos elementos informativos suficientes da existência do delito, conforme Laudo de Alcoolemia às fls. 17, e encontrados indícios de sua autoria, conforme interrogatório de fls. 13/14 e segundo os fundamentos externados pela autoridade policial.

Calha acentuar, ademais, quanto à autoria do crime, não se exige, para a caracterização da justa causa, neste momento, grau de certeza absoluta. De fato, basta que os elementos colhidos na fase de investigação preliminar levem a um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor do delito, o que será provado, ou não, no decorrer da instrução criminal.

Outrossim, diante de todo o exposto, resta evidenciado, indubitavelmente, que a denúncia preencheu os imperiosos requisitos da ação, descrevendo de forma lógica e coesa a conduta criminosa imputada ao Recorrido, sendo, inclusive, embasada em lastro probatório suficiente a justificar o seu recebimento.

**II. PRONUNCIAMENTO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DA INSURGÊNCIA.**

**III. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE**, determinando o envio dos autos ao Juízo de origem, com escopo de que receba a peça de ingresso oferecida em desfavor do ora Recorrido.

### ACÓRDÃO

**Vistos, relatados e discutidos estes autos da RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0000235-66.2012.8.05.0022**, acordam os Desembargadores, componentes da Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, nos termos do voto do relator.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso criminal em sentido estrito, interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, irredignado contra a decisão do MM Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal, Júri, Execuções Penais da Comarca de Barreiras, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Pedro Paulo de Assis pela prática do delito tipificado no art. 306 da Lei 9.503/97.

Nas razões da insurgência de fls. 64/71, o recorrente suscita, preliminarmente, a impossibilidade de rejeição da peça vestibular após seu regular recebimento, tendo em vista a ocorrência da preclusão lógica. No mérito, ressalta terem sido observadas as garantias constitucionais atre-

ladas à realização do teste de alcoolemia, de modo que impossível macular sua validade sob tal argumento. Alega ainda que não há um mínimo de prova quanto à coação ou qualquer outro meio intimidatório pelos agentes públicos envolvidos na investigação em comento, o que reforça a idoneidade do exame.

Por esta razão, clama pela reforma da decisão, acolhendo-se a preliminar suscitada, ou, alternativamente, pelo provimento do recurso para dar continuidade à ação penal originária, em atendimento ao princípio *in dubio pro societate*, reitor da fase processual de admissibilidade da acusação.

Nas contrarrazões de fls. 75/84, pugna o recorrido pelo improvimento do recurso, por entender acertada a decisão de primeiro grau.

Às fls. 86/87, o juiz *a quo* manteve a decisão de pronúncia.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se, às fls. 92/100, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Eis o relatório.

### VOTO

Inicialmente, verificando-se a presença dos pressupostos recursais, conhece-se do recurso.

Alega o Recorrente, preliminarmente, a impossibilidade de rejeição da denúncia após o seu recebimento, diante da preclusão lógica, e, no mérito, a desconstituição da sentença de primeiro grau que, na forma do artigo 395, incisos III, do Código de Processo Penal, rejeitou a denúncia oferecida contra o Recorrido. Assevera este, destarte, que a referida peça processual descreveu os fatos de forma minuciosa, inclusive sendo instruída com elementos probatórios que atestam a materialidade delitiva, a demonstrar a justa causa para a persecução penal.

#### **Assiste razão parcial ao Recorrente.**

Inicialmente, cumpre salientar que o M.M. Juiz de Direito recebeu a denúncia no ano de 2012, decisão de fls.42, e, em audiência para proposta de suspensão condicional do processo, rejeitou-a alegando nulidade das provas até então obtidas.

O recorrente alega que, uma vez realizado ato processual de recebimento da denúncia, inicia-se o processo formalmente, operando-se a preclusão, de modo que não cabe ao magistrado cambiar de entendimento intempestivamente, prejudicando o andamento processual e surpreendendo as partes.

A preliminar invocada pelo *Parquet* não merece acolhida. Com efeito, é perfeitamente possível, na seara criminal, notadamente após a reforma de 2008, que o juiz, após receber a denúncia, reexamine sua decisão, retratando-se, tal como fez o digno magistrado, realizando o que a doutrina denomina de “novo juízo de admissibilidade da acusação”.

Assim, carece de sustento a preliminar levantada pelo recorrente.

Rejeitada a preliminar, passa-se a analisar o mérito.

Ora, conforme se extrai do artigo 41<sup>45</sup> da Lei Adjetiva Penal, a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Neste trilhar, visando a elucidação sobre o tema, impende trazer à luz os ensinamentos de Hidejalma Muccio<sup>46</sup>:

45 Art.41.A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

46 MUCCIO, Hidejalma. Da denúncia: teoria e prática. 1.ed. Baurui: Edipro, 2001, p. 17.



“A denúncia constitui o ato processual escrito ou oral do órgão do Ministério Público que, em nome do Estado-Administração, nos crimes de ação penal pública, seja incondicionada, ou condicionada à requisição do Ministro da Justiça, ou à representação do ofendido ou de quem legalmente o represente, desde que presente a condição (representação ou requisição), invoca perante o Estado-Juiz a prestação da tutela jurisdicional, deduzindo-lhe com observância dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal e demais outros decorrentes do próprio ordenamento jurídico processual penal, a pretensão punitiva, dando início à ação (ao processo) contra o autor da infração penal, objetivando sua responsabilização e a aplicação do Direito Penal objetivo.”

Cumpre salientar, ainda, que a Lei nº 11.719/08, ao reformar o procedimento comum ordinário, passou a prever hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

No caso em descortino, por entender que a denúncia oferecida não preencheu os requisitos da ação, o juiz de primeiro grau se retratou do recebimento da denúncia, consubstanciando-se, para tal, no inciso III, do artigo em epígrafe. **Todavia, não é o que vislumbramos *in hipotesis*.**

Com efeito, exsurge da peça acusatória que:

“no dia 17 de dezembro de 2011, por volta das 21h25, na BR 242, próximo à Sena Automóveis, o denunciado conduzia seu veículo TOYOTA HILUX, CD 4X4 SRV, prata, PLACA POLICIAL NZH 0486, em estado de embriaguez, causando acidente automobilístico ao evitar uma ultrapassagem proibida, colidindo com dois outros automóveis, sendo preso em flagrante no Hospital do Oeste, após prestar socorro às vítimas.

Conforme se logrou apurar, os policiais militares estavam em serviço quando foram informados do acidente e do local em que se encontravam todos os envolvidos. Ao chegarem ao Hospital, o Denunciado bem como o proprietário do outro veículo foram conduzidos até a Delegacia. Submetido ao exame de alcoolemia, o resultado demonstrou a presença de 0,77mg/l de álcool por litro de ar expirado, valor superior aos 0,60 dg/l tolerados por lei” (SIC fls. 02/03)

Nesse diapasão, corolário lógico que a denúncia expôs suficientemente a conduta do Recorrido, tal como exigido pela Lei Processual Penal.

Sobre o tema, os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

“As exigências relativas à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias’ atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa. Conhecendo com precisão todos os limites da imputação, poderá o acusado a ela se contrapor, o mais amplamente possível, desde, então, a delimitação temática da peça acusatória, em que se irá fixar o conteúdo da ação penal. A correta delimitação temática, ou imputação do fato, presta-se, também, a viabilizar a própria aplicação da lei penal, na medida em que permite ao órgão jurisdicional dar ao fato narrado na acusação a justa e adequada correspondência normativa, isto é, valendo-se de linguagem chiovendiana, dizer a vontade concreta da lei (subsunção do fato imputado à norma penal prevista no ordenamento).” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152).

Por outro vértice, impende, agora, a análise acerca da existência, ou não, **de justa causa para a ação penal**, no caso concreto.

Neste contexto, é cediço que, no Sistema Processual Penal do Estado Democrático de Direito, “*não basta que a denúncia preencha os requisitos formais explicitados em lei para ser recebida, mas que venha respaldada em elementos de convicção trazidos na investigação criminal preliminar*

que demonstrem, de forma segura, estar-se diante de fato que em tese constitua crime e, pelo menos, de indícios de autoria”<sup>47</sup>.

No particular, com esplendorosa lucidez, Ada Pellegrini Grinover<sup>48</sup>, sobre justa causa, dilucida que:

*“Assim, antes de examinar o mérito, ou seja a res in iudicium deducta, para julgar o pedido procedente ou improcedente, o juiz deve examinar se se caracterizariam, no caso concreto, as condições da ação (...) **O julgamento a respeito das condições da ação diferencia-se do julgamento de mérito pela superficialidade da cognição, que é sumária, e pelo momento procedimental em que é realizado, normalmente, início litis (...)** Entende-se por justa causa a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado (...) A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade da existência do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação.”* (grifo nosso)

E o nunca bastante citado, Pontes de Miranda<sup>49</sup>, após conceituar justa causa como suporte fático – *Tatbestand* – para a incidência da regra jurídica de direito penal, textua: “se, porém, a desconformidade, entre o fato e a figura legal do crime, não é evidente, o feito prossegue.” É esse o caso dos autos.

Nesta linha intelectual, *in casu*, é de insofismável contundência que a denúncia oferecida pelo Ministério Público, consubstanciada em inícios suficientes de autoria e de materialidade, conforme laudo de alcoolemia, acostado às fls. 17.

Por outro lado, os depoimentos prestados pelos policiais não se reportam a qualquer resistência empreendida pelo recorrido na realização do exame.

Ao rejeitar a denúncia, o M.M. Juiz afirma a ilicitude da materialidade delitiva, tendo em vista que: “a) o exame de bafômetro não derivou do exercício de poder de polícia do trânsito, mas de força policial que não estava, no contexto, exercendo qualquer atividade atrelada ao controle da circulação de veículos automotores; b) o exame de bafômetro foi realizado à revelia da garantia constitucional de resguardo contra a autoincriminação”. (sic. fl.63)

Não há indícios de que o acusado tenha sido coagido para realizá-lo ou de outros vícios de vontade, o que afasta violação ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si. A coação, em momento algum, foi suscitada pela defesa, quer a defesa técnica por escrito ou em audiência, quer pelo denunciado, em sua oitiva formal.

Ademais, o exame do bafômetro não foi o único elemento informativo produzido. A leitura daqueles depoimentos e do interrogatório do denunciado, indicam a presença da justa causa para a deflagração da ação penal.

Por fim, mostra-se inidônea a fundamentação tecida pelo M.M. Juiz, ao julgar ilícito o exame realizado pela Polícia Rodoviária Federal. Isso porque toda a abordagem policial foi executada pela Polícia Militar, e apenas a realização do exame de alcoolemia teria sido feito com o equipamento de medição cedido pela Polícia Rodoviária Federal.

Ora, ao contrário do quanto alegado pelo M.M. Juiz, os policiais militares não embasaram a prisão em flagrante do denunciado Pedro Paulo de Assis em “denúncias anônimas”. Conforme consta nos depoimentos de fls. 06, 09 e 11 dos autos, o denunciado se encontrava no Hospital

47 (STM - RSE: 760820127100010 CE 0000076-08.2012.7.10.0010, Relator: Marcos Martins Torres, Data de Julgamento: 25/02/2013, Data de Publicação: 18/03/2013 Vol: Veículo: DJE)

48 Ada Pellegrini Grinover. *As condições da ação penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 69, novembro – dezembro, 2007, p. 181, 182, 189.

49 Pontes de Miranda. *História e Prática do Habeas Corpus*, atual. por Vilson Rodrigues Alves. Tomo II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 170.

do Oeste, aguardando o atendimento das vítimas que acabara de socorrer, em decorrência do acidente de trânsito que provocara, momento em que realizara o teste do bafômetro e constatado ingestão de álcool muito acima do permissivo legal.

O próprio denunciado descreve situação de absoluta regularidade, admite os fatos e não aponta qualquer ato de coerção por parte dos policiais militares.

A prisão em flagrante operou-se logo após o cometimento do delito, sendo o denunciado submetido voluntariamente à realização do exame de alcoolemia, conforme argumentação já exposta. Consta nos autos, ademais, o depoimento de outra testemunha envolvida no acidente de trânsito: André Luis de Novais Costa, devidamente arrolado na peça acusatória.

Ademais, exsurge do *in folio*, que a Polícia Militar teve atuação restrita à condução do recorrido para a Delegacia da PRF, local onde foi realizado pela própria PRF e com o aparelho medidor do aludido órgão o teste de alcoolemia, já que o sinistro ocorreu em uma rodovia federal, a BR 242.

Frise- que o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito não faz qualquer ressalva quanto à realização da medição do teor de álcool do motorista, seja porque tanto a PRF como a Polícia Militar são órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, nos termos do art. 7º, V e VI do aludido códex, não havendo que se cogitar em vício de competência, mas, sim, de atribuição para a prática de determinado ato.

*In casu*, os policiais militares não estavam realizando blitz, nem atuando como agentes fiscalizadores de trânsito, entretanto, na condição de agentes voltados à segurança pública, diante de denúncias anônimas noticiando ilícito penal, têm o dever de agir, tal como fizeram.

Por outro lado, para o recebimento da denúncia, não se exige prova cabal e plena da autoria delitiva, bastando apenas indícios. Dizendo, de outro modo, nesse estágio processual, eventual dúvida não se resolve em favor do denunciado, no que diz respeito ao crime em questão.

No caso em questão, o art. 306, do CTN, dispõe que:

“Art. 306 - Conduzir veículo automotor com **capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool** ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por:

**I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue** ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

**II - sinais que indiquem**, na forma disciplinada pelo Contran, **alteração da capacidade psicomotora**.

§ 2º. A **verificação** do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante **teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos**, observado o direito à contraprova.

§ 3º. O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de **alcoolemia** ou toxicológicos para **efeito de caracterização do crime tipificado** neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)” (grifou-se)

Com efeito, no inquérito policial foram produzidos elementos informativos suficientes da existência do delito, conforme Laudo de Alcoolemia às fls. 17 e encontrados indícios de sua autoria, conforme interrogatório de fls. 13/14 e segundo os fundamentos externados pela autoridade policial.

Calha acentuar, ademais, quanto à autoria do crime, não se exige, para a caracterização da justa causa, neste momento, grau de certeza absoluta. De fato, basta que os elementos colhidos na fase de investigação preliminar levem a um juízo de probabilidade de que o acusado seja o

autor do delito, o que será provado, ou não, no decorrer da instrução criminal. Lecionando sobre o tema, BADARÓ explana que:

*“Para a condenação, exige-se, além de qualquer dúvida razoável, prova da existência do crime e ter sido o acusado o seu autor ou partícipe. Ou seja: certeza. Obviamente, não teria sentido se exigir, no limiar da ação penal, o mesmo quantum probatório necessário para a sentença final. Isso não significa, porém, que o grau probatório que se exige para os dois elementos caracterizadores da justa causa – a autoria e a materialidade (ou a existência do crime) – seja o mesmo. A própria denominação utilizada, ainda que não haja uniformidade de linguagem, indica essa diferença. Quanto à autoria, normalmente, exige-se a existência de “indícios de autoria” ou “indícios suficientes de autoria”. Por outro lado, no que toca ao crime, há referências como “prova da existência do crime” ou “prova da materialidade delitiva”. Quanto à autoria delitiva não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor do delito”.*<sup>50</sup>

Seguindo o mesmo trilhar, vale invocar o julgado abaixo colacionado:

TJ-RS - Apelação Crime ACR 70037351459 RS (TJ-RS).Data de publicação: 09/12/2010.  
**Ementa:** APELAÇÃO CRIME. DELITO DE CIRCULAÇÃO (ART. 306 DO CTB). **REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.** APELO MINISTERIAL. REFORMA DO DECISUM. Havendo elementos no processo aptos a comprovar que a concentração de álcool no sangue do apelado é igual ou superior à tolerada por lei, para efeito de tipificação penal no que tange ao crime de embriaguez ao volante, não deve ser rejeitada a **denúncia**. O teste do bafômetro (ou etilômetro) é meio de prova idôneo à demonstração da materialidade do crime do **art. 306 do CTB**. Reforma da decisão que rejeitou a **denúncia**. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.

Outrossim, diante de todo o exposto, resta evidenciado, indubitavelmente, que a denúncia preencheu os imperiosos requisitos da ação, descrevendo, de forma lógica e coesa, a conduta criminosa imputada ao Recorrido, sendo, inclusive, embasada em lastro probatório suficiente a justificar o seu recebimento.

Diante do quanto predelineado, vota-se pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO do presente recurso, para receber a denúncia, nos termos da súmula nº 709, do STF, determinando o envio dos autos ao Juízo de origem, com escopo de que este último dê o regular andamento ao feito.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0006040-97.2012.8.05.0022, Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Julio Cezar Lemos Travessa, julgado em 16/08/2016**

**EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRÁTICA DE DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTS. 129, § 9º, E 147, AMBOS DO CPB, À LUZ DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INSURGÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA SOB O ARGUMENTO DE INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. RAZÕES EXTEMPO-**

<sup>50</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. As condições da ação penal. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/as-condicoes-da-acao-penal.html>

**RÂNEAS. MERA IRREGULARIDADE. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL. NO MÉRITO: DENÚNCIA QUE DESCREVE, DE FORMA CLARA E LÓGICA, O FATO CRIMINOSO IMPUTADO AO DENUNCIADO, CONTENDO OS ELEMENTOS PREVISTOS NO ART. 41 DO CPPB E AMPARADA EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATÓRIA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE QUE TEM COMO OBJETO O EXAME DO ASPECTO FORMAL DA PEÇA ACUSATÓRIA, CONSISTENTE EM AVERIGUAR SE ELA PREENCHE OS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 41 DO CPPB. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE PARA RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, EM PARTE, QUANTO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** nº **0006040-97.2012.8.05.0022**, da Comarca de **BARREIRAS**, tendo, como recorrente **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA** e, como recorrido, **WALTER FERREIRA DOS ANJOS**.

**ACORDAM, à unanimidade de votos**, os Desembargadores componentes da **Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano**, **ACOLHER** a preliminar de prescrição em relação ao crime de ameaça, na forma do art. 107, IV, do CPB, reconhecendo a extinção da punibilidade, e, no mérito, **CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL** para receber a denúncia, em parte, unicamente quanto ao suposto crime de lesão corporal catalogado no art. 129, § 9º, do CPB, à luz da Lei nº. 11.340/2006 (Maria da Penha), pelas razões expostas:

### **RELATÓRIO**

Narra a peça acusatória que, no dia 29/12/2011, por volta das 22:00 h, na residência do casal, à Rua F, 79 (casa), no bairro Boa Sorte, na cidade de Barreiras, o recorrido ofendeu a integridade física da vítima, Kaklene Murad Xavier, sua companheira, ameaçando-a de morte, com emprego de arma branca, quando estava embriagado, passando a lhe desferir socos na cabeça e no rosto, cujas agressões somente cessaram quando o filho menor de 04 (quatro) anos adentrou no local.

Sustenta, em síntese, a peça acusatória que o denunciado praticou os crimes de ameaça e lesões corporais tipificados nos arts. 129, § 9º, e 147, ambos do CPB, à luz da Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

O Magistrado “a quo” rejeitou a peça acusatória, na forma do art. 395, I, do CPPB, em razão de sua inépcia (fl. 30/321).

O Ministério Público interpôs o presente recurso, protestando, caso não fosse realizado o juízo de retratação pelo Juízo “a quo”, pelo conhecimento e provimento para recebimento da denúncia.

À fl. 34, o recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Regularmente intimado, o recorrido ofereceu suas contrarrazões (fls. 47/52).

Às fls. 54/61, manteve o Juízo “a quo” o **decisum** de fls. 30/31 (juízo de retratação).



Distribuídos os autos, conforme termo de fl. 62, na data de 07/07/2016, foram remetidos a este Relator.

Na forma regimental, os autos foram remetidos à Procuradoria de Justiça, para oferecimento do seu opinativo.

A Procuradoria de Justiça, às fls. 65/71, opina pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Retornando os presentes em 28/07/2016, consoante se infere da certidão de fl. 71/v), os autos vieram conclusos, após análise e **em condições de julgar**, determinou-se a inclusão do processo na pauta de julgamento desta **Turma Criminal**.

**É o relatório, passa-se ao voto.**

## VOTO

### DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO:

Não assiste razão ao recorrido, tendo em vista que o recurso foi interposto no prazo legal, conforme certidão de fl. 33, de modo que a apresentação de suas razões se dera de forma extemporânea, constituindo-se mera irregularidade, não obstante, portanto, o conhecimento e processamento do presente recurso. Senão veja-se a jurisprudência pátria:

TJ-MG - Rec em Sentido Estrito 10251110010005001 MG (TJ-MG). Data de publicação: 29/01/2013. Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO - ARTIGO 121, § 2º, INCISO I, DO CPB - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - PRELIMINAR MINISTERIAL DE INTEMPESTIVIDADE NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS DEFENSIVAS - MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DO RECURSO. TESE DEFENSIVA: ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELA PRESENÇA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE CONSISTENTE NA LEGÍTIMA DEFESA - A TESE DEFENSIVA NÃO PODE SER ACOLHIDA - EXCLUDENTE DE ILICITUDE NÃO DEMONSTRADA INDUBITAVELMENTE - EXAME APROFUNDADO DO MÉRITO À CARGO DO JÚRI - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A inobservância do prazo de 02 dias para apresentação das razões recursais consignado no artigo 588 do Código de Processo Penal revela mera irregularidade, sem, contudo, resultar no reconhecimento da intempestividade do próprio recurso, já que no presente caso fora respeitado o quinquídio legal do artigo 586 do CPP na sua interposição. 2. A sentença de pronúncia deve ater-se à análise da presença de materialidade do fato e existência de indícios suficientes de autoria, vislumbrados estes, impõe-se a sua manutenção nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal, a fim de que delegue ao Tribunal do Júri a análise dos crimes dolosos contra a vida. 3. Não comprovada, indubitavelmente, a presença da excludente de ilicitude consubstanciada na legítima defesa, não se mostra cabível a absolvição sumária dos recorrentes na atual fase processual, devendo ficar a cargo do Tribunal do Júri elucidar eventuais dúvidas a esse respeito.

TJ-PA - Recurso em Sentido Estrito RSE 00005389320068140008 BELÉM (TJ-PA). Data de publicação: 27/09/2012. Ementa: a0 EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CRIME DE ROUBO DENÚNCIA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RAZÕES OFERECIDAS FORA DO PRAZO LEGAL FATO QUE NÃO REPRESENTA ÓBICE AO CONHECIMENTO DO RECURSO PRELIMINAR REJEITADA NULIDADE POR INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NOS INCs. I E II DO ART. 381 DO CPP DESCABIMENTO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR INÉPCIA EXORDIAL QUE NARRA O FATO DE FORMA CORRETA AUSÊNCIA

DA QUALIFICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A ADMISSIBILIDADE DA VESTIBULAR RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Preliminar de intempestividade. A apresentação extemporânea das razões do recurso em sentido estrito não implica em sua intempestividade. Preliminar rejeitada. 2. Nulidade da decisão por infringência ao disposto nos incisos I e II do art. 381 do CPP. Inexistindo prejuízo para as partes, não se configura a nulidade da decisão guerreada quando não constar desta o nome das partes e a síntese das alegações da acusação e da defesa. 3. Inépcia da denúncia. A denúncia que especifica as circunstâncias e o local onde o delito ocorreu não pode ser considerada inepta, pois não representa óbice ao exercício do direito de ampla defesa. 4. Ausência da qualificação das testemunhas. Se as testemunhas arroladas na denúncia foram intimadas, a circunstância de não constar as suas qualificações não constitui motivo para o seu não recebimento. 5. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime.

TJ-MG - Rec em Sentido Estrito 10476130005103001 MG (TJ-MG). Data de publicação: 13/01/2014. Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - PRELIMINAR DEFENSIVA - INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS - REJEIÇÃO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - INADMISSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. - 1. Em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, a apresentação de razões recursais extemporâneas constitui mera irregularidade, que não tem o condão de macular todo o processo ou de impedir o conhecimento do recurso interposto no prazo legal. 2. Em que pese a ausência de autorização legislativa para a concessão de subvenção pelo Prefeito ao Sindicato Rural, sendo o ato posteriormente convalidado e legalizado pelo Poder Legislativo, através de Lei Municipal, ausente, ainda, má fé do denunciado, imperiosa a manutenção da decisão que rejeitou a denúncia.

Assim sendo, **INDEFERE-SE** a preliminar arguida de **NÃO CONHECIMENTO** do recurso interposto.

#### **DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL:**

Razão assiste, em parte, ao Recorrido no que tange à prescrição, unicamente quanto ao crime de ameaça (art. 147 do CPB), tendo em vista que, conforme se vê dos autos, o fato ocorreu em **29/12/2011**, notadamente porque a pena máxima em abstrato para o referido delito é de 06 (seis) meses, estando sujeito a prazo prescricional de 03 (três) anos.

“Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

Sem qualquer estreme de dúvidas, **a pretensão punitiva estatal findou-se em 28/12/2014**, à luz do art. 109, VI, do CPB, não havendo qualquer interesse de agir para persecução penal.

Por outro lado, afigura-se como absolutamente descabida a arguição de prescrição quanto ao crime de lesão corporal (art. 129, § 9º, do CPB), já que a pena máxima em abstrato para o referido delito é de 03 (três) anos, estando sujeito a prazo prescricional de 08 (oito) anos, na forma do art. 109, IV, do CPB, cujo lapso temporal ainda não restou ultrapassado.

Ante as razões acima alinhadas, com âncora no art. 107, IV, do CPB, **ACOLHE-SE** a preliminar arguida e, por conseguinte, **DECLARA-SE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO UNICAMENTE QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA** (art. 147 do CPB). Por conseguinte, **INDEFERE-SE** a preliminar quanto ao crime de lesão corporal, tendo em vista que não ultrapassado o prazo para extinção da punibilidade estatal.

#### **NO MÉRITO:**

O Ministério Público defende a reforma da decisão de fls. 30/31, sob fundamento de que os elementos informativos colhidos na fase investigatória comprovam a materialidade e indícios da autoria delitiva, conforme exigência do art. 41 do CPPB.

Dentro deste contexto, vários são os conceitos utilizados atualmente para a descrição da denúncia, variando-se de acordo com a preferência de cada autor. Fernando da Costa Tourinho Filho a define como:

*[...] o ato processual por meio do qual o Representante do Ministério Público leva ao conhecimento do Juiz, respaldado em provas colhidas no inquérito ou em outras peças de informação, a notícia de uma infração penal, diz quem a cometeu e pede seja instaurado o respectivo processo em relação a ele.*

Assim, a denúncia é o ato processual por meio do qual o Estado-Administração, pelo seu órgão com atribuições, que é o Ministério Público, dirige-se ao Juiz, dando-lhe conhecimento de um fato que reveste os caracteres de infração penal e manifestando a vontade de ver aplicada a ***sanctio juris*** ao culpado.

Comungando do mesmo entendimento, porém de forma um pouco mais abrangente, Hildejalma Muccio formulou o seguinte conceito de denúncia:

*“A denúncia constitui o ato processual escrito ou oral do órgão do Ministério Público que, em nome do Estado-Administração, nos crimes de ação penal pública, seja incondicionada, ou condicionada à requisição do Ministro da Justiça, ou à representação do ofendido ou de quem legalmente o representante, desde que presente a condição (representação ou requisição), invoca perante o Estado-Juiz a prestação da tutela jurisdicional, deduzindo-lhe com observância dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal e demais outros decorrentes do próprio ordenamento jurídico processual penal, a pretensão punitiva, dando início à ação (ao processo) contra o autor da infração penal, objetivando sua responsabilização e a aplicação do Direito Penal objetivo.”*

Deocleciano Torrieri Guimarães conceitua a denúncia como sendo o “*ato de imputar a alguém a prática de uma infração penal*”.

Para o saudoso doutrinador Julio Fabbrini Mirabete:

*“A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva.”*

O Código de Processo Penal, em seu artigo 41, expõe os requisitos indispensáveis para a elaboração da peça acusatória. De acordo com o mencionado artigo, a peça inaugural da ação penal deve conter **a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.**

Salienta-se, contudo, que as condições da ação, os pressupostos processuais e os requisitos da denúncia devem coexistir para a instauração da ação penal, visto que o art. 395 do Código de Processo Penal impõe ao Magistrado, quando analisar a denúncia recém vinda do Ministério Público, verificar todos estes itens:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

No caso concreto, a peça acusatória traz a narrativa necessária para descrever a sequência da ação delitiva, bem como perspectivas de tempo e lugar capazes de demonstrar o comportamento do denunciado no fato criminoso narrado na exordial, estando lastreada nos elementos informativos colhidos no inquérito policial.

Com efeito, os elementos coligidos aos autos demonstram os indícios de autoria e prova da materialidade, situação esta impositiva à deflagração da ação penal, sobretudo porque consta também dos autos Guia para Exame Médico Legal e laudo médico respectivo às fls. 05/07. Vejam-se trechos das declarações da vítima na fase inquisitória:

“(...)

Que a declarante convive maritalmente com WALTER FERREIRA DOS ANJOS, com quem tem dois filhos; Que a relação do casal sempre foi tranquila, porém no dia 29/12/2011, por volta das 22h, **o WALTER chegou em casa e sem nenhuma razão passou a agredir a declarante com socos na cabeça da declarante que atingiram o rosto, que após ter praticado as agressões o WALTER foi até a cozinha pegou uma faca e passou a proferir ameaças a declarante dizendo “SE VOCÊ ME DEIXAR, TE MATO”, que diante das ameaças e da confusão, um filho do casal de apenas 04 (quatro) anos começou a chorar e pediu ao WALTER para parar de agredir a declarante, que nesse momento o WALTER parou de ameaçar a declarante;** Que no dia 02/01/2012, a declarante compareceu nesta DEAM para prestar queixa, onde foi encaminhada para realização de exames de lesões corporais; Que a declarante passou uns dois meses separada de WALTER...” (grifou-se)

O termo de declaração de fl. 11 e os depoimentos de fls. 12/13, bem assim os demais documentos encartados com as peças do inquérito, convergem no sentido de amparar a peça acusatória, sendo imperioso transcreverem-se os seguintes trechos:

**NEUZA XAVIER DE SOUZA:** “(...) Que a declarante é mãe de RAKLENE MURAD XAVIER, que a filha convive com WALTER FERREIRA DOS ANJOS por mais de seis anos e tiveram dois filhos em comum, que nunca presenciou a filha ser agredida fisicamente pelo companheiro, no entanto **sabe que a mesma já foi agredida fisicamente e ameaçada de morte pelo companheiro que é usuário de bebidas alcoólicas, que no dia referido a declarante não estava em casa e no dia seguinte tomou conhecimento que a filha tinha sido agredida fisicamente pelo companheiro, que a declarante foi até a casa da filha onde constatou a veracidade da informação, vendo que a filha estava com hematomas no olho, nos braços e nas costelas, que imediatamente conduziu a filha para a delegacia onde fez o registro, no entanto a filha resiste em confirmar agressões passadas, que a declarante já encontrou a filha trancada na casa.**” (grifou-se)

**MARIA DA CONCEIÇÃO PEREIRA DE CARVALHO:** “(...) que no dia referido por volta das 22:00 horas a depoente estava em casa dormindo quando WALTER chegou em casa e logo **a depoente ouviu o choro de RAKLENE e a mesma dizia “PARA, PARA”** que a depoente não chegou a ouvir a voz de WALTER e a depoente não saiu para ver o que estava acontecendo, no entanto **ouviu vozes dos vizinhos o que deve ter motivado WALTER parar de bater em RAKLENE e só no dia seguinte na parte da tarde a depoente viu RAKLENE com um hematoma no olho, porém a mesma não relatou nada para a depoente, que mesmo depois das agressões WALTER continuou na casa com RAKLENE até o dia em que o casal se mudou do imóvel da depoente...**” (grifou-se)

No seu interrogatório de fl. 14, o denunciado diz que:

“... o interrogado **chegou em casa sob efeito bebida alcoólica** quando a companheira começou uma discussão e **ocorreu agressões físicas mútuas**, que no dia seguinte a mãe de RAKLENE foi até a casa do interrogado e convenceu a mesma a vir denunciá-lo...” (grifou-se)

Insta ressaltar que a peça inicial atende aos requisitos indispensáveis previstos no art. 41 do CPPB, haja vista os fatos estarem narrados de forma clara e, objetivamente, apontarem a conduta em desconformidade com a lei, que pretensamente teria sido praticada pelo denunciado, permitindo a adequação típica e, em consequência, o pleno conhecimento da acusação, de modo a propiciar ao increpado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Vejam-se precedentes dos tribunais pátrios:

STF - HABEAS CORPUS HC 97259 MG (STF). Data de publicação: 25/02/2010. Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. NULIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. INADMISSIBILIDADE. CRIME SOCIETÁRIO. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I - Não se considera inepta a denúncia que descreve os fatos típicos imputados ao denunciado, com indícios de materialidade e autoria, além de evidenciar seu vínculo com a ação da sociedade comercial envolvida. Precedentes. II - O exame da conduta do acusado deve ser realizado, no curso da ação penal, pelo juiz natural da causa. III - Ordem denegada.

STJ - HABEAS CORPUS HC 101036 RS 2008/0044350-5 (STJ). Data de publicação: 03/08/2009. Ementa: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DOS ACUSADOS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP PREENCHIDOS. ESTABELECIMENTO DE LIAME ENTRE A ATUAÇÃO DO PACIENTE E O CRIME EM TESE COMETIDO. POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. CONTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. 1. A denúncia, nos crimes de autoria coletiva, embora não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever, minuciosamente, as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir do réu e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal (Precedentes). 2. Ordem denegada.

TJ-PI - Ação Penal AP 201000010068591 PI (TJ-PI). Data de publicação: 09/11/2011. Ementa: AÇÃO PENAL. REJEITADA A PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DOS ACUSADOS. PEÇA ACUSATÓRIA QUE PERMITE O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MÉRITO. MATERIALIDADE DOS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. Rejeitada a preliminar de inépcia da denúncia. A imputação de condutas semelhantes aos denunciados não torna a acusação genérica. A exordial acusatória descreve o liame entre a conduta dos acusados e o fato criminoso, motivo pelo qual não prospera o argumento de ausência de individualização da conduta, sobretudo porque a descrição dos fatos, na denúncia em comento, propicia o exercício do contraditório e da ampla defesa. 2. Mérito. Havendo indícios de materialidade e autoria da conduta criminosa imputada aos acusados JOEDISON ALVES RODRIGUES e JURACI ALVES GUIMARAES RODRIGUES pelo delito previsto no artigo 1º, XIV, do Decreto Lei nº 201 /67, merece ser recebida a denúncia, a fim de se proceder à instrução processual. 3. Recebimento da denúncia.



TRF-1 - HABEAS CORPUS HC 8521 BA 0008521-80.2011.4.01.0000 (TRF-1). Data de publicação: 31/03/2011. Ementa: HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME SOCIETÁRIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. INADMISSIBILIDADE. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS POSSIBILITADORES DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. 1. Não se pode presumir a responsabilidade criminal daquele que se acha no contrato social como sócio-gerente, devido apenas a essa condição. Não se exige, no entanto, a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, exige-se, apenas, que a denúncia narre as condutas delituosas de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. 2. Conduta do paciente suficientemente individualizada, permitindo concluir-se pelo juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. Os elementos estruturais do delito - *essentia delicti* - foram descritos, os indícios da autoria estão delineados, não havendo fundamentação em meras suspeitas. 3. O exame da conduta do acusado deve ser realizado, no curso da ação penal, pelo juiz natural da causa.

Nessa esteira, o recebimento da denúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, e, uma vez preenchidos os requisitos do art. 41 do CPPB, afinal, necessário se faz o acolhimento da exordial, considerando que a apreciação do mérito deve ocorrer apenas ao final da demanda, oportunidade em que se pode aferir a suficiência ou não das provas carreadas no curso do processo penal.

Ou seja, para o recebimento da denúncia, não se exige prova cabal e plena da autoria delitiva, bastando apenas indícios de autoria e prova da materialidade. Dizendo de outro modo, nesse estágio processual, eventual dúvida não se resolve em favor do denunciado no que diz respeito ao crime em questão.

Dessarte, a peça acusatória se baseou nas investigações envidadas no bojo do inquérito policial, havendo indícios suficientes de ser o recorrido o suposto autor do fato e a prova da lesão, por meio das declarações e depoimento perante a autoridade policial (fls. 12/14) e o Laudo de Exame de Lesões Corporais (fls. 06/07).

“*In casu*”, a peça acusatória descreve o fato atribuído ao increpado de forma precisa, tendo em vista a descrição satisfatória dos fatos, não se vislumbrando, pois, a hipótese de inépcia, nem tampouco ausência de justa causa, à luz do incisos I e III, do art. 395, do CPPB.

Consequentemente, aplica-se a **Súmula n. 709**, do Pretório Excelso, tendo em vista que **“SALVO QUANDO NULA A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU, O ACÓRDÃO QUE PROVÊ O RECURSO CONTRA A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA VALE, DESDE LOGO, PELO RECEBIMENTO DELA”**.

A jurisprudência é remansosa e pacífica nos tribunais pátrios: Veja-se:

TRF-2 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 201150010122119 RJ (TRF-2). Data de publicação: 21/11/2014. Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA COMO CRIME DE CONTRABANDO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SÚMULA 709 DO STF. 1 - A sibutramina, substância encontrada nos medicamentos apreendidos em poder da recorrida, deixou, desde maio de 2013, de integrar o quadro das substâncias de importação proibida, prevista na portaria SVS/MS nº 344/98. Contudo, a alteração na referida portaria não autorizou, indiscriminadamente, a comercialização de medicamentos contendo a sibutramina. Esta substância, dentre outras, nos termos desta mesma portaria, enquadra-se na categoria C1 e está sujeita a controle especial da Secretaria de Vigilância do Ministério da Saúde. Trata-se de fármaco de circulação restrita no Brasil, que só poderá ser importado mediante o preenchimento dos requisitos necessários. A compra de tais produtos, sem que as regras instituídas pela ANVISA sejam respeitadas, configura o crime de contrabando, uma vez que há importação de mercadoria

proibida. Enquadramento da conduta ao crime de contrabando. 2 - O bem jurídico violado no crime de contrabando não diz respeito apenas ao tributo sonegado, mas também visa reprimir a entrada de produtos proibidos, no caso, medicamentos contendo substância de uso restrito sem o preenchimento dos requisitos para importação, uma vez que a saúde pública em geral é posta em risco. 3 - Inviável a aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando e, consequentemente, a manutenção de rejeição de denúncia pela atipicidade material. Precedente do STJ. 4 - Recurso em sentido estrito provido. Denúncia recebida. Súmula 709 do STF.

TRF-3 - HABEAS CORPUS 25638 HC 95120 SP 2006.03.00.095120-1 (TRF-3). Data de publicação: 21/11/2006. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE RECONHECE A INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO E INDEFERE LIMINARMENTE O WRIT. 1 - Habeas corpus impetrado contra decisão que recebeu a denúncia contra o paciente, em que se lhe imputa a prática do crime definido no artigo 1º, incisos II, III e IV, da Lei 8.137 /90. 2 - O ato apontado como coator (recebimento da denúncia) derivou de cumprimento do julgamento proferido pela Egrégia 1ª Turma desta Corte, que deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal para afastar o advento prescricional e determinar o prosseguimento da ação penal em relação ao paciente. 3 - Havendo sobreposição do acórdão sobre a decisão de Primeiro Grau, prevalece o aresto que ordenou o recebimento da peça acusatória e, por via reflexa, qualquer insurgência contra aquele deve se dar no âmbito do Tribunal de hierarquia jurisdicional superior. 4 - Não restava ao Juízo impetrado outra alternativa senão o recebimento da denúncia, face à determinação de prosseguimento da ação penal, devendo ser reconhecido este Tribunal como autoridade coatora e, em consequência, a competência do Superior Tribunal de Justiça para apreciar o writ. 5 - Improcedência da arguição de prescrição, pois não obstante o acórdão não tenha sido expresso, teve efeito de recebimento de denúncia. Aplicação da Súmula 709/STF. 6 - Agravo regimental improvido.

Ante o quanto exposto, vota-se no sentido de **ACOLHER** a preliminar de prescrição em relação ao crime de ameaça, na forma do art. 107, IV, do CPB, reconhecendo a extinção da punibilidade, e, no mérito, **CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MINISTERIAL** para receber a denúncia, em parte, unicamente quanto ao suposto crime de lesão corporal catalogado no art. 129, § 9º, do CPB, à luz da Lei nº. 11.340/2006 (Maria da Penha).

\*\*\*\*\*

**TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0346798-40.2014.8.05.0001, Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 18/08/2016**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES MILITARES. HOMICÍDIO CULPOSO, POR TRÊS VEZES, E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. DENÚNCIA REJEITADA. RECURSO MINISTERIAL QUE PEDE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, PELO PROVIMENTO RECURSAL. VÍTIMAS QUE, DURANTE EXAME, CONSTITUÍDO DE CORRIDA DE 10 (DEZ) QUILOMETROS, PARA O CURSO DE OPERAÇÕES ESPECIAIS DA POLÍCIA MILITAR, E, POR AUSÊNCIA DE ATENDIMENTO MÉDICO IMEDIATO, TRÊS DELAS FALECERAM E UMA SOFREU LESÕES CORPORAIS GRAVES. DIAGNÓSTICO DE “RABDOMIÓLISE” E “HEATSTROKE” POR ESFORÇO INTENSO (LESÕES CORPORAIS GRAVES E IRREVERSÍVEIS OCASIONADAS

POR NECROSE DE TECIDOS MUSCULARES). FALTA DE ATENDIMENTO MÉDICO ESPECIALIZADO IMEDIATO NO LOCAL DO EXAME. PROVIDÊNCIA QUE, EM TESE, CONFORME LAUDOS PERICIAIS, PODERIA TER EVITADO OS RESULTADOS DELITUOSOS. DENUNCIADOS QUE, NA QUALIDADE DE DIRETORES DO DEPARTAMENTO DE ENSINO DA PMBA, EMBORA CIENTIFICADOS, POR OFÍCIO DO BATALHÃO DE CHOQUE, COM MAIS DE 01 (UM) ANO DE ANTECEDÊNCIA, NÃO DESIGNARAM MÉDICO PARA ACOMPANHAR O CITADO EXAME FÍSICO E TAMPOUCO INTERROMPERAM SUA REALIZAÇÃO. PEÇA ACUSATÓRIA QUE ATENDE AO ART. 30 C/C ART. 77, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. RECURSO PROVIDO, PARA RECEBIMENTO INTEGRAL DA DENÚNCIA. DECISÃO UNÂNIME.

*Recurso em Sentido Estrito. Crimes militares. Homicídio culposo, por três vezes, e lesões corporais culposas, em concurso de crimes. Arts. 206, § 2º (homicídio culposo) e 210 (lesão corporal culposa) c/c art. 79 (concurso de crimes), todos do Código Penal Militar. Denúncia rejeitada, por inépcia e ausência de justa causa. Recurso Ministerial, que pede recebimento da denúncia.*

*Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo provimento recursal.*

*Peça acusatória inicial que evidencia, em tese, todos os elementos dos delitos em questão, de modalidade culposa, a saber, inobservância do cuidado objetivo devido, produção de um resultado e nexos causal, previsibilidade objetiva do resultado, conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado, mediante as seguintes imputações, em resumo:*

*Que o primeiro denunciado, Coronel PM Mozart Santos Lima, na qualidade de “Diretor do Departamento de Ensino”, deveria ter-se certificado da presença de médico no local do exame, bem como interrompido a realização deste, uma vez constatada a ausência do referido profissional; em relação ao segundo denunciado, Coronel PM Nelson Ribeiro Neto, a peça acusatória inicial também descreve omissão, na qualidade de “Diretor do Departamento de Saúde”, em resumo, na não designação de profissional médico para acompanhar o exame físico questionado - inobservância do cuidado devido;*

*Que as ações delituosas atribuídas aos denunciados foram a causa eficiente das mortes de três das vítimas e das lesões corporais ocasionadas no quarto ofendido, notadamente pela demora no atendimento de socorro, que não pôde ser realizado no local do exame por ausência de médico designado pelos denunciados - nexos de causalidade entre as condutas dos denunciados e os resultados delituosos;*

*Que os denunciados foram devidamente cientificados, com antecedência superior a 01 (um) ano, para acompanhamento médico especializado do exame em questão, diante da “grande possibilidade” de ocorrência de “rabdomiólise” - previsibilidade objetiva e subjetiva dos resultados delituosos;*

*Que “Tais omissões dos dois acusados deram causa ao resultado delitivo, pois a demora na prestação do socorro inexoravelmente produziu os resultados morte e lesão corporal” - conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Provas que acompanham a denúncia, especialmente laudos de exame cadavéricos, subscritos por Perito Médico-legal, e depoimento prestado pelo Médico que atendeu as vítimas no dia dos fatos, demonstrativos de que o pronto atendimento*

*traria grande probabilidade de sobrevivência das vítimas, com pouco ou nenhum efeito residual.*

*Decisão recorrida, afirmativa da inépcia e ausência de justa causa da denúncia, em frontal contraste com o teor da citada peça acusatória e as provas que a acompanham, já examinadas e que integram o Inquérito Policial Militar.*

*Ausência de eficácia probante para desconstituir o acervo probatório que instrui a denúncia, do parecer subscrito por “Oficial do Quadro de Saúde PMBA”, conclusivo no sentido de que “Não existem provas suficientes nos autos para se concluir que as mortes ocorridas tenham sido devido a falta de suporte avançado ou inoperância dos seus atores”, ressaltando-se que os laudos de exame cadavéricos citados, indicativos do nexo de causalidade entre as condutas dos denunciados e os eventos delituosos, foram realizados em 18.12.2013 (dois dias apenas da ocorrência dos delitos) e 05.02.2014, ao passo que o “parecer” em que se baseou a decisão recorrida para rejeitar a denúncia foi elaborado quando já transcorridos 08 (oito) meses e 06 (seis) dias dos citados eventos, em 21.08.2014.*

*Peça acusatória que atende ao art. 30 c/c art. 77, ambos do Código de Processo Penal Militar:*

*“Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria.”*

*“Art. 77. A denúncia conterá: a) a designação do juiz a que se dirigir; b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado; c) o tempo e o lugar do crime; d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível; e) a exposição do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias; f) as razões de convicção ou presunção da delinquência; g) a classificação do crime; h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação.” (grifo ausente no original).*

*Importa destacar que se trata, neste momento processual, apenas, da análise sobre a admissibilidade da peça acusatória inicial, sem qualquer juízo definitivo sobre a eventual culpabilidade dos denunciados, que deve ser objeto de regular apuração no curso da instrução probatória, em contraditório judicial, e com total amplitude de defesa.*

*Do exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial, para receber a denúncia na sua integralidade, por decisão unânime.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0346798-40.2014.8.05.0001, da Comarca de Salvador, em que figura, como apelante, o Ministério Público do Estado da Bahia e, como apelados, Nelson Ribeiro Neto e Mozart Santos Lima.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma, da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para recebimento integral da denúncia, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.



**RELATÓRIO**

O Ministério Público do Estado da Bahia, na Comarca de Salvador, ofereceu denúncia contra Mozart Santos Lima e Nelson Ribeiro Neto, Coronéis da Polícia Militar do Estado da Bahia, então lotados no Departamento de Ensino, como incurso nos arts. 206, § 2º (homicídio culposo) e 210 (lesão corporal culposa) c/c art. 79 (concurso de crimes), todos do Código Penal Militar, mediante a seguinte imputação, em resumo:

Que, no dia 16.12.2013, os recorridos, na qualidade de responsáveis pela Coordenação do “Curso de Operações Especiais da PMBA (COPES)”, deram causa, mediante condutas negligentes, às mortes do Tenente PM Joserrise Mesquita de Barros e dos Soldados PM Manoel dos Reis Freitas Júnior e Luciano Fiúza de Santana, tendo ainda causado lesões corporais no Soldado PM Paulo David Capinan da Silva Pedro, os quais participavam da seleção para o mencionado curso;

Que, na segunda etapa da seleção, correspondente a corrida de dez quilômetros no período de uma hora, com traje consistente na calça do uniforme operacional, coturno, sem camisa, os candidatos/vítimas não conseguiram completar o percurso, necessitando de cuidados médicos, sendo conduzidos ao Hospital Menandro de Farias;

Que, em virtude do ocorrido, o Soldado PM Manoel dos Reis Freitas Júnior faleceu no mencionado estabelecimento médico, o Soldado PM Luciano Fiúza e o Tenente PM Joserrise Mesquita de Barros foram transferidos, respectivamente, para o Hospital do Aeroporto e Hospital São Rafael, onde também vieram a falecer, constando, ainda, que o Soldado PM Paulo Davi Capinan da Silva Pedro sobreviveu;

Que todos os Policiais Militares mortos tinham apresentado “quadro indicativo das síndromes conhecidas como *RABDOMIÓLISE E EXERTIONAL HEATSTROKE (EHS)*”, e bem assim que “nesses quadros patológicos, o primeiro atendimento médico deve ser feito ainda no local, já que ocorre a necrose de tecido muscular com a liberação de partículas na corrente sanguínea, o que causa lesões corporais graves e irreversíveis, podendo causar a evolução para o resultado morte”, razão por que os candidatos/vítimas “deveriam ter sido atendidos por um médico ainda no local do sinistro”;

Que o Tenente Coronel PM Paulo José Reis de Azevedo Coutinho, “Comandante do BP-CHQ”, oficiou ao Departamento de Ensino, em 31.07.2012, “alertando sobre a grande possibilidade de ocorrência de *rabdomiólise* em certames desse naipe, e sugeriu o desenvolvimento de um plano de condicionamento e treinamento dos voluntários ao procedimento seletivo do COPES, anexando nessa ocasião a Portaria de prevenção à *rabdomiólise* do Exército Brasileiro”;

Que, conforme o correspondente edital, o processo seletivo em questão foi coordenado pela “Coordenação de Planejamento e Controle Pedagógico (PCPC) do Departamento de Ensino”, constando que o Coronel PM Mozart Santos Lima, a quem competia “supervisionar a atuação da Coordenação Pedagógica do Departamento por ele comandado, verificando se o THE poderia ser realizado”, e portanto “impedir a realização da prova até que no local comparecesse um médico”, e que o Coronel PM Nelson Ribeiro Neto negligenciou seus deveres por não ter designado “profissional médico para acompanhar a corrida”.

A denúncia de fls. 02 a 06 foi oferecida com base no Inquérito Policial Militar de fls. 07 a 3.725.

O MM Juiz de Direito Auditor, Dr. Paulo Roberto Santos de Oliveira, em decisão disponibilizada no DJE de 19.12.2014 (fl. 3.764), entendendo a ausência de justa causa, rejeitou a peça acusatória inicial, na forma dos arts. 77 e 79 c/c art. 467, alíneas a e g, todos do Código de Processo Penal, determinando o arquivamento dos autos do mencionado Inquérito Policial Militar (fls. 3.740 a 3.762).



O Ministério Público firmou ciência da referida decisão em 17.12.2014 (fl. 3.763), tendo interposto recurso em sentido estrito com fundamento no art. 516, alínea d, do Código de Processo Penal Militar, na data de 07.01.2015 (fl. 3.771), constando, nas respectivas razões, pedido de reforma da decisão questionada, objetivando a submissão dos recorridos ao pertinente processo penal militar (fls. 3.773 a 3.785).

A nobre Defensoria Pública do Estado da Bahia apresentou contrarrazões recursais em favor do recorrido Nelson Ribeiro Neto, postulando o não provimento da irresignação Ministerial (fls. 3.787 a 3.800).

O recorrido Mozart Santos Lima apresentou contrarrazões por intermédio de Advogado constituído, Dr. Allan Abbenhusen de Santana (OAB/BA nº 19.631), também requerendo o provimento do recurso Ministerial (fls. 3.802 a 3.811).

Foi prolatada decisão, mantendo aquela objeto do presente recurso (fls. 3.814 a 3.824).

O feito foi distribuído para relatoria desta Magistrada (fl. 3.835).

Certificou-se que o recorrido Nelson Ribeiro Neto, embora pessoalmente intimado para constituir defensor, objetivando a apresentação de contrarrazões recursais, mantendo-se inerte (fls. 3.849 a 3.853 e 3.854), tendo-se aproveitado, em razão disso, as contrarrazões já apresentadas pela Defensoria Pública às fls. 3.787 a 3.800, na forma do art. 499 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual *“Nenhum ato judicial será considerado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa”* (fls. 3.855 e verso).

A ilustre Procuradora de Justiça, Dr<sup>a</sup> Elza Maria de Souza, apresentou parecer no sentido do provimento do presente recurso em sentido estrito (fls. 3.857 a 3.862).

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso tempestivo, encontrando-se presentes os demais pressupostos e fundamentos para seu julgamento de mérito, que deve ser pelo provimento, conforme as seguintes razões:

A denúncia encontra-se perfeitamente adequada às exigências do art. 30 c/c art. 77 (notadamente sua alínea e), ambos do Código de Processo Penal Militar, de seguinte teor:

*“Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitui crime; b) indícios de autoria.”*

*“Art. 77. A denúncia conterá: a) a designação do juiz a que se dirigir; b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado; c) o tempo e o lugar do crime; d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível; e) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; f) as razões de convicção ou presunção da delinquência; g) a classificação do crime; h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação.”* (grifo ausente no original).

Importa reproduzir a lição da doutrina a respeito dos requisitos do tipo penal de injusto dos delitos culposos, como demonstra, inicialmente, o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt:

*“O tipo de injusto culposo apresenta os seguintes elementos constitutivos: inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado.”* (Manual de Direito Penal. 6ª ed., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222).

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini esclarecem:

*“Segue-se a doutrina, segundo a qual o crime culposo é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado. São, portanto, seus elementos: a ‘conduta’ (ação ou omissão voluntária), a ‘inobservância do dever de cuidado objetivo’, ou seja, as cautelas que cada pessoa, de acordo com suas condições pessoais, deve obedecer em suas atividades, não se conduzindo com imprudência, negligência ou imperícia; o ‘resultado lesivo’, componente de ‘azar’ da conduta humana; a ‘relação de causalidade’, exigida em todo fato típico; e a ‘previsibilidade’, que é a possibilidade de se prever, nas circunstâncias e nas condições pessoais do agente, o evento (previsibilidade subjetiva); e a ‘tipicidade’, ou seja, a contradição entre o comportamento do sujeito e o presumível no ordenamento jurídico, que prevê o fato como criminoso, em geral em ‘tipos abertos’.” (Código Penal comentado. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 89).*

Colhe-se também a lição de Rogério Greco:

*“Nota-se, portanto, que para a caracterização do crime culposo é preciso a conjugação de vários elementos, a saber: a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia); c) o resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente; d) nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo dela advindo; e) previsibilidade (objetiva e subjetiva); f) tipicidade.” (Código Penal comentado. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ímpetus, 2012, p. 63).*

A respeito do primeiro elemento, “*inobservância do cuidado devido*”, veja-se o que entende a doutrina através do Professor Cezar Roberto Bitencourt:

*“A inobservância do cuidado objetivamente devido resulta da comparação da direção finalista real com a direção finalista exigida para evitar as lesões dos bens jurídicos. A infração desse dever de cuidado representa o injusto típico dos crimes culposos. No entanto, é indispensável investigar o que teria sido, ‘in concreto’, para o agente, o dever de cuidado. E, como segunda indagação, deve-se questionar se a ação do agente correspondeu a esse comportamento ‘adequado’. [...] Com efeito, além das normas de cuidado e diligência será necessário que o agir descuidado ultrapasse os limites de perigo socialmente aceitáveis na atividade desenvolvida. [...]” (grifos ausentes no original) (Manual de Direito Penal. 6ª ed., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222-223).*

A esse respeito, a denúncia é explícita quanto à demonstração da conduta esperada por parte dos denunciados, bem como daquela que, no caso concreto, mostra-se em desacordo com o cuidado esperado para a proteção dos bens jurídico-penais envolvidos. A peça acusatória inicial evidencia que o primeiro denunciado, Coronel PM Mozart Santos Lima, na qualidade de “*Diretor do Departamento de Ensino*” (fl. 22), deveria ter-se certificado da presença de um médico no local do exame, bem como interrompido a realização deste, uma vez constatada a ausência do referido profissional. Em relação ao segundo denunciado, Coronel PM Nelson Ribeiro Neto, a peça acusatória inicial também descreve omissão, na qualidade de “*Diretor do Departamento de Saúde*” (fl. 22), em resumo, na não designação de profissional médico para acompanhar o exame físico questionado.

Vejam-se, no sentido indicado, as seguintes passagens da denúncia:

*“[...] Impende ressaltar que de acordo com o edital do aludido curso, o processo de seleção deveria ser regido pelas suas disposições e coordenado pela Coordenação de Planejamento e Controle Pedagógico (CPCP) do Departamento de Ensino (fl. 03). Contudo, no dia da realização do THA não havia um*

*representante do DE que pudesse impedir a realização da prova, já que não havia médico no local. O primeiro denunciado [Coronel PM Mozart Santos Lima] agiu com negligência, já que tinha a incumbência de supervisionar a atuação da Coordenação pedagógica do Departamento por ele comandado, verificando se efetivamente o THE poderia ser realizado, já que no local havia apenas socorristas, inexistindo um médico apto a prestar o primeiro atendimento em caso de urgências e mais especificamente na apresentação das síndromes que vitimaram os policiais. Obviamente, este, na condição de supervisor do processo seletivo, deveria impedir a realização da prova até que no local comparecesse um médico. Ao ser instado a justificar sua atuação, alegou ter se desincumbido do seu mister por ter tão somente expedido os ofícios ao segundo acusado para a designação de um oficial médico para acompanhar a prova. O segundo denunciado [Coronel PM Nelson Ribeiro Neto], agindo com menosprezo em relação à gravidade e o grau de austeridade do certame, não designou profissional médico para acompanhar a corrida, negligenciando seus deveres, sendo essa uma postura corriqueira nos procedimentos seletivos para o curso em comento e similares.” (fls. 04/05).*

Conforme a lição da doutrina, exige-se, ainda, que a imputação indique que as condutas culposas ali descritas tenham sido a causa eficiente do resultado proibido, na forma da seguinte lição do Professor Cezar Roberto Bitencourt:

*“Por fim, é indispensável que o resultado seja consequência da inobservância do cuidado devido, ou, em outros termos, que este seja a causa daquele. [...] Os ‘limites’ da norma imperativa encontram-se no poder de cumprimento pelo sujeito; por isso, o ‘dever de cuidado’ não pode ir além desses limites. [...] Em outros termos, é indispensável que a ‘inobservância do cuidado devido seja a’ causa ‘do’ resultado ‘tipificado como crime culposo’. [...]” (Manual de Direito Penal. 6ª ed., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223-224).*

A imputação inicial conclui, igualmente, que as ações delituosas atribuídas aos denunciados foram a causa eficiente das mortes de três das vítimas e das lesões corporais ocasionadas no quarto ofendido, notadamente pela demora no atendimento de socorro, que não pôde ser realizado no local do exame por ausência de médico que deveria ter sido designado pelos denunciados, importando transcrever os seguintes fragmentos:

*“Durante a apuração do fato através deste inquérito, foram inquiridas diversas testemunhas, incluindo os milicianos que participaram da fatídica fase do certame, e foram providenciados os imprescindíveis laudos periciais toxicológicos e cadavéricos. Os ‘experts’ atestaram que todos os militares mortos tinham apresentado um quadro indicativo das síndromes conhecidas como RABDOMIOLISE E EXERTIONAL HEATSTROKE (EHS)’. Aduziram que nesses quadros patológicos, o primeiro atendimento médico deve ser feito ainda no local, já que ocorre a necrose de tecido muscular com a liberação de partículas na corrente sanguínea, o que causa lesões corporais graves e irreversíveis, podendo ocorrer a evolução para o resultado morte. Obviamente para impedir tal desfecho, os militares participantes da prova em comento deveriam ter sido atendidos por um médico ainda no local do sinistro. [...]” (fls. 4).*

A doutrina ensina, ainda, ser necessária a demonstração de que o resultado proibido (mortes e lesões corporais) tenha sido previsíveis pelos acusados, importando colher, de acordo com o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt, mais uma vez, o conceito da referida “*previsibilidade objetiva*”:

*“O resultado deve ser objetivamente previsível. O aferimento da ação típica deve obedecer às condições concretas, existentes no momento do fato e da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico. [...] A previsibilidade objetiva se determina mediante um juízo levado a cabo, colocando-se o observador (por exemplo, o juiz) na posição do autor no momento do começo da ação, e levando em consideração as circunstâncias do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa inteligente,*

*mais as conhecidas pelo autor e a experiência comum da época sobre os cursos causais.*” (Manual de Direito Penal. 6ª ed., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 224).

A denúncia é também expressa ao indicar a citada previsibilidade, deixando evidente que os denunciados foram devidamente cientificados, com antecedência superior a 01 (um) ano, sobre a “*grande possibilidade*” da ocorrência de “*rabdomiólise*”, no exame em questão, conforme se constata do seguinte excerto:

*“[...] Infere-se dos autos que o TEN CEL PM PAULO JOSÉ REIS DE AZEVEDO COUTINHO, comandante do BPCHQ, oficiou ao Departamento de Ensino, em 31 de julho de 2012 (com antecedência superior a um ano ao THE), alertando sobre a grande possibilidade de ocorrência de rabdomiólise em certames desse naipe, e sugeriu o desenvolvimento de um plano de um plano (sic) de condicionamento e treinamento dos voluntários ao procedimento seletivo do COPES, anexando nessa ocasião a Portaria de prevenção à rabdomiólise do Exército Brasileiro (fls. 49 e 50). [...]”* (fl. 04).

Por fim, a doutrina ensina a necessidade da descrição da existência de um liame entre a ação culposa e o correspondente resultado.

Mais uma vez, colhe-se a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

*“O conteúdo do injusto no fato culposos é determinado pela coexistência do ‘desvalor da ação’ e do ‘desvalor do resultado’. É indispensável a existência de uma conexão interna entre o ‘desvalor da ação’ e o ‘desvalor do resultado’, isto é, que o resultado decorra exatamente da ‘inobservância do cuidado devido’, ou, em outros termos, que esta seja a causa daquele.”* (grifo ausente no original) (Manual de Direito Penal. 6ª ed., Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 225).

A peça acusatória inicial é expressa, também quanto ao mencionado aspecto (liame entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado), tendo concluído que “*Tais omissões dos dois acusados deram causa ao resultado delitivo, pois a demora na prestação do socorro inexoravelmente produziu os resultados morte e lesão corporal.*” (fl. 06).

Sendo assim, conclui-se pela perfeição formal da denúncia, com a correta descrição dos fatos delituosos, em atendimento ao já transcrito art. 77, do Código de Processo Penal Militar, devendo ser reformada a decisão recorrida quanto à tese de inépcia.

Passa-se à análise sobre a presença de justa causa.

Os documentos que acompanham a peça acusatória inicial demonstram, ainda, a existência de justa causa, entendida como lastro probatório mínimo, conforme a lição do Professor Norberto Avena na obra “*Manual de Processo Penal*”:

*“Não há justa causa para a ação penal quando não justificável, no caso concreto, o desencadeamento do processo criminal. Justa causa é suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, e que obrigatoriamente deve estar presente, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o ‘status dignitatis’ do imputado.”* (grifo ausente no original) (Manual de Processo Penal. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015, p. 145).

A cópia do Edital nº DE-029/07/2013, subscrito pelo “Diretor do Departamento de Ensino”, o primeiro denunciado, Coronel PM Mozart de Santos Lima, sobre o “*IV CURSO DE OPERAÇÕES POLICIAIS ESPECIAIS (COPES/2013)*” evidencia que “*A supervisão pedagógica do referido Curso será realizada pelo DE por meio da Coordenação de Planejamento e Controle Pedagógico no seu item 1.4, e contém “CRONOGRAMA DO PROCESSO SELETIVO”, em anexo, subscrito também pelo segundo denunciado, “Diretor do Departamento de Saúde”, Coronel PM Nelson Ribeiro Neto (fls. 11 a 30).*



Embora o laudo de exame cadavérico da vítima Manoel dos Reis Freitas Júnior, subscrito pelo Perito Médico-Legal Dr. Paulo Araújo Moreira de Souza (CREMEB nº 6251), em 18.12.2013, tenha concluído que a morte se originou de “*causa indeterminada*” (fl. 651), consta, na sua parte expositiva, que, “[...] *a associação dos elementos periciais ao histórico dos fatos e aos dados constantes no relatório médico relacionado aos procedimentos de tratamento e investigação diagnóstica no período de internamento hospitalar fornecem elementos que ‘sugerem’ ter o periciando falecido em decorrência de complicações relacionadas à ‘Síndrome do choque térmico ou colapso relacionado ao exercício’*” (fl. 640), destacando-se, ainda, do referido laudo, que “*O atleta com EHS que tem pronta descoberta e que é resfriado de maneira eficiente, muito provavelmente irá sobreviver ao episódio com pouco ou nenhum efeito residual. Em contraste, o atleta que teve retardo no tratamento, [...] terá um curso complicado e geralmente fatal*” (grifos ausentes no original) (fl. 641).

A perícia realizada no corpo da vítima Joserrise Mesquita de Barros Nascimento, elaborado pelo Perito Médico-Legal Dr. Paulo Araújo Moreira de Souza, em 05.02.2014, evidenciou também que “[...] *a associação dos elementos periciais aos dados disponibilizados ‘a posteriori’ através dos exames realizados no Laboratório Central de Polícia Técnica e de cópia de prontuário hospitalar (Hospital São Rafael, Salvador/Ba) fornecem elementos que indicam ter o periciando falecido em decorrência de complicações relacionadas à Síndrome do choque térmico ou colapso relacionado ao exercício físico. [...] As mortes causadas pelo colapso pelo calor (sic) nessas atividades se dão sobretudo quando a condição não é prontamente reconhecida e tratada.*” (grifo ausente no original), sendo conclusivo no sentido de que a vítima faleceu “*em função de falência de múltiplos órgãos no curso de tratamento hospitalar para síndrome do colapso relacionado ao exercício*” (fls. 655/656).

O laudo de exame cadavérico da vítima Luciano Fiuza de Santana, subscrito pelo Perito Médico-Legal Dr. Robson Ramos do Amaral (CREMEB nº 10852), em 19.12.2013, demonstra, na sua parte expositiva, “*achados consistentes com ocorrência de rabdomiólise*” (fl. 672).

Importa destacar, ainda, ofício datado de 23.04.2014, em que o Perito Médico-Legal Dr. Paulo Araújo Moreira de Souza (CREMEB nº 6251), esclarece que as substâncias encontradas no sangue da vítima Joserrise Mesquita de Barros não presumem o uso de “*energéticos, vasodilatadores e termogênicos*”, bem como a ausência de elementos “*para afirmar ou negar*” quanto ao ofendido Manoel dos Reis Freitas Júnior” (fls. 634 a 637).

O laudo de exame de “*embriaguez elou toxicológico*” da vítima sobrevivente, Paulo Capinan da Silva Pedro, evidencia que “*não há elementos para afirmar ou negar o uso de drogas ilícitas ou anabolizantes pelo periciando*” (fls. 660 a 662).

Em ofício datado de 09.04.2014, o Perito Médico-Legal Dr. Robson Ramos do Amaral (CREMEB nº 10852), afirmou, quanto à vítima Luciano Fiuza de Santana, que “*não há elementos que indiquem que houve ingestão de substâncias proscritas pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde*” (fls. 663 a 665).

Ouvido, em 07.01.2014, na 8ª Promotoria de Justiça, perante a Promotora de Justiça, Dra Auciléia Silva Araújo Lopes, Antônio Eugênio Moreno Seixas, irmão da vítima Manoel dos Reis Freitas, afirmou “*que no dia 16 de dezembro de 2013, seu irmão, Manoel dos Reis Freitas Jr., soldado da PM, foi hospitalizado no Hospital Aeroporto, pela manhã, por passar mal em prova de esforço físico no Batalhão de Choque, em Lauro de Freitas; [...] que tomou conhecimento, por terceiros, que no local da prova existia ambulância mas não havia médico para fazer o atendimento imediato ao seu irmão e aos demais que passaram mal*” (grifo ausente no original) (fl. 409).

Em 18.03.2014, Caroline Mascarenhas Nascimento prestou declarações na Corregedoria da Polícia Militar do Estado da Bahia, tendo asseverado que “[...] *o boletim médico informou que havia a possibilidade de ter havido ‘Heat stroke’, que nada mais é do que um choque de calor, a declarante foi procurar do que se tratava e verificou que os sintomas eram compatíveis com o quadro apresentado pelo Ten. Pm, que se não for tratado imediatamente e se não houver diagnóstico imediato*



*pode levar a óbito; que foi sinalizado no relatório médico enviado em janeiro a CIPE Cerrado, que foi acometido por uma Hipertermia, e constava ainda a incidência do 'Heat stroke'; [...] Que nunca presenciou o Ten PM utilizar-se qualquer substância, que o mesmo gozava de boa saúde e sempre gostou de fazer atividade física em especial correr e nadar. [...].” (fl. 431).*

Em 24.03.2014, o médico que atendeu as vítimas no dia do ocorrido, Dr. Rogério da Hora Passos, prestou depoimento na Corregedoria da Polícia Militar do Estado da Bahia, do seguinte teor:

*“[...] Que o declarante foi o médico responsável pelo primeiro atendimento médico ao Ten PM Joserrisse (sic), quando este chegou ao Hospital São Rafael; Que o declarante é o médico responsável pela UTI do Hospital São Rafael; Que o declarante médico tem certa experiência no tratamento do doenças como a síndrome de HEATSTROKE, constada (sic) no referido paciente; Que segundo o declarante existem diversos fatores ambientais relacionados a este tipo de doença; Que foi realizado inquérito familiar, afim (sic) de saber o histórico anterior do paciente, obtendo informações se o mesmo estava sendo submetido a demasiado esforço físico, se o mesmo não havia dormido anteriormente ou outro indicio que faça ligação a síndrome; Que foram realizados os exames de THC, anfetaminas, álcool e cocaína, tendo resultados negativos para anfetamina, THC e cocaína e que o resultado do exame de álcool tendo resultado positivo, porém com um valor muito baixo; [...] Que com seu conhecimento médico e com os exames disponíveis, pode afirmar que não houve intoxicação externa do paciente Joserrisse (sic) Mesquita de Barros; [...] Que o quadro clínico foi provocado pela síndrome HEATSTROKE, [...]; Que não pode julgar o atendimento emergencial que foi prestado, porém genericamente quando existe uma prova de resistência física há uma grande possibilidade de ocorrer a síndrome de HEATSTROKE, devendo ser previsto o suporte de atendimento avançado durante a realização da prova; [...]” (grifos ausentes no original) (fls. 433-434).*

É importante destacar, ainda, a análise dos fatos efetuada no relatório do Inquérito Policial Militar nº CORREG 061UPJM/4765-13/13, datado de 02.04.2014, pelo Capitão PM Marcelo de Souza Moura, notadamente os seguintes trechos:

*“[...] ficou evidente que os depoimentos médicos retrataram os pacientes chegando ao Hospital sem qualquer tipo de acompanhamento médico durante a prova. Bem como não havia Unidade com suporte de vida avançado acompanhando a prova, apenas os socorristas do Corpo de Bombeiros, com uma Unidade de suporte de vida básica, acompanharam a prova. Que os médicos afirmaram em seus depoimentos que os pacientes poderiam ter tido danos físicos menores e até ter sobrevivido ao evento caso o atendimento médico tivesse sido prestado de imediato, até mesmo porque muitos chegaram com rebaixado nível de consciência ao Hospital Geral Menandro de Farias e os socorristas não conseguiram passar a real gravidade do estado de saúde dos candidatos aos médicos de plantão, o que segundo depoimento dos mesmo (sic) atrasou a tomada de procedimentos para melhora do quadro clínico dos candidatos. [...] foi observado pelo depoimento dos médicos Dr. Rogério, Dr<sup>a</sup> Rosana e Dr<sup>a</sup> Janete, que não havia profissional médico acompanhando a prova durante o percurso (sic) de sua aplicação. Que pelos depoimentos dos candidatos é nítida a falta de profissionais formados em educação física do CEFED (Coordenação de Educação Física e Desporto) ou do DE (Departamento de Ensino), órgão responsável pela elaboração do Edital e parâmetros para o cumprimento das provas. [...] Foi observado que todo o suporte técnico referente a profissionais de saúde ao que parece foram (sic) providenciados de forma eventual e empírica pelo Batalhão de Choque, pois nada existia no Edital, elaborado pelo Departamento de Ensino – DE. Foi observado (sic) ainda a falta de organização com o controle de atendimento médico, tendo em vista que todos os candidatos que passaram mal, foram deslocados para o Hospital Geral Menandro de Farias, sendo que este Hospital não comportava o recebimento de todos os pacientes, [...]. 3.6. Foi observado pelos Oficiais do Batalhão de Choque que nos processos seletivos realizados anteriormente com vistas ao ingresso no COPES, vários candidatos haviam apresentado o quadro de rabdomiólise, ou seja, uma síndrome desenvolvida em indivíduos submetidos a treinamento intenso em locais de alta temperatura [...].*

*Que foi solicitado por parte do Batalhão de Choque ao Departamento de Ensino – DE a divulgação de um plano de condicionamento físico aos policiais militares voluntários ao Curso de Operações Especiais – COPEs, [...] Do que se infere que os Oficiais do Batalhão de Choque se preocuparam em evitar mais situações análogas as ocorrências anteriores de rabdomiólise, visto que não houve resposta do Departamento de Ensino – DE, órgão que teria a obrigação como gestores dos processos seletivos na PMBA em atender o pedido. 3.7. Outra situação que chama a atenção, embora, não seja esse signatário formado na área de educação física e afins é a grande quantidade de candidatos fazendo prova ao mesmo tempo, sem acompanhamento de profissional de saúde e de educação física, com autoridade para interromper a participação do candidato, quando avaliasse que seu estado físico já apresentasse fadência [...]. (grifos ausentes no original)” (fls. 490 a 492).*

Com base nos fatos apontados no citado relatório, o Capitão PM Marcelo de Souza Moura concluiu, em resumo, com base nas provas até então produzidas, o seguinte:

*“A necessidade de exigência do preparo físico rigoroso exigido para o Curso de Operações Especiais, contudo não pode esconder a desorganização generalizada de quem teria o dever corporativo de zelar pelo cumprimento da organização dos processos seletivos, no entender do encarregado o Departamento de Ensino – DE da PMBA. Quanto as responsabilidades por eventual desorganização na elaboração do Edital e outras medidas preparatórias, notadamente as ligadas a previsão de atendimento médico condizentes (sic) com a quantidade de candidatos e o esforço físico a que seriam submetidos, entendemos que o Departamento de Ensino – DE da PMBA, não cumpriu o mínimo do seu papel mobilizando pessoal habilitado notadamente nas áreas de educação física e médica, erros visíveis durante a elaboração do Edital, como já referenciado na aplicação dos testes físicos. [...]” (grifo ausente no original) (fl. 494).*

Sendo assim, conclui-se que a decisão recorrida afastou-se da melhor orientação, ao classificar como inepta e sem justa causa a peça acusatória inicial, porque não se teria evidenciado que a demora na prestação do socorro, ou a presença de um médico, evitaria os resultados delituosos, e tampouco o nexo de causalidade destes com as condutas dos denunciados, destacando-se o seguinte trecho do seu teor, que sintetiza o entendimento firmado nas suas razões:

*“Ocorre que, da análise dos elementos colhidos na investigação, constata-se a inexistência de elementos aptos a configurar a justa causa para o recebimento da denúncia, já que não foram evidenciados qualquer indício que comprove (sic) que houve demora na prestação do socorro ou que a presença de um médico no local da realização da prova impediria o resultado morte e, muito menos que a conduta dos denunciados possibilitou o nexo causal com o resultado morte” (fl. 3.746).*

Logo, verifica-se, claramente, que a decisão recorrida está em frontal contraste com o acervo probatório que acompanha a denúncia, especialmente os laudos de exame cadavérico das vítimas Manoel dos Reis Freitas Júnior e Joserrise Mesquita de Barros Nascimento, subscritos pelo Perito Médico-legal Dr. Paulo Araújo Moreira de Souza (CREMEB nº 6251), respectivamente às fls. 638 a 651 e 652 a 656, e o depoimento prestado pelo Médico que atendeu as vítimas no Hospital São Rafael no dia dos fatos, Dr. Rogério da Hora Passos (fls. 433/434), todos indicativos de que o pronto atendimento das vítimas traria grande probabilidade de sobrevivência ao episódio, com pouco, ou nenhum, efeito residual.

Assim, para as exigências processuais quanto ao recebimento da denúncia, restam evidentes, em tese, todos os elementos dos delitos em questão, notadamente o nexo causal entre a omissão dos denunciados (não disposição de profissional médico e do competente aparato de socorro no local do exame em questão) e os resultados delituosos.

Logo, o parecer de fls. 531 a 534, subscrito pelo “Oficial do Quadro de Saúde PMBA”, Dr. Alexandre Ferreira Mattos Neto (CRM 10626), conclusivo no sentido de que “Não existem provas

*suficientes nos autos para se concluir que as mortes ocorridas tenham sido devido a falta de suporte avançado ou inoperância dos seus atores*”, não possui eficácia probante para, nesta fase processual, classificar de inepta, ou destituída de justa causa, a peça acusatória inicial.

Ressalta-se, em reforço ao exposto, que os laudos de exame cadavérico citados, indicativos, em tese, do nexo de causalidade entre as condutas dos denunciados e os eventos delituosos, foram realizados em 18.12.2013 (dois dias apenas da ocorrência dos delitos) e 05.02.2014, ao passo que o “parecer” citado, de fls. 531/534, em que se baseou a decisão recorrida para rejeitar a denúncia foi elaborado quando já transcorridos 08 (oito) meses e 06 (seis) dias dos citados eventos, em 21.08.2014, além de totalmente isolado do conjunto probatório que instruiu a peça inicial acusatória.

Importa destacar que se trata, neste momento processual, apenas, da análise sobre a admissibilidade da peça acusatória inicial, sem qualquer juízo definitivo sobre a eventual culpabilidade dos denunciados, que deve ser objeto de regular apuração no curso da instrução probatória, em contraditório judicial, e com total amplitude de defesa.

Do exposto, dá-se provimento ao recurso Ministerial, para reformar a decisão recorrida e receber a denúncia em todos os seus termos, por decisão unânime.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0001975-04.2004.8.05.0228, Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, julgado em 19/05/2016**

**EMENTA:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 121, § 2º, I, III E IV C/C ART. 211 E 29 DO CÓDIGO PENAL – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – PRATICADOS EM CONCURSO DE AGENTES. VÍTIMA QUE FOI ESPANCADA E POSTERIORMENTE ATIRADA EM UMA REPRESA – QUANDO VEIO A ÓBITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA QUE EXCLUIU O CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER – POR ENTENDER QUE O ÓBITO FOI POSTERIOR AO LANÇAMENTO DO CORPO NA REPRESA. IMPOSSIBILIDADE. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. CONSUMAÇÃO DELITIVA. OCORRÊNCIA EM TODO O PERÍODO EM QUE O CADÁVER ESTIVER OCULTO. PRECEDENTES DO STF E STJ. OBTENÇÃO DO OBJETO MATERIAL DO DELITO – O CADÁVER – AINDA NO CURSO DO ITER CRIMINIS. CRIME CONEXO COM O DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA DELITIVA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO PARA ACRESCER À SENTENÇA DE PRONÚNCIA DO RECORRIDO O CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER – ART. 211 DO CÓDIGO PENAL.

– 1. Da necessidade de pronúncia do acusado pelo delito de ocultação de cadáver. Existência de provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

– Após examinar os autos, foi possível constatar que, ao contrário do que consta na Sentença de pronúncia ora recorrida, o simples fato de a causa da

morte ter sido asfixia por afogamento não é suficiente para afastar a prática do crime de ocultação de cadáver, tendo em vista o fato de se tratar de crime de natureza permanente, no qual a consumação se protraí no tempo, até que o cadáver seja descoberto.

– Acerca da matéria, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já firmaram entendimento no sentido da natureza permanente do crime de ocultação de cadáver.

– Em delitos dessa natureza, a consumação delitiva se protraí no tempo, enquanto durar a prática criminosa, motivo pelo qual considera-se tempo do crime todo o período em que o corpo da vítima estiver oculto.

– Em seu interrogatório judicial, às fls. 145-146, o Recorrido Jonei Pereira Lima descreveu os fatos em detalhes e forneceu os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade do crime de ocultação de cadáver.

– Assim, com base nos referidos fundamentos, é possível constatar que, mesmo que o Laudo Pericial indique que o óbito da vítima tenha ocorrido em momento posterior àquele em que foi lançada à represa, não é possível afastar o crime de ocultação de cadáver – da Sentença de pronúncia ora recorrida – tendo em vista o fato de se tratar de crime de natureza permanente, no qual a consumação delitiva ocorre até o momento em que o cadáver é encontrado.

– Desse modo, se levado em consideração o fato de que a vítima faleceu minutos após ter sido lançada à água, é inequívoca a conclusão de que o objeto material do crime – o cadáver – foi obtido ainda no curso do iter criminis, motivo pelo qual subsiste a prova da materialidade delitiva em relação ao mencionado delito.

– Assim, havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, deve ser provido o presente Recurso em Sentido Estrito para fins de incluir, na Sentença de pronúncia, o crime de ocultação de cadáver, o qual deve ser apreciado pelo Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento da matéria em questão.

– Recurso em sentido estrito provido para acrescer à Sentença de pronúncia de fls. 307-312 o crime de ocultação de cadáver – em relação ao Recorrido Jonei Pereira Lima.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0001975-04.2004.8.05.0228, da Comarca de Santo Amaro, em que figura, como Recorrente, o Ministério Público do Estado da Bahia, sendo Recorrido o acusado Jonei Pereira Lima:

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de Votos e pelas razões contidas no Voto do Relator, em DAR PROVIMENTO ao presente Recurso em Sentido Estrito para acrescer à Sentença de pronúncia de fls. 307-312 o crime de ocultação de cadáver – em relação ao Recorrido Jonei Pereira Lima.

Assim, deve o acusado ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, na forma pleiteada neste Recurso em Sentido Estrito – art. 121, § 2º, I, III e IV c/c art. 211 e 29 do Código Penal – homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver.



## RELATÓRIO

**Cuidam os autos de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra a Sentença de pronúncia de fls. 307-312 proferida pelo Juízo da Vara Crime da Comarca de Santo Amaro, que pronunciou o acusado Jonei Pereira Lima como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, I, III e IV c/c art. 29 do Código Penal homicídio triplamente qualificado praticado em concurso de agentes.**

Na inicial acusatória, o Recorrido Jonei Pereira foi acusado de ter praticado os delitos de homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver em concurso de agentes. Contudo, a Sentença de pronúncia ora recorrida afastou o crime de ocultação de cadáver por entender que a *causa mortis* constante no Laudo Pericial de fls. 28-30 – asfixia por afogamento – por si só – foi motivo suficiente para afastar a referida prática delitiva.

Foi concedido ao Apelante o direito de recorrer em liberdade sob o fundamento de que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação da medida.

Embora esta Ação Penal tenha sido ajuizada contra outros Réus, houve o desmembramento do Processo, na decisão de fl. 269, verso, de forma que permaneceu neste feito somente o acusado Jonei Pereira Lima.

No aludido Recurso, constante às fls. 315-319 dos autos, aduz o Ministério Público que:

1. Na Sentença de pronúncia, o Magistrado a quo pronunciou o Réu pelo crime de homicídio triplamente qualificado e excluiu o crime de ocultação de cadáver, motivo pelo qual merece reforma em relação ao tema.

2. A vítima foi cruelmente executada pelos denunciados e o Réu Jonei foi quem indicou o local para seu corpo ser atirado, visando impedir sua localização.

3. O fato de o Laudo Pericial indicar, como causa da morte, a asfixia por afogamento – fl. 30 – não afasta a configuração do crime de ocultação de cadáver, já que a vítima pode ser morta por afogamento e ter seu corpo atirado em local escolhido previamente, evitando-se sua localização. Assim, o dolo de ocultar é o que configura o crime em questão.

4. O local foi intencionalmente escolhido pelo Réu, que o conhecia por ter trabalhado como tratorista.

5. Não subsistem dúvidas de que a vítima, mesmo agonizante, foi retirada do local onde recebera as pauladas iniciais e transportada para outro local, com o fim de dificultar a localização do corpo, apesar de nesse local também ter sido agredida e atirada na represa.

6. Desse modo, deve o Réu ser pronunciado pelo concurso dos crimes de homicídio e ocultação de cadáver, devendo ser aplicado, nesta fase, o princípio do *in dubio pro societate*.

Ao fim, demanda o provimento do Recurso para que o Réu seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri na forma consignada na denúncia e pleiteada em sede de alegações finais – art. 121, § 2º, I, III e IV c/c o art. 211 e 29 do Código Penal – homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver, em concurso de agentes.

O Réu Jonei Pereira Lima, representado pela Defensoria Pública do Estado, apresenta as contrarrazões recursais de fls. 343-346, em que aduz que:

1. Na decisão ora recorrida, o Magistrado a quo, de forma acertada, não incluiu o delito de ocultação de cadáver em sua pronúncia.

2. Consta no Laudo, acostado às fls. 28/30, que a causa da morte da vítima foi asfixia por afogamento.

3. Após examinar os autos, é possível constatar que, quando o corpo da vítima foi jogado no rio, esta ainda se encontrava viva, não havendo que se falar na existência de cadáver.



4. O delito previsto no art. 211 do Código Penal tem como objeto material do crime um cadáver, e não o corpo de uma pessoa viva.

5. A testemunha Florisvaldo Conceição Junior afirmou que, no dia dos fatos, notou que o acusado parou o carro e pegou o corpo de alguém que ainda respirava e que estava sangrando na cabeça, e que depois identificou o corpo como sendo de Jorge Luiz.

Finaliza requerendo o improvimento do presente Recurso e a manutenção da Sentença de pronúncia ora recorrida.

Em consonância com o art. 589 do Código de Processo Penal, o Magistrado *a quo* proferiu a decisão de fl. 337 – em sede de Juízo de Retratação – na qual manteve integralmente *o decissum ora impugnado*.

A Procuradoria de Justiça apresenta o pronunciamento de fls. 357-358 no qual se manifesta no sentido do improvimento do Recurso e da manutenção da Sentença de pronúncia ora recorrida.

É o relatório.

## VOTO

Tratando-se de Recurso adequado, e estando presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente Recurso em Sentido Estrito.

### **1. Da necessidade de pronúncia do acusado pelo delito de ocultação de cadáver. Existência de provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.**

No presente caso, o Ministério Público do Estado requer que o acusado Jonei Pereira Lima seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri na forma consignada na denúncia e pleiteada em sede de alegações finais – art. 121, § 2º, I, III e IV c/c o art. 211 e 29 do Código Penal – homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver, em concurso de agentes.

Ressalta o Órgão Ministerial que a vítima foi atirada na represa, de forma a dificultar a sua localização, o que entende que possibilita a inclusão, na Sentença de pronúncia do acusado, do crime de ocultação de cadáver, previsto no art. 211 do Código Penal:

#### **Destruição, subtração ou ocultação de cadáver**

Art. 211 – Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

**Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.** (Grifos Acrescidos)

A Sentença de pronúncia ora recorrida afastou o crime de ocultação de cadáver sob o entendimento de que a *causa mortis* da vítima, constante no Laudo Pericial, foi asfixia por afogamento e que, quando foi lançada à água, ainda se encontrava com vida. Nesse sentido:

Com relação ao delito de ocultação de cadáver atribuído ao réu, inserido na peça acusatória, a causa da morte foi por ASFIXIA POR AFOGAMENTO, situação que por si só, já elide tal crime, porquanto no momento em que a vítima foi jogada no canal de água ainda se encontrava viva. Ora o próprio laudo cadavérico já exclui tal figura jurídica no momento em que ele retrata que a vítima morreu por indigestão[SIC] de água, não há em que se falar em ocultação de cadáver.

Contudo, após examinar os autos, foi possível constatar que, ao contrário do que consta na Sentença de pronúncia ora recorrida, o simples fato de a causa da morte ter sido asfixia por afogamento não é suficiente para afastar a prática do crime de ocultação de cadáver, tendo em vista

o fato de se tratar de crime de natureza permanente, no qual a consumação se protraí no tempo até que o cadáver seja descoberto.

Acerca da matéria, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já firmaram entendimento no sentido da natureza permanente do crime de ocultação de cadáver. Nesse sentido:

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA MENOR, COM QUATRO ANOS DE IDADE, E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E INCOMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORAS E AGRAVANTES.

1. Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não será normalmente reconhecido caracteriza, em tese, crime de ocultação de cadáver. A conduta visou evitar que o homicídio fosse descoberto e, de forma manifesta, destruir a prova do delito. **Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido.** Crime consumado, que pode ser apenado em concurso com o de homicídio.

[...]

4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.

(STF - HC: 76678 RJ, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 29/06/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08-09-2000).

RECURSO ESPECIAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DELITO PERMANENTE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

I - O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma oculta, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioridade, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda, que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos (Precedentes).

[...]

(STJ - REsp: 900509 PR 2006/0224593-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 26/06/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.08.2007 p. 287) HABEAS CORPUS - LATROCÍNIO - OCULTAÇÃO DE CADÁVER - RELAXAMENTO DA CUSTÓDIA - ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ESTADO FLAGRANCIAL - INOCORRÊNCIA - **CRIME PERMANENTE - CONSUMAÇÃO SE PROTRAÍ NO TEMPO** - PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR COMPROVADA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONDIÇÕES PESSOAIS POSITIVAS - INSUFICIÊNCIA PARA A CONCESSÃO DA ORDEM - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA.

**O crime de ocultação de cadáver, dado o seu caráter permanente, enseja o prolongamento no tempo da flagrância delitiva até o instante em que a vítima é localizada.** Não há que se falar em constrangimento ilegal, ante decisão fundamentada que indefere pedido de liberdade provisória, demonstrando que a hipótese exige a custódia cautelar para a garantia da ordem pública. A existência de condições pessoais favoráveis dos acusados não constitui impeditivo à decretação da custódia cautelar, se a necessidade da prisão processual é recomendada por outros elementos do fato, hipótese verificada “in casu”. (HC 15333/2006, DR. CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 22/03/2006, Publicado no DJE 30/03/2006)

(TJ-MT - HC: 00153330520068110000 15333/2006, Relator: DR. CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, Data de Julgamento: 22/03/2006, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/03/2006) (Grifos Acrescidos)

Em delitos desta natureza, a consumação delitiva se protraí no tempo, enquanto durar a prática criminosa, motivo pelo qual considera-se tempo do crime todo o período em que o corpo da vítima estiver oculto:

37. Crimes permanentes e continuados: aplica-se a eles regra especial. **No caso do crime permanente, a consumação se prolonga no tempo. É considerado tempo do crime todo o período em que se desenvolver a atividade delituosa. Assim, durante um sequestro, pode ocorrer de um menor de 18 anos completar a maioridade, sendo considerado imputável para todos os fins penais. Nesse sentido: STJ: “O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma oculta, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioridade, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos”** (REsp 900.509-PR, 5.<sup>a</sup> T., rel. Felix Fischer, 26.06.2007, v. u.).

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado: 14. edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014: p. 76)

9.2.9. Crime permanente e crime continuado

**Configuram crimes permanentes aqueles cujo momento consumativo se prolonga no tempo, como, por exemplo, sequestro (enquanto a vítima for mantida com sua liberdade privada, considera-se prolongado o momento da consumação)**. Fala-se em crime continuado, por outro lado, quando vários crimes são praticados em continuidade delitiva (art. 71 do CP). Se durante a permanência ou a continuidade delitiva entrar em vigor nova lei, ainda que mais gravosa, ela se aplica a todo o evento, vale dizer, ao crime permanente e a todos os delitos cometidos em continuidade delitiva.

É o que preconiza a Súmula n. 711 do STF (“A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”).

Assim, por exemplo, se uma pessoa recebeu droga em julho de 2006 (quando estava em vigor a Lei n. 6.368/76) e a guardou em um depósito com o objetivo de comercializá-la até janeiro de 2007 (quando já estava em vigor a Lei n. 11.343/2006), ficará sujeita às penas mais severas da nova legislação, uma vez que se trata de crime permanente, cujo momento consumativo se iniciou com a lei antiga, mas persistiu até a nova lei.

(ESTEFAM, André. Direito penal esquematizado<sup>®</sup>: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. – (Coleção esquematizado<sup>®</sup>) – pp. 265-266).

Em relação ao tema, leciona Guilherme de Souza Nucci que o crime de natureza permanente – como é o caso do crime de ocultação de cadáver – em virtude da sua natureza contínua, possibilita até mesmo a incidência de lei nova, ainda que mais severa ao agente – em virtude da Súmula nº 711 do Supremo Tribunal Federal – que segue transcrita na referida citação:

26. Crime permanente e lei penal benéfica: aplica-se a lei nova durante a atividade executória do crime permanente, aquele cuja consumação se estende no tempo, ainda que seja prejudicial ao réu. Convém mencionar a lição de HUNGRIA: **“O crime permanente (em que a atividade antijurídica, positiva ou negativa, se protraí no tempo) incide sob a lei nova, ainda que mais severa, desde que prossiga na vigência dela a conduta necessária à permanência do resultado. É que a cada momento de tal permanência está presente e militando, por ação ou omissão, a vontade do agente (ao contrário do que ocorre nos crimes instantâneos com efeitos permanentes), nada importando assim que o ‘estado de permanência’ se haja iniciado no regime da lei antiga, ou que esta incriminasse, ou não, o fato”** (ob. cit., v. 1, t. 1, p. 128). Assim também é o pensamento da maioria da doutrina e da jurisprudência. **Exemplificando: se um sequestro está em andamento, com a vítima colocada em cativeiro,**

havendo a entrada em vigor de uma lei nova, aumentando consideravelmente as penas para tal delito, aplica-se de imediato a norma prejudicial ao agente, pois o delito está em plena consumação. Na mesma linha: STF: “Conflito de leis no tempo: cuidando-se de crime permanente – qual delito militar de deserção –, aplica-se-lhe a lei vigente ao tempo em que cessou a permanência, ainda que mais severa que a anterior, vigente ao tempo do seu início” (HC 80.540-AM, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 28.11.2000, v. u., RTJ 176/864). Atualmente, é o teor da Súmula 711 do STF: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado: 14. edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014: pp. 64-65) (Grifos Acrescidos)

Vale ressaltar que em seu interrogatório judicial, às fls. 145-146, o Recorrido Jonei Pereira Lima descreveu os fatos em detalhes e forneceu os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade do crime de ocultação de cadáver:

RESPONDEU: que o interrogado é primo do acusado Jorge Pereira do Nascimento, porém não sabe informar seu paradeiro; que três dias antes do crime o acusado Robson passou na residência do interrogado em um manhã de sábado, ocasião em que revelou ao interrogado que pretendia matar “Roninho”, dizendo-lhe que era em razão de encontrar-se ameaçado por ele, comentando também que além dele estavam sofrendo ameaças da vítima Clerisvaldo, Jorge e Júnior, tendo então convidado o interrogado para participar de uma tocaia para o adversário, porém não revelou a data; que Robson ainda comentou com o interrogado “a gente faz o serviço e depois joga o corpo pro lado de cima, subindo a pista vai para a Usina Paranaguá”; que Robson ainda comentou que o ideal seria jogarem o corpo da vítima num local onde houvesse água, de maneira que não ficassem as impressões digitais de Robson, Clerisvaldo, Jorge e Júnior, que o interrogado falou para Robson que não dava certo jogarem o corpo da vítima no canal da Usina Paranaguá, pois todo mundo ia ficar sabendo depois e iriam desconfiar do interrogado, em razão de já ter trabalhado na referida empresa e por Jorge ser seu primo; que o interrogado; não disse a Robson para que não fizesse esse crime porque ele não o obedeceria; que os demais acusados moravam no mesmo local onde o interrogado residia, porém só saía com eles quando os mesmos o convidavam para ir jogar[sic] bola no campo da Lagoa Encantada em Cachoeira, que é o local onde o interrogado morava; que o interrogado não tinha inimizade com a vítima, porém os demais acusados e Júnior eram inimizados com ela; que na mesma data em que os demais acusados e Júnior armaram a tocaia para a vítima entre a Lagoa Encantada e a Formiga, sabendo o interrogado disso porque quando voltaram de Santo Amaro, após já terem jogado a vítima na valeta, os acusados apontaram para o interrogado onde haviam atacado a vítima, eles passaram na casa do interrogado por volta das 21:00 horas, ocasião em que comunicaram-lhe que haviam abatido a vítima e o convidaram para que fosse ajudá-los a se desfazerem do corpo da vítima, pois já davam esta como morta; que todos os acusados estavam muito confusos acerca do local onde jogariam o corpo da vítima, tendo sido cogitado jogarem no meio das canas da Usina Paranaguá e no canal da água; que o interrogado ainda ficou dizendo que tanto num lugar quanto no outro isso ia terminar prejudicando-o, em razão do interrogado ter trabalhado na Usina Paranaguá; que não foi o interrogado quem indicou onde seria jogado o corpo da vítima; que terminou o interrogado acompanhando os demais acusados na empreitada criminoso; que não foi também o interrogado quem mandou que Robson parasse o carro no local onde a vítima foi jogada; que logo que os acusados viram a água da valeta Robson parou o carro perto do canal; que o interrogado não ajudou a carregar a vítima, no momento em que foi retirada da carroceria do Gurgel; que foram os demais acusados que carregaram a vítima, sendo que eles falaram quem passou um fio no pescoço dela antes de ser jogado na valeta; que o interrogado permaneceu dentro do carro, enquanto os demais acusados providenciavam a retirada do corpo da carroceria do veículo e jogá-lo na valeta; que após jogarem a vítima na valeta, os

demais acusados perguntaram ao interrogado se alguém não poderia achar o corpo, tendo o interrogado dito que isso era difícil de ocorrer, apesar de ter em mente que no referido local havia um ralo que evita a passagens[sic] de sujeiras[sic], sendo que por isso poderia vir a ficar preso no local; [...] (Grifos Acrescidos)

Em casos idênticos ao que se apresenta, os Tribunais de Justiça vêm interpretando que o fato de a vítima ser lançada à água ainda com vida, com o intuito de ocultação do seu corpo, possibilita que o réu seja acusado da prática do crime de ocultação de cadáver:

7. Enfim, diante de tal panorama fático, conclui-se que a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária à evidência dos autos, inclusive quanto ao reconhecimento das qualificadoras. O fato de os agentes terem lançado a vítima para dentro do rio, visando sua morte em razão de asfixia mecânica por afogamento, não exclui o crime de ocultação de cadáver. Assim agindo, os autores intencionavam não só garantir o intento homicida, como também dificultar a descoberta do corpo, ocultando-o. Os referidos delitos protegem objetos jurídicos completamente distintos, não havendo falar em dupla incriminação pelo mesmo fato. (TJSP – Relator(a): Cesar Mecchi Morales; Apelação nº 0002386-95.2014.8.26.0136, Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 10/11/2015; Data de registro: 11/11/2015)

APELAÇÃO. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ACUSADO QUE ASFIXIA A IRMÃ DE 11 ANOS E JOGA O CORPO EM UM CACIMBA, AINDA COM VIDA. MORTE POR AFOGAMENTO. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70054146600, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013)

[...]

Consta do auto de necropsia das fls. 20 que “não foram evidenciadas escoriações, equimoses ou outras lesões”; e que “cadáver sem sinais de violência que justifiquem o óbito. Levando-se em consideração as circunstâncias do óbito e os resultados do exame pericial e laboratorial, considera o perito que a morte deveu-se a asfixia por afogamento.”

Dos resultados da prova pericial, então, verifica-se ter a ofendida.

Apear do contido no laudo pericial, a conduta interna, exteriorizada pelo imputado, foi de matar e ocultar o corpo da vítima, sua irmã de 11 anos de idade. Necessariamente, o homicídio e a ocultação de cadáver não são delitos sucessivos; podem ser executados concomitantemente, como ocorreu no caso em tela. Por isso, não há que se falar em inexistência do delito de ocultação de cadáver. Por isso, diante dessa questão complexa, não se pode afirmar, claramente, ser a decisão dos jurados contrariamente à prova dos autos.

(TJRS – Apelação Criminal nº 70054146600 – Terceira Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 19/12/2013, Publicação: 19/03/2014, Comarca: Comarca de Camaquã). (Grifos Acrescidos)

Assim, com base nos referidos fundamentos, é possível constatar que, mesmo que o Laudo Pericial indique que o óbito da vítima tenha ocorrido em momento posterior àquele em que foi lançada à represa, não é possível afastar o crime de ocultação de cadáver – da Sentença de pronúncia ora recorrida – tendo em vista o fato de se tratar de crime de natureza permanente, no qual a consumação delitiva ocorre até o momento em que o cadáver é encontrado.

Desse modo, se levado em consideração o fato de que a vítima faleceu minutos após ter sido lançada à água, é inequívoca a conclusão de que o objeto material do crime – o cadáver – foi obtido ainda no curso do *iter criminis*, motivo pelo qual subsiste a prova da materialidade delitiva em relação ao mencionado delito.



Em se tratando de crime conexo com o de homicídio, compete ao Tribunal do Júri a sua apreciação, por força da previsão contida no art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal e art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, os quais possuem a seguinte redação:

**XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:**

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;

**d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;**

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

**§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.** (Grifos Acrescidos)

Desse modo, o simples fato de a vítima ter falecido após ser jogada na água não pode ser utilizado como fundamento para afastar a prática do crime de ocultação de cadáver nesta angusta fase processual.

Vale frisar, ademais, que o afastamento de prática delitiva, nesta fase processual, consiste em medida de natureza excepcional, cabível somente quando presentes os requisitos do art. 415 do Código de Processo Penal, o que não ocorre no caso:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – provada a inexistência do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

III – o fato não constituir infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de imputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

No presente caso, os indícios de autoria e a prova da materialidade da ocultação de cadáver podem ser obtidos a partir do interrogatório judicial de fls. 145-146, prestado pelo Recorrido Jonei Pereira Lima, e pelos demais depoimentos constantes nos autos, às fls. 182, 203-204, além daqueles prestados na fase inquisitorial do feito.

Acerca da matéria, preceitua o art. 413 do Código de Processo Penal que o juiz, de forma fundamentada, deverá pronunciar o acusado, se estiver convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação:

**Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.** (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) (Grifos Acrescidos)

Em se tratando de Sentença de Pronúncia, o Julgador deve se restringir à verificação da presença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, nos termos previstos no art. 413 do CPP, e como leciona a doutrina pátria:

Pronúncia: decisão processual de conteúdo declaratório em que o juiz proclama admissível a imputação, encaminhando-a para julgamento perante o Tribunal do Júri. O juiz-presidente não tem competência constitucional para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, logo não pode absolver nem condenar o réu, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos. **Na pronúncia, há um mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito. Restringe-se à verificação da presença do fumus boni iuris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência.**

No caso de o juiz se convencer da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, deve proferir sentença de pronúncia, fundamentando os motivos de seu convencimento. Não é necessária prova plena de autoria, bastando meros indícios, isto é, a probabilidade de que o réu tenha sido o autor do crime.

[...]

Na fase da pronúncia vigora o princípio do in dubio pro societate, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. **O juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados.** Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação. (Grifos Acrescidos)

(CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 19a Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2012: P. 654-655)

Assim, havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, deve ser provido o presente Recurso em Sentido Estrito para fins de incluir na Sentença de pronúncia o crime de ocultação de cadáver, o qual deve ser apreciado pelo Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento da matéria em questão.

## **2. Dispositivo. Recurso provido.**

Ante o exposto, e com fulcro no art. 211 do Código Penal e 413 do Código de Processo Penal, o Voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao presente Recurso em Sentido Estrito para acrescer à Sentença de pronúncia de fls. 307-312 o crime de ocultação de cadáver – em relação ao Recorrido Jonei Pereira Lima.

Assim, deve o acusado ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri na forma pleiteada neste Recurso em Sentido Estrito – art. 121, § 2º, I, III e IV c/c art. 211 e 29 do Código Penal – homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 0000375-50.2011.8.05.0050, Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 17/08/2016**

APELAÇÃO CRIME - COMPETÊNCIA DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - TERMO DA QUESITAÇÃO REGISTRA QUE OS JURADOS ABSOLVERAM O ACUSADO - SENTENÇA DO JUIZ -PRESIDENTE CONDENA O RÉU POR HOMICÍDIO QUALIFICADO - CONTRADIÇÃO - ERRO MATERIAL INSANÁVEL.

Anula-se o julgamento quando a divergência entre o resultado da votação constante do termo de quesitação absolvendo o réu e a sentença condenatória

consubstancia erro material insanável pela impossibilidade de se provar qual dos dois documentos públicos detentores de fé está viciado, atingindo, assim, a validade de ambos os documentos.

### ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0000375-50.2011.805.0050 da Comarca de CARAVELAS, sendo Apelante GABRIEL RODRIGUES FERREIRA e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO, ACOLHENDO A PRELIMINAR DE NULIDADE E, EM CONSEQUÊNCIA, JULGANDO PREJUDICADO O MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO**, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo réu GABRIEL RODRIGUES FERREIRA, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo de sentença (fls. 502/509) proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da comarca de CARAVELAS, nos autos do Processo nº 0000375-50.2011.805.0050, que o condenou nas penas do art. 121, §2º, II e IV do Código Penal e do art. 14 da Lei nº 10.826/03.

O MM. Juiz fixou a pena definitiva do Apelante pelo crime de HOMICÍDIO QUALIFICADO e PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO em 19 (dezenove) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Em suas razões recursais (fls. 532/538), a Defesa alegou que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, devendo, por isso, ser o Réu submetido a novo julgamento. Salientou, ainda, que o Conselho de Sentença absolveu o Apelante do delito de homicídio. Subsidiariamente, requereu: reconhecimento do princípio da consunção entre o delito de porte ilegal de arma de fogo e homicídio; afastamento das qualificadoras; redução da pena-base para o mínimo legal.

Em contrarrazões (fls. 541/544), o Ministério Público requereu o desprovimento do recurso interposto para manter a decisão do Júri em todos os seus termos.

Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça, que se manifestou, às fls. 548/553, pelo conhecimento e desprovimento.

### VOTO

Ante o preenchimento dos pressupostos recursais exigidos, impõe-se o conhecimento do Recurso interposto.

#### **DA PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA**

Antes de examinar a matéria objeto da irresignação, impõe-se o conhecimento de questão de ordem preliminar.

Inicialmente, a Defesa alega que o Júri deveria ser anulado por ter o Conselho de Sentença absolvido o Apelante do delito de homicídio qualificado.

Analisando os autos, verifica-se que, no termo de quesitação, o Conselho de Sentença decidiu, por quatro votos a zero, que o réu Gabriel Rodrigues Pereira deveria ser absolvido do crime de homicídio, conforme consta na resposta aos quesitos (fl. 488).

| Réu               | Gabriel Rodrigues Ferreira                                                                                                                                                                                                                                | SIM       | NÃO      |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|----------|
| Quesito 1º        | No dia 26/06/2011, por volta das 22h50min, no bar da ponte, barra, nesta comarca, foram efetuados disparos com arma de fogo, contra a vítima Edvan da Silva Rosa, causando ferimentos que ensejaram a sua morte, conforme descrito no laudo de necropsia? | 04        | X        |
| Quesito 2º        | O réu concorreu para a prática do fato?                                                                                                                                                                                                                   | 04        | X        |
| <b>Quesito 3º</b> | <b>O jurado absolve o réu?</b>                                                                                                                                                                                                                            | <b>04</b> | <b>X</b> |
| Quesito 4º        | O crime foi praticado por motivo torpe (motivo vergonhoso, nojento, que causa repúdio perante as pessoas)                                                                                                                                                 | 04        | X        |
| Quesito 5º        | O crime foi praticado mediante recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima?                                                                                                                                                            | 04        | X        |

A decisão do Júri pela absolvição do delito de homicídio qualificado seria imperiosa e deveria encerrar o julgamento, considerando-se prejudicados os quesitos supervenientes, porém, no caso em tela, isso não ocorreu, tendo o Magistrado continuado a quesitação, verificando-se que os Jurados reconheceram 02 (duas) qualificadoras, motivo fútil e recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. Bastante provável, portanto, ter ocorrido equívoco no preenchimento das respostas, já que o douto Magistrado *a quo*, na sentença, relatou que o Conselho de Sentença negou a absolvição (fl. 503).

Vejamos:

“Submetido o acusado Gabriel Rodrigues Ferreira a julgamento nesta oportunidade pelo crime de homicídio qualificado, perante o Egrégio Tribunal do Júri, os senhores jurados responderam os quesitos formulados da seguinte maneira:

Nº 1º quesito os jurados afirmaram positivamente acerca da materialidade

Nº 2º quesito afirmaram a autoria do crime pelo réu

**Nº 3º quesito negaram a absolvição**

Nº 4º quesito reconheceram a qualificadora do motivo fútil

Nº 5º quesito reconheceram a qualificadora do emprego de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima”

O renomado Professor Mirabete leciona:

“Como a sentença deve ser prolatada de acordo com as respostas dos jurados, é nula a decisão quando há contradição entre ela e o termo de votação dos quesitos, devendo ser realizado novo julgamento” (in CPP Interpretado, 9ª ed., pág. 1277).

Nesse sentido, também a jurisprudência:

“Tribunal do júri - Homicídio qualificado - Qualificadora reconhecida pelo Conselho de sentença, por expressiva maioria - sentença que desclassifica o crime para homicídio simples - “Erro in procedendo” - contradição entre a sentença e o termo de votação - nulidade absoluta - Decretação de ofício, sem exame do recurso das partes. (TJMG. Relator: Des. Luiz Carlos Biasutti. processo: 1.0000.00.314156-1/000(1) julgado em 08/05/2003)”.

É irrefutável a contradição existente entre o que ficou decidido pelo Conselho de Sentença e o esposado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri na sentença, resultando uma contradição insolúvel, o que macula a decisão soberana do Conselho de Sentença.

A contradição efetivamente configurada nesse feito invalida a decisão, pois ambos os documentos, tanto a ata da decisão do Conselho, reconhecendo a inocência, como a sentença condenatória, gozam de presunção de veracidade, ambos exarados por agentes públicos com fé de ofício.

Inexistindo possibilidade de comprovar-se a absolvição ou a condenação, configura-se insanável o erro material ocorrido na conclusão do Júri popular realizado no dia 30 de setembro de 2015.

### **CONCLUSÃO**

Ante o exposto, reconheço preliminarmente o evidente erro material constante da sentença e, em consequência, a nulidade do julgamento, apenas em relação ao Apelante, pois o quesito absolvição acolhido pelos jurados na votação, por quatro votos a zero, conforme consta do termo de votação, absolveu o réu da imputação de homicídio qualificado, destoa frontalmente do comando sentencial proferido pelo Juiz Presidente do Tribunal de Júri, não sendo possível identificar se o erro ocorreu no registro efetuado na ata conclusiva da votação ou se na elaboração do veredicto registrado pela autoridade judicante. Por essas razões, voto no sentido de anular o julgamento a fim de que seja realizado novo Júri apenas em relação ao Apelante.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 000055-59.2010.8.05.0268, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 15/03/2016**

***PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL. ART. 121, § 1º, PRIMEIRA FIGURA, DO CP. 1. DECISÃO DO JÚRI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. OPÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA POR UMA DAS TESES DEFENSIVAS COM AMPARO NAS EVIDÊNCIAS DOS AUTOS. 2. REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DO PRIVILÉGIO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 1/3 (UM TERÇO). ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA MINORAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.***

***1. Na hipótese, o Conselho de Sentença acolheu a tese da defesa de reconhecimento do privilégio ao entendimento de que réu agiu em razão de relevante valor moral, qual seja, ter sido traído por sua esposa e humilhado publicamente na localidade em que residia, inclusive pela Vítima. Portanto, não é possível dizer que a decisão foi arbitrária ou contrária à prova dos autos, única possibilidade admitida para a anulação do veredicto popular, visto que a versão acolhida tem amparo nas evidências dos autos.***



*2. Infere-se da sentença objurgada que o juízo Sentenciante, ao reduzir a pena intermediária em razão do privilégio, utilizou a fração redutora de 1/6 (um sexto), ou seja, a mínima prevista § 1º, do art. 121, do Código Penal. Contudo, a escolha do quantum redutor exige motivação idônea que, in casu, não consta do comando sentencial. Desse modo, deve ser modificada a fração redutora no patamar máximo de 1/3 (um terço), inicialmente em função da ausência de fundamentação suso apontada, mas também considerando as circunstâncias do caso e as favoráveis balizadoras do art. 59 do Código Penal.*

**3. Recurso conhecido e provido, nos termos do Parecer da Procuradoria de Justiça.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0000055-59.2010.8.05.0268 da Comarca de Urandi - BA, na qual figura como Apelante CICERO ISMAEL DE OLIVEIRA e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e DAR PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO PARA APLICAR A FRAÇÃO REDUTORA MÁXIMA DE 1/3 (UM TERÇO) referente à incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 1º, do art. 121, do Código Penal, pelas razões alinhadas no voto do Relator.

### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta (fl. 221) por Cicero Ismael de Oliveira em face da Sentença (fls. 215/217) proferida nos autos da ação penal contra si proposta, a qual condenou o Réu à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, regime inicial semiaberto, além do pagamento das custas processuais, pela prática do crime tipificado no art. 121, § 1º, primeira figura, do Código Penal.

Nas Razões (fls. 229/236), a Defesa sustenta a tese de que a decisão do Júri fora proferida em manifesta contrariedade à prova dos autos e, alternativamente, que a pena fora arbitrada de forma exacerbada.

Asseverou que em todas as fases da persecução criminal o Apelante negou a autoria dos fatos, esclarecendo que quando trafegava por uma das vias da localidade do Cantinho, a Vítima, que conduzia uma motocicleta, ao avistá-lo, “sacou uma arma de fogo oportunidade em que veio a desequilibrar e cair no solo” e, “na queda, JUAREZ deixou que a arma também caísse”, momento em que entrou em luta corporal com este pela posse da arma, “quando esta veio a disparar, atingindo a vítima”.

Afirma que a versão apresentada encontra-se em consonância com o acervo probatório, restando provado que a arma em questão era de propriedade da vítima, bem como inexistirem testemunhas presenciais dos fatos, razões pelas quais não pairam dúvidas da inocência e, acaso houvessem, militariam em favor do Recorrente (in dubio pro reu).

Certifica que, apesar da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, o que implicou fixação da pena-base no patamar mínimo legal, o juízo Sentenciante equivocou-se na aplicação da causa especial de diminuição de pena pois, além de não explicitar o quantum redutor deixou de minorá-la na fração máxima.

Ao final, pugnou pelo provimento do Apelo para o fim de anular o julgamento proferido em manifesta contrariedade à prova dos autos e, alternativamente, seja a pena definitiva arbitrada em 04 (quatro) anos de reclusão.

O Ministério Público apresentou as Contrarrazões (fls. 238/242), refutando as alegações da Defesa e pugnado pelo improvimento ao Apelo.

Remetidos os autos a este Egrégio Tribunal, foram os mesmos distribuídos (fl. 244), cabendo-me a Relatoria.

A Procuradoria de Justiça por meio do Parecer de fls. 247/256, opina pelo “conhecimento e provimento parcial do recurso de Apelação, apenas no tocante à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º, no patamar máximo legal, mantendo-se o restante da decisão do Conselho de Sentença em todos os seus termos”.

Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que submeto ao crivo da revisão.

### VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

Narra a Denúncia que, em 31.05.2004, por volta das 20:30 horas, em uma rua do Povoado de Cantinho, Urandi-BA, o Apelante, agindo com animus necandi, deflagrou 03 (três) disparos de arma de fogo, revólver calibre .38, contra a Vítima Juarez Soares Cerqueira, ceifando-lhe a vida. Consoante a acusação, o Recorrente estava conduzindo veículo de sua propriedade, modelo caçamba, quando deparou-se com a vítima que conduzia uma motocicleta, tendo aquele lançado o seu veículo contra a motocicleta deste que, também atingiu uma residência. Ato contínuo, o Apelante sacou a referida arma efetuando os disparos culminando com a morte da Vítima, tendo evadido do local em alta velocidade.

O Apelo merece provimento apenas no que se refere ao pedido de redução da pena privativa de liberdade imposta na sentença vergastada.

Compulsando os autos observa-se que o Conselho de Sentença, por maioria, acolheu a tese da Defesa de que o Apelante agiu impelido por relevante valor moral, o que não se apresenta contrária à prova dos autos. Verifica-se, segunda narrativa do Recorrente em Plenário, as circunstâncias em os fatos ocorreram, bem assim o fato de que a Vítima manteve um relacionamento amoroso com sua esposa e, por isso, o provocava e humilhava:

“confirma ter matado Juarez Soares Cerqueira no dia 31 de maio de 2004, por volta de 08:30 da noite; que existia um relacionamento amoroso entre Juarez e a esposa do interrogado há muito tempo mas ele não sabia; que esteve na casa de Juarez para perguntar sobre esse relacionamento; que Juarez confirmou que teve um caso com sua esposa e então o interrogado saiu rapidamente; (...) que ouvia boatos na cidade sobre a traição de sua esposa; que sua esposa confirmou acerca do relacionamento amoroso e depois foi embora; (...) tomou conhecimento da traição cerca de um mês antes do crime, no dia da discussão na casa de Juarez; (...) que já presenciou certa vez no bar Juarez dizer que já tinha comido sua esposa e agora ia comer sua namorada; que Juarez ficava provocando o interrogado; (...) que afirma que foi o interrogando que matou Juarez porque estava em luta corporal e não o interrogando; que esteve na Delegacia para registrar ocorrência em relação às questões envolvendo a sua honra (...) que registrou a ocorrência porque jogaram um bilhete dentro de seu caminhão dizendo que era corno, dentre outras coisas (...). “ (Interrogatório em Plenário à fl. 207).

*Corroborando a versão do caso amoroso entre a Vítima e a esposa do Apelante, bem como a existência de comentários acerca do fato e de que este era qualificado como “corno”, os depoimentos prestados pelas testemunhas Cleonice Leal da Cruz (fls. 18 e 203), Gilson Soares Cirqueira (fls. 09*

e 205), bem como da esposa da Vítima, Dalice Maria de Jesus (fls. 51 e 204) e Aurelino Ribeiro da Cruz (fl. 11).

Neste contexto, o Conselho de Sentença acolheu a tese da defesa de reconhecimento do privilégio ao entendimento de que réu agiu em razão de relevante valor moral, qual seja, ter sido traído por sua esposa e humilhado publicamente na localidade em que residia, inclusive pela Vítima, acolhendo a versão apresentada pelo Réu. Portanto, não é possível dizer que a decisão foi arbitrária ou contrária à prova dos autos, única possibilidade admitida para a anulação do veredicto popular, visto que a versão acolhida tem amparo nas evidências dos autos.

A decisão popular in casu tem respaldo no acervo probatório, devendo ser respeitada, sob pena de se violar o princípio constitucional da soberania popular, insculpido no artigo 5º, XXXVIII, “c”, da Carta Magna de 1988.

Infere-se da sentença objurgada que o juízo Sentenciante, ao reduzir a pena intermediária em razão do privilégio, utilizou a fração redutora de 1/6 (um sexto), ou seja, a mínima prevista § 1º, do art. 121, do Código Penal.

Contudo, a escolha do quantum redutor exige motivação idônea que, in casu, não consta do comando sentencial. Desse modo, não havendo declinação acerca do motivo pelo qual a pena foi reduzida na fração mínima, constata-se inobservância ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Neste diapasão, deve ser modificada a fração redutora no patamar máximo de 1/3 (um terço), inicialmente em função da ausência de fundamentação suso apontada, mas também considerando as circunstâncias do caso e as favoráveis balizadoras do art. 59 do Código Penal. À nova dosimetria.

Mantem-se a fundamentação esposada na primeira fase, restando a pena-base arbitrada no patamar mínimo legal de 06 (seis) anos de reclusão. Em seguida, ausente circunstâncias atenuantes elou agravantes, bem como causas de aumento de pena, reduz-se a pena na fração máxima de 1/3 (um terço) - correspondente a 02 anos -, restando a pena definitiva arbitrada em 04 (quatro) anos de reclusão.

Considerando os termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, permanece o regime inicial semiaberto.

Firme em tais considerações, VOTO pelo conhecimento e PROVIMENTO EM PARTE DO RECURSO para, APLICAR A FRAÇÃO REDUTORA MÁXIMA DE 1/3 (UM TERÇO), em razão da privilegiadora prevista no § 1º, do art. 121, do Código Penal, restando a pena definitiva arbitrada em 04 (quatro) anos de reclusão, mantendo a sentença a quo em seus demais termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal. Estupro de vulnerável. Nº 0002712-43.2013.8.05.0211, Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, julgado em 18/08/2016**

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE MENOR OCORRIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.015/09. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE LAUDO PERICIAL SUSCITADA PELA DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DEMONSTRADA. PROVAS SUFICIENTES PARA EMBASAR UMA CONDENAÇÃO. PENA REDIMENSIONADA. APELAÇÕES CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS, PARA AFASTAR A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, CONFORME PLEITEADO PELO RÉU, E PARA RECONHECER A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, ALÍNEA “F”, DO CP, ATENDENDO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO,

SENDO A PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 7 ANOS DE RECLUSÃO.

#### PRELIMINAR DA DEFESA

A defesa do apelante José Eduardo de Jesus suscita, preliminarmente, a nulidade do laudo pericial por considerá-lo inconclusivo e por ter sido realizado a destempo.

É sabido pelos operadores do direito que é comum, nos crimes sexuais, a inexistência de vestígios materiais que demonstrem, de forma incontroversa, a materialidade do crime, motivo pelo qual é pacífico, na jurisprudência, o entendimento de que o laudo pericial não é imprescindível, quando há outros elementos de prova que comprovam a ocorrência da infração penal, como no presente caso.

#### PRELIMINAR REJEITADA.

#### II – DO MÉRITO

Do recurso interposto por José Eduardo de Jesus.

**PLEITO DE ABSOLVIÇÃO.** É pacífico o entendimento jurisprudencial de que o depoimento prestado pela vítima é meio idôneo de prova, podendo lastrear uma condenação, se ela descreve o desenrolar dos fatos detalhadamente e com ideias conexas, devendo a prova oral ser firme, coerente, harmônica e corroborada por outros elementos de provas, como os depoimentos de testemunhas de acusação, que, no caso em comento, se fizeram presentes.

Assim, restou comprovada a responsabilidade criminal do réu José Eduardo de Jesus pela prática do crime inculcado no artigo 213, c/c o art. 224, alínea “a”, conforme a redação anterior à vigência da Lei 12.015/09, todos do Código Penal.

Alega também a defesa que circunstâncias judiciais consideradas em desfavor do réu não deveriam ter sido valoradas negativamente, devendo a pena ser fixada no mínimo legal e que deveria ser fixado o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena.

Havendo recursos da acusação e da defesa tratando de teses que necessitam de reavaliação da dosimetria, essas matérias serão examinadas, ao final, em conjunto.

Do recurso interposto pelo Ministério Público.

#### PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO.

Quanto ao pedido da acusação para que seja reconhecida a existência do crime continuado, visto que ocorreu violência sexual por várias vezes, o pleito requerido não merece prosperar.

O crime de estupro em análise ocorreu antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, ou seja, para que restasse configurado o respectivo delito, na forma continuada, teria que ter sido praticada conjunção carnal por diversas vezes. Contudo, as provas contidas nos autos não autorizam concluir pela ocorrência da continuidade delitiva do estupro, porquanto, consoante correto posicionamento da Juíza Sentenciante, a ofendida não teve ruptura total do hímen (fls. 25/25-verso), o que seria de se esperar que ocorresse, caso tivesse havido conjunção carnal por várias vezes.

Alega também a acusação que deveriam ter sido valoradas em desfavor do réu 3(três) circunstâncias judiciais, reconhecida a circunstância agravante pre-

vista no art. 61, inc. II, alínea “f”, do CP, e que deveria ser fixado o regime fechado como o inicial para o cumprimento da pena.

Conforme afirmado anteriormente, havendo recursos da acusação e da defesa tratando de teses que necessitam de reavaliação da dosimetria, essas matérias serão agora examinadas em conjunto.

### III – DA DOSIMETRIA DA PENA

#### PRIMEIRA FASE.

Analisando a dosimetria aplicada na sentença, verifica-se que, na primeira fase, assiste razão ao Réu/Recorrente em sua irresignação, porquanto a Juíza valorou negativamente circunstâncias judiciais em desacordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, devendo ser todas as valorações negativas afastadas e a pena-base fixada no mínimo legal, não havendo como prosperar a tese Ministerial de necessidade de valoração negativa de 3(três) circunstâncias judiciais.

No caso em tela, a Juíza sentenciante considerou que deve ser aplicada ao réu a pena prevista no art. 213 do CP antes da alteração promovida pela Lei 12.015/09.

Apesar de a MM. Juíza de Direito ter decidido corretamente pela aplicação da antiga redação do art. 213 do CP, tanto a Juíza sentenciante quanto o Ministério Público se equivocaram em considerar que a pena mínima aplicável, pela legislação em vigor à época, seria 4 anos, visto que, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o patamar mínimo aplicável ao crime em comento era de 6 anos, e não de 4 anos, como foi alegado nas razões recursais pelo Órgão Ministerial e considerado pela Juíza sentenciante ao fixar a pena-base.

Não obstante o princípio da dialeticidade, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, podendo o Tribunal *ad quem* analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados pelo Juiz nem pelo recorrente.

Ademais, no recurso da acusação, o Ministério Público requereu, entre outros pedidos, o aumento da pena fixada na sentença, inclusive solicitando a valoração negativa de circunstâncias judiciais que não foram valoradas em desfavor do réu pela Juíza sentenciante, o que respalda, ainda mais, uma análise do Tribunal, com ampla profundidade, da dosimetria da pena.

Assim, fixo a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 6 anos de reclusão.

#### SEGUNDA FASE.

Acolho o pedido do Ministério Público quando pleiteia o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea “f”, do CP, em razão do réu ter-se valido das relações domésticas ao praticar o crime na casa da vítima.

Não havendo outras circunstâncias agravantes nem atenuantes reconhecidas pela Juíza Sentenciante, agravo a pena em 1/6, perfazendo um total de 7 anos de reclusão.

Assiste razão, portanto, ao Ministério Público nesse aspecto.

#### TERCEIRA FASE.

Inexistindo causas de aumento ou de diminuição aplicadas pela MM. Juíza de Direito, fixo, em definitivo, a pena de 7 anos de reclusão.

#### REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

Nesse ponto, houve insurgência de ambos os apelantes. Enquanto a defesa pleitou o regime aberto a acusação requereu o fechado.



Considerando o redimensionamento de pena promovido, bem como a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, mantenho o regime inicial de cumprimento da pena no semiaberto, em observância ao art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

Sem razão ambos os Recorrentes nesse aspecto.

Apelos conhecidos e parcialmente providos, para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais, conforme pleiteado pelo Réu, e para reconhecer a circunstância agravante prevista no art. 61, II, alínea “F”, do CP, atendendo ao apelo do Ministério Público, sendo a pena definitiva redimensionada para 7 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantendo a sentença, no mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002712-43.2013.8.05.0211, da Comarca de Riachão do Jacuípe, Bahia, em que figuram como recorrentes o Ministério Público e José Eduardo de Jesus, sendo recorridos José Eduardo de Jesus e o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA E, NO MÉRITO, POR MAIORIA, DAR PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS, PARA AFASTAR A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, CONFORME PLEITEADO PELO RÉU, E PARA RECONHECER A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, ALÍNEA “F”, DO CP, ATENDENDO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SENDO A PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 7 ANOS DE RECLUSÃO**, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantendo a sentença, no mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelas razões contidas no voto do Relator.

### RELATÓRIO

Denunciado pela prática do crime previsto no art. 213, c/c o artigo 224, alínea “a” (ambos com a redação anterior à entrada em vigor da Lei 12.015/09), c/c o art. 71, todos do Código Penal, o acusado José Eduardo de Jesus foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, conforme a sentença de folhas 72/75.

Irresignados com a sentença condenatória, o Ministério Público e o réu, por intermédio de seu Advogado, interpuseram os recursos de apelação de folhas 78 e 79.

Nas razões apresentadas pela Promotoria Pública (fls. 80/88), a acusação requer o reconhecimento da existência do crime continuado, visto que, por várias vezes, ocorreu a violência sexual.

Requeru também a mudança do regime inicial de cumprimento de pena fixado no semiaberto para o regime fechado, tendo em vista a Lei 8.072/90.

Pleiteia, ainda, a reforma da dosimetria da pena-base por considerar que três circunstâncias judiciais deveriam ser valoradas em desfavor do réu.

Por fim, requer o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea “F”, do CP.

Em contrarrazões (fls. 112/118), a defesa do acionado argumenta, em síntese, que, em razão do laudo pericial ser inconclusivo e ter sido realizado a destempo, o exame mencionado é

incapaz de comprovar a materialidade e autoria do crime em tela, seja na forma continuada ou não, motivo pelo qual requer a absolvição do sentenciado.

Subsidiariamente, pleiteia a manutenção do regime inicial de cumprimento da pena no semiaberto, visto que o STF reconheceu a inconstitucionalidade do §1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90.

Por fim, defende a manutenção da dosimetria de pena fixada na sentença.

Nas razões recursais apresentadas pela defesa (fls. 90/98), o Advogado do apelante José Eduardo de Jesus alega, preliminarmente, a nulidade do laudo pericial por ser inconclusivo e ter sido realizado a destempo.

No mérito, requer, em síntese, a absolvição do réu, em razão de não existirem provas suficientes para embasar uma condenação, homenageando, assim, o princípio *in dubio pro reo*.

Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena, para fixá-la no mínimo legal, por entender que as circunstâncias judiciais consideradas em desfavor do réu não deveriam ter sido valoradas negativamente.

Por fim, pleiteia que seja aplicado o regime inicial aberto para o cumprimento de pena.

Nos termos do parecer de folhas 122/139, o *Parquet* opinou pelo provimento parcial do recurso de apelação do Ministério Público, no tocante ao pleito pelo reconhecimento da existência do crime continuado e da aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, inc. II, alínea “F”, do Código Penal, e pelo improvimento da apelação interposta pela defesa do réu.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade das apelações interpostas pela defesa e acusação, as conheço.

### I – DA PRELIMINAR DA DEFESA

A defesa do apelante José Eduardo de Jesus suscita, preliminarmente, a nulidade do laudo pericial por considerá-lo inconclusivo e por ter sido realizado a destempo.

Com efeito, como bem observou a douta Procuradoria de Justiça, à fl. 125, o laudo, cuja nulidade é suscitada, *“só apontaria a violência real caso o estupro tivesse ocorrido horas ou dias antes do exame, o que não ocorreu no caso em comento. Portanto, o objetivo dessa perícia cinge-se a demonstrar uma possível ruptura do hímem da vítima, ainda que parcial.”*

Ademais, é sabido pelos operadores do direito que é comum, nos crimes sexuais, a inexistência de vestígios materiais que demonstrem, de forma incontroversa, a materialidade do crime, motivo pelo qual é pacífico na jurisprudência o entendimento de que o laudo pericial não é imprescindível, quando há outros elementos de prova que comprovam a ocorrência da infração penal, como no presente caso. Nesse sentido, é o posicionamento consolidado do STJ, *in verbis*:

*“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL APTA A EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS NÃO CO-NHECIDO.*

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz

dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- É inadmissível, em sede de habeas corpus, o conhecimento do pleito de absolvição por falta de provas, tendo em vista o necessário revolvimento fático-probatório incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional.

- Ademais, nos crimes sexuais a ausência de laudo pericial não afasta a materialidade do delito, tendo em vista que, praticado na clandestinidade e muitas vezes não deixando vestígios, a palavra da vítima em consonância com a prova testemunhal autoriza a condenação.

- A jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal é firme no sentido de que a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum na pena corporal imposta, devendo ser observadas todas as circunstâncias do caso concreto, sobretudo as contidas no art. 59 do CP.

- Na hipótese dos autos não há nenhuma ilegalidade na decisão que fixou o regime mais gravoso, pois, embora a reprimenda imposta ao ora paciente tenha sido fixada em 7 (sete) anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, considerando-se como negativas algumas circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social e consequências do crime) autorizando, assim, a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

*Habeas corpus não conhecido.*”. (HC 240393-BA, Relator (a) Min. Ministra MARILZA MAYNARD, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 24/06/2013)

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do laudo pericial.

## II – DO MÉRITO

### Do recurso interposto por José Eduardo de Jesus.

Pleiteia a defesa em suas razões recursais:

1 - absolvição em razão de não existirem provas suficientes para embasar uma condenação, homenageando, assim, o princípio *in dubio pro reo*.

2 - Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena, para fixá-la no mínimo legal, por entender que as circunstâncias judiciais consideradas em desfavor do réu não deveriam ter sido valoradas negativamente.

3 - Por fim, pleiteia que seja aplicado o regime inicial aberto para o cumprimento de pena.

Não há que se falar em absolvição quando as declarações da ofendida revelam, com clareza, ser o recorrente José Eduardo de Jesus o autor do delito pelo qual foi sentenciado, visto que a vítima C. da C., às folhas 57, relata, com riqueza de detalhes, os atos libidinosos que foram praticados pelo apelante. Vejamos:

*“(...) realmente sofreu abuso do réu; que o réu namorava a genitora da declarante; que quando o réu ia para a casa da mãe da declarante, aproveitava quando esta dormia para ir para o quarto da declarante; que lá mantinha relação sexual com a declarante; que o réu falava que era para a declarante ficar calada e não contar nada para ninguém; que da primeira vez que manteve relação sexual com o réu a declarante sentiu dor; que as relações sexuais ocorreram várias vezes; que quando pai da declarante descobriu, levou a declarante para morar com ele; que o réu pediu à declarante para dizer que os fatos eram mentira; que a declarante ficava com medo do réu; (...) que inicialmente teve muito medo do réu, por isso mentiu sobre os abusos; que a declarante dizia ao réu que não queria manter relação sexual com ele, mas como ele tinha mais força, as relações sempre aconteciam”.*

É cediço, no meio jurídico, que os crimes contra a dignidade sexual são geralmente praticados dentro da clandestinidade e sem deixar vestígios, razão pela qual a palavra da vítima tem especial relevância probatória, conforme sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Senão vejamos (grifos acrescidos):

*“CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ATESTADO DE POBREZA E REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. COLIDÊNCIA DE INTERESSES. CURADOR ESPECIAL. NOMEAÇÃO A DESTEMPO. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE EM DELITOS CONTRA OS COSTUMES. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM DENEGADA. I. Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação inequívoca do ofendido ou de seu representante legal, no sentido de que sejam tomadas providências visando à apuração da suposta prática delituosa. II. A aferição do estado de pobreza pode ser feita através de simples análise das condições de vida da vítima e representantes, não sendo indispensável um atestado. III. Existência de confronto de interesses entre a segunda vítima e sua genitora, ocasionando a nomeação de curador especial ocorrida posteriormente ao recebimento da denúncia. IV. Se a representação foi oferecida pela curadora especial, tem-se como suprida a exigência legal, “permitindo o prosseguimento da persecutio criminis in judicio”. V. A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. VI. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório, tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária. VII. Maiores considerações sobre a atipicidade da conduta que refogem à via eleita. VIII. Ordem denegada”.* (HC 47.212-MT, Relator (a) Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 16/02/2006, DJe 13/03/2006).

Testemunhas de acusação prestaram depoimento diante da Autoridade Judicial que corroboram os relatos da ofendida, conforme trechos de testemunhos transcritos a seguir.

O Sr. R. da C. de J., pai da ofendida, relatou em depoimento judicial:

*“(...); que a vítima contou para a companheira do declarante que estava sendo abusada pelo réu; que à época a vítima tinha uns 11 anos de idade; que a vítima dizia que o réu ia para a sua casa e ficava bebendo com a sua genitora; que depois que a sua genitora dormia ia para o quarto e abusava dela; que confirma o que disse na delegacia que a vítima lhe disse que o réu a beijava, a acariciava, colocava o dedo na vagina da mesma e colocava pênis e ainda sujava as pernas dela; (...)”* (fls. 58)

A Sra. V. de J. da S., companheira do pai biológico da vítima, prestando depoimento judicial (fls. 59), informou:

*“(...) que a vítima disse que estavam fazendo ousadia com ela; que inicialmente não disse quem era o autor dos abusos ; que depois informou que era o réu; que disse que sempre que o réu ia em sua casa ou a mãe da vítima e seus filhos iam dormir na casa do réu, o réu bebia com a mãe da vítima e quando a mãe dormia, o réu mantinha relação sexual com a vítima; que a depoente perguntou se o réu já tinha colocado alguma coisa em sua vagina; que a vítima disse que sim, que tinha sentido dor e que o réu tinha mandado ela se lavar; que quando ela chegou no quintal saiu uma coisa dela, parecendo um mingau; que disse que os abusos ocorreram várias vezes; (...)”*

Nesse contexto, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que o depoimento prestado pela vítima é meio idôneo de prova, podendo lastrear uma condenação, se ela descreve o desenrolar dos fatos detalhadamente e com ideias conexas, devendo a prova oral ser firme, coerente,



harmônica e corroborada por outros elementos de provas, como os depoimentos de testemunhas de acusação, que, no caso em comento, se fizeram presentes:

***“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO, ANTE A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO DA AUTORIA BASEADO APENAS NA OITIVA DA VÍTIMA. TESE QUE NÃO PODE PROSPERAR. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E RATIFICADO EM JUÍZO. CONVICÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO COMPETE A ESTA CORTE INFIRMAR, MORMENTE NA VIA PROCESSUAL ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. EXAME PERICIAL. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO - FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. 1. Não se mostra possível, na espécie, infirmar a convicção dos graus de jurisdição antecedentes acerca da materialidade e autoria. O remédio constitucional do habeas corpus não é a via processual adequada para a análise de fático-probatória, tarefa atribuível às instâncias ordinárias - soberanas quanto a tal discussão. 2. Ainda que assim não o fosse, a tese de fragilidade da prova da autoria, baseada apenas na oitiva da vítima, não pode prosperar, pois “[o] reconhecimento fotográfico do acusado [realizado na fase inquisitorial], quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório” (STF, HC 104.404/MT, 1.ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 29/11/2010). 3. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios para o exame do corpo de delito, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma. 4. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório. 5. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, v.g.. ORDEM DENEGADA. 6. Writ denegado.” (HC 164.113/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011)***

Apesar do exame pericial de folhas 25 não atestar a materialidade delitiva, tal situação não tem o condão de desacreditar a versão dos fatos relatada pela vítima, visto que é comum, nos crimes sexuais, a ausência de vestígios materiais que demonstrem, de forma incontroversa, a ocorrência do delito e a autoria da violência.

Assim, restou comprovada a responsabilidade criminal do réu José Eduardo de Jesus pela prática do crime insculpido no artigo 213, c/c o art. 224, alínea “a”, conforme a redação anterior à vigência da Lei 12.015/09, todos do Código Penal.

Sem razão, portanto, o Réu/Recorrente no seu pleito de absolvição.

Alega também a defesa que circunstâncias judiciais consideradas em desfavor do réu não deveriam ter sido valoradas negativamente, devendo a pena ser fixada no mínimo legal, e que deveria ser fixado o regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena.



Havendo recursos da acusação e da defesa tratando de teses que necessitam de reavaliação da dosimetria, essas matérias serão examinadas, ao final, em conjunto.

**b) Do recurso interposto pelo Ministério Público.**

Pleiteia a acusação em suas razões recursais:

Reconhecimento do crime continuado.

Redimensionamento da pena, com valoração negativa de 3 (três) circunstâncias judiciais, e reconhecimento da circunstância agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea “f”, do CP.

Por fim, pleiteia que seja aplicado o regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

Quanto ao pedido da acusação para que seja reconhecida a existência do crime continuado, visto que ocorreu violência sexual por várias vezes, o pleito requerido não merece prosperar, conforme fundamentos a seguir.

O crime de estupro em análise ocorreu antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, ou seja, para que restasse configurado o respectivo delito, na forma continuada, teria que ter sido praticada conjunção carnal por diversas vezes.

Contudo, as provas contidas nos autos não autorizam concluir pela ocorrência da continuidade delitiva do estupro, porquanto, consoante correto posicionamento da Juíza Sentenciante, a ofendida não teve ruptura total do hímen (fls. 25/25-verso), o que seria de se esperar que ocorresse, caso tivesse havido conjunção carnal por várias vezes.

Sem razão, portanto, o Ministério Público/Recorrente nesse aspecto.

Alega também a acusação que deveriam ter sido valoradas em desfavor do réu 3(três) circunstâncias judiciais, reconhecida a circunstância agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea “f”, do CP, e que deveria ser fixado o regime fechado como o inicial para o cumprimento da pena.

Conforme afirmado anteriormente, havendo recursos da acusação e da defesa tratando de teses que necessitam de reavaliação da dosimetria, essas matérias serão agora examinadas em conjunto.

### **III – DA DOSIMETRIA DA PENA**

#### **PRIMEIRA FASE.**

Analizando a dosimetria aplicada na sentença, verifica-se que, na primeira fase, assiste razão ao Réu/Recorrente em sua irrisignação, porquanto a Juíza valorou negativamente circunstâncias judiciais em desacordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, devendo ser todas as valorações negativas afastadas e a pena-base fixada no mínimo legal, não havendo como prosperar a tese Ministerial de necessidade de valoração negativa de 3(três) circunstâncias judiciais.

Com efeito, o recorrente agiu com culpabilidade normal ao crime, o que impossibilita a valoração negativa de tal circunstância; não possui antecedentes criminais, uma vez que não existe decisão transitada em julgado contra o apelante; não existem elementos suficientes nos autos para uma valoração negativa da conduta social e da personalidade do acusado; o fato do réu ter-se valido das relações domésticas e praticado o crime na casa da vítima justificaria a valoração negativa das circunstâncias do crime. Contudo, deixo de valorá-la negativamente, para evitar a ocorrência de bis in idem, visto que tal conduta será considerada na segunda fase (art. 61., alínea “f”, do CP), conforme pleiteado pela própria acusação em suas razões recursais; as provas produzidas nos autos não são suficientes para avaliar as consequências do crime, razão pela qual não cabe valoração negativa; o comportamento da vítima não contribuiu para a ocorrência do crime, não devendo, portanto, ser valorado.

No caso em tela, a Juíza sentenciante considerou que deve ser aplicado ao réu a pena prevista no art. 213 do CP antes da alteração promovida pela Lei 12.015/09.

Em suas razões recursais, o Ministério Público, ao concordar com a Juíza de que deve ser aplicada a antiga redação do art. 213 do CP, afirma que a pena mínima aplicável, pela redação anterior, seria 4 anos e a máxima 10 anos.

Contudo, apesar de a MM. Juíza de Direito ter decidido corretamente pela aplicação da antiga redação do art. 213 do CP, tanto a Juíza sentenciante quanto o Ministério Público se equivocaram em considerar que a pena mínima aplicável, pela legislação em vigor à época, seria 4 anos, visto que, antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o patamar mínimo aplicável ao crime em comento era de 6 anos, e não de 4 anos, como foi alegado nas razões recursais pelo Órgão Ministerial e considerado pela Juíza sentenciante ao fixar a pena-base.

Não obstante o princípio da dialeticidade, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, podendo o Tribunal *ad quem* analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados pelo Juiz nem pelo recorrente.

Ademais, no recurso da acusação, o Ministério Público requereu, entre outros pedidos, o aumento da pena fixada na sentença, inclusive solicitando a valoração negativa de circunstâncias judiciais que não foram valoradas em desfavor do réu pela Juíza sentenciante, o que respalda, ainda mais, uma análise do Tribunal, com ampla profundidade, da dosimetria da pena.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 6 anos de reclusão.

#### SEGUNDA FASE.

Acolho o pedido do Ministério Público quando pleiteia o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea “f”, do CP, em razão do réu ter-se valido das relações domésticas ao praticar o crime na casa da vítima.

É que restou fartamente demonstrado que o Réu/Recorrente se valeu das relações domésticas na prática do delito, porque: ***“namorava a genitora da vítima que relatou em seu depoimento que: “quando o réu ia para a casa da mãe da declarante, aproveitava quando esta dormia para ir para o quarto da declarante; que lá mantinha relação sexual com a declarante;”*** (vítima C. da C., fl. 57).

Não havendo outras circunstâncias agravantes nem atenuantes reconhecidas pela Juíza Sentenciante, agravo a pena em 1/6, perfazendo um total de 7 anos de reclusão.

Assiste razão, portanto, ao Ministério Público nesse aspecto.

#### TERCEIRA FASE.

Inexistindo causas de aumento ou de diminuição aplicadas pela MM. Juíza de Direito, fixo, em definitivo, a pena de 7 anos de reclusão.

#### REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

Nesse ponto, houve insurgência de ambos os apelantes. Enquanto a defesa pleiteou o regime aberto a acusação requereu o fechado.

Considerando o redimensionamento de pena promovido, bem como a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, mantenho o regime inicial de cumprimento da pena no semiaberto, em observância ao art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

Sem razão ambos os Recorrentes nesse aspecto.

#### III – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, **VOTO PELA REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA E, NO MÉRITO, PELO PROVIMENTO PARCIAL DE AMBOS OS RECURSOS, PARA AFASTAR A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, CONFORME PLEITEADO PELO RÉU, E PARA RECONHECER A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, ALÍNEA “F”, DO CP, ATENDENDO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SENDO A PENA DEFINITIVA**

**REDIMENSIONADA PARA 7 ANOS DE RECLUSÃO**, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantendo a sentença, no mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 0082446-62.2011.8.05.0001, Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Des. João Bosco de Oliveira Seixas , julgado em 08/06/2016**

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90 C/C ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA FUNDAMENTADA. DUPLICIDADE DE RAZÕES RECURSAIS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DOLO GENÉRICO SUFICIENTE. COMPORTAMENTO REITERADO. MERA NEGLIGÊNCIA AFASTADA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS GESTORES. OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO. DÍVIDA FISCAL NÃO QUITADA. CULPABILIDADE. CRIME CONSUMADO COM O LANÇAMENTO DEFINITIVO. SÚMULA VINCULANTE 24 DO STF. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. ERRO MATERIAL. VALOR DO DIA-MULTA. OMISSÃO. FIXAÇÃO *EX OFFICIO*. IMPROVIMENTO.

1. Apelantes condenados pela prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90 (em continuidade delitiva), à seguinte reprimenda cada Recorrente: 3 (três) anos de reclusão (em regime inicial aberto) e 15 (quinze) dias- multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam, multa e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

2. A sentença de primeiro grau está suficientemente fundamentada, o que afasta a nulidade ventilada pela defesa.

3. A segunda peça de razões recursais (fls. 1012/1028) deve ser desconsiderada e desentranhada dos autos, porquanto apresentada e juntada posteriormente, quando já havia-se operado a preclusão consumativa.

4. Não é exigível especial fim de agir (intenção de se beneficiar do não recolhimento do imposto) para a configuração do delito no qual incorreram os Apelantes. O dolo genérico é suficiente, pois basta que a conduta se amolde ao comportamento descrito na norma (supressão ou redução de tributo mediante a omissão voluntária de informações às autoridades fazendárias).

5. A empresa da qual os Apelantes eram sócios foi reiteradamente autuada por insuficiência de informações e de recolhimento de tributos, o que revela a má-fé (dolo) e afasta a alegação de mera negligência. Ademais, os Recorrentes eram sócios da operadora de plano de assistência à saúde (Diretor Administrativo e Diretora Financeira) e únicos detentores do poder de gerência e administração nos termos do contrato social (fls. 542/544), razão pela qual lhes competia a devida fiscalização das atividades dos seus subordinados e contratados, a exemplo do escritório de contabilidade.

6. A responsabilidade pessoal dos sócios (prevista nos artigos 134 e 135 do CTN, bem como no artigo 11 da Lei nº 8137/90) decorre da capacidade de entendimento exigível e esperada de quem se faz administrador, a qual, inclu-

sive, dispensa conhecimento técnico especializado nas áreas de contabilidade e administração de empresas e abrange a ciência do dever de fiscalizar e controlar as atividades da sociedade.

7. A conduta dos Apelantes implicou efetiva ofensividade ao bem jurídico tutelado (arrecadação tributária/ erário público). O valor do tributo reduzido (devido e não quitado na data do lançamento) é de R\$ 370.662,94 (trezentos e setenta mil, seiscentos e sessenta e dois reais e noventa e quatro centavos), consoante folha 914. O parcelamento apenas implica suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da pretensão punitiva estatal. A extinção do crédito fiscal está condicionada ao pagamento integral do débito, nos termos do artigo 156 do CTN. Por conseguinte, o delito foi consumado.

8. A quantia efetivamente suprimida é bastante superior a R\$ 1.000,00 (mil reais), montante abaixo do qual a Fazenda Pública Municipal em tela dispensa o ajuizamento de ações ou execuções fiscais, nos termos do artigo 276 do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador (Lei nº 7.186/2006), o que justifica a intervenção do Direito Penal Tributário.

9. Não se verifica, na espécie, a inexigibilidade de conduta diversa. O delito se consumou com o lançamento definitivo do tributo (vide súmula vinculante nº 24 do STF), o qual ocorreu em momento anterior à intervenção e liquidação extrajudicial da operadora de plano de saúde (conduzidas pela ANS).

10. Supre-se, *ex officio*, erro material constante do dispositivo da sentença, para fixar o valor do dia- multa em 14 (quatorze) Bônus do Tesouro Nacional- BTN nos termos do artigo 8º da Lei nº 8.137/90.

**11. Recurso conhecido e improvido. *Ex officio*, fixado o dia- multa em 14 (quatorze) Bônus do Tesouro Nacional- BTN.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 0082446-62.2011.8.05.0001 em que figuram **MISAEI GOMES ARAÚJO E CLAUDIANA SANTANA ARAÚJO** (como Apelantes) e o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** (como Apelado).

Acordam os Desembargadores componentes da 2ª Turma, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO** à presente Apelação, de acordo com o voto do Relator, que foi vertido nos seguintes termos:

### RELATÓRIO

“Trata-se de Apelação Criminal interposta por Misael Gomes Araújo e Claudiana Santana Araújo contra a r. Sentença de fls. 957/960, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador”.

Adoto o relatório da sentença de fls. 957/960 como parte integrante deste acórdão e acrescento que os Apelantes foram condenados pela prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I da Lei 8.137/90 (em continuidade delitiva), à seguinte reprimenda cada Recorrente: 3 (três) anos de reclusão (em regime inicial aberto) e 15 (quinze) dias- multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam, multa e prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas.

Irresignados, os Recorrentes interuseram a presente Apelação (folha 966). Nas razões recursais (fls. 970/986), arguíram a inidoneidade da fundamentação da sentença, sob o argu-



mento de que esta não teria enfrentado o mérito da causa e teria usado argumento incongruente para afastar a tese da defesa. Ademais, quanto ao mérito recursal, alegaram ausência de dolo (imprescindível para a configuração do crime), inofensividade ao bem jurídico (por não haver prova de dano efetivo ao erário público, ante a alegação de que boa parte das parcelas foi quitada) e inexigibilidade de conduta diversa (a dívida não teria sido quitada por circunstâncias alheias à vontade dos Apelantes, haja vista que estes perderam os poderes de administração da empresa após a intervenção da ANS).

Por fim, requereram a absolvição dos Recorrentes de todas as imputações descritas no édito condenatório.

Em contrarrazões (fls. 999/1004), o órgão ministerial refutou a inidoneidade da fundamentação e a pretensão absolutória, bem como sustentou a irretocabilidade da sanção imposta. Por fim, pugnou pelo conhecimento do recurso e pelo seu total improvimento.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do presente apelo, com a manutenção da sentença hostilizada por seus próprios fundamentos (fls. 1007/1010).

Passando a integrar a Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal deste Tribunal, após permuta com o nobre Desembargador Osvaldo de Almeida Bomfim, conforme Decreto Judiciário nº 1.117, de 27.11.2015, os autos vieram-me conclusos na condição de Relator. Depois do exame desses Autos, elaborei o relatório e o submeti à apreciação do eminente Desembargador Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso interposto e passo à análise das questões preliminares.

### 1) QUESTÕES PRELIMINARES

#### 1.1) Da Devida Fundamentação da Sentença.

Os Apelantes não dedicaram um tópico para argüir, expressamente, a nulidade da sentença por carência de fundamentação. Contudo, nas razões recursais, notadamente no que se refere à “inexigibilidade de conduta diversa” e à “ausência de dolo”, foi ventilada a inidoneidade da fundamentação do édito condenatório. Outrossim, como cediço, a nulidade é matéria de ordem pública, passível de conhecimento *ex officio* em qualquer grau de jurisdição.

Nessa senda, cumpre analisar a alegação de que o juiz sentenciante não teria enfrentado o mérito da causa (por não ter valorado as provas colhidas ao longo da instrução) e ter-se-ia limitado a tecer fundamentação genérica e incongruente para rechaçar a tese da defesa.

Da leitura da sentença guerreada, todavia, não se vislumbra a nulidade ventilada.

O douto magistrado *a quo*, embora de forma sucinta, apreciou as teses defensivas, em especial as de ausência de dolo e inexigibilidade de conduta diversa (que os Apelantes alegam não terem sido rejeitadas por fundamentação idônea), consoante se observa dos trechos a seguir transcritos:

“... Com efeito, o comportamento dos acusados está revestido de ilicitude e culpabilidade, não assistindo razão à defesa na alegação da presença de uma excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, porque os réus estavam cientes do seu agir, devendo deles sim ser exigida conduta de acordo com a norma proibitiva prevista no tipo penal por eles praticado.

Ademais, a alegação de ausência de dolo não merece acolhida, pois o elemento subjetivo nesta espécie de crime é genérico e consiste na vontade livre e consciente de suprimir imposto sobre



a renda ou proventos de qualquer natureza, embora o especial fim de agir não seja elemento do tipo, ou seja, não é essencial o dolo específico ou especial fim de agir, isso porque o crime de sonegação fiscal consiste em reduzir ou suprimir tributo por meio de uma das condutas arroladas e não em adotar uma daquelas condutas com o fim de suprimir ou reduzir tributo...”

(trechos constantes à folha 958 da sentença de fls. 957/960)

O ordenamento jurídico pátrio adota, em regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz (vide artigo 155 do Código de Processo Penal). Logo, não se exige que o decreto condenatório rechace todos os argumentos deduzidos, quando as teses defensivas forem fundamentadamente afastadas por outras razões.

A respeito da fundamentação da sentença, o ilustre professor Renato Brasileiro de Lima tece as seguintes considerações:

*“... Quanto à necessidade de enfrentamento de todas as teses apresentadas pela defesa por ocasião da prolação da sentença, os Tribunais Superiores têm entendido que não há falar em nulidade da sentença se ficar evidenciado que todas elas foram apreciadas pelo magistrado, ainda que de maneira sucinta, direta ou indiretamente. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se desnecessária a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, restar claro que o Julgador adotou posicionamento contrário. Assim, não se tem como omissa uma sentença que, conquanto não se refira, expressamente, a um suposto alibi apresentado pelo acusado, fundamente sua condenação com base em elementos probatórios válidos que confirmem a prática delitosa e a respectiva autoria...”*

(In Manual de Processo Penal, 2ª edição. Ed. Juspodivm, p. 1432).

Consoante jurisprudência dominante, apenas se considera nula a sentença desprovida de fundamentação, não aquela que, embora sucinta, contenha motivação. Nesta linha de intelecção, destacam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DAS TESES DEFENSIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXIGÊNCIA DE ANÁLISE APROFUNDADA DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. O decreto condenatório está amplamente fundamentado na prova testemunhal colhida, bem como na confissão de um dos corréus, os quais demonstram a prática do delito. Mais ainda, a sentença é expressa ao dizer que a defesa “[...] não trouxe aos autos nenhum indício (receituário médico, consulta com psicólogo, internações em clínicas especializadas ou hospitais de toxicômanos), que pudesse levar a este Juiz à dúvida de ser ele dependente toxicológico.” (fl. 35)

**2. Não se pode confundir ausência de fundamentação com a decisão contrária aos interesses da parte, mormente aquela que enfrenta, ainda que de forma concisa, as teses defensivas, o que afasta a tese de suposta nulidade do decisum por afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Precedentes.**

3. Omissis.

4. Ordem denegada”.

(STJ, HC 160935 / MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 04/10/2011) - grifos do relator.

HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TESE DEFENSIVA. PRETENSÃO IMPLÍCITA-MENTE AFASTADA PELO ÉDITO REPRESSIVO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EIVA RECHAÇADA.

1. Não carece de nulidade a decisão condenatória que, mesmo de forma sucinta, fundamenta as razões por que concluiu pelo édito repressivo, sendo despidiendo rebater minuciosamente todas as questões levantadas pela defesa, especialmente se a tese é implicitamente afastada pelo entendimento adotado.

FURTOS QUALIFICADOS. APLICAÇÃO DA FIGURA PRIVILEGIADA. DELITOS COMETIDOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA BENESSE. PLEITO REJEITADO.

1. Omissis.

2. Ordem denegada”.

(STJ, HC 91855 / MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 02/02/2009) - grifos nossos.

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. NULIDADE DA SENTENÇA. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Omissis.

2. O só fato de o julgador não se manifestar a respeito de um ou outro argumento da tese defendida pelas partes não tem o condão de caracterizar ausência de fundamentação ou qualquer outro tipo de nulidade, por isso que não o exigem, a lei e a Constituição, a apreciação de todos os argumentos apresentados, mas que a decisão judicial seja devidamente motivada, ainda que por razões outras (Princípio da Livre Convicção Motivada e Princípio da Persuasão Racional, art. 157 do CPP).

3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada”.

(STJ, HC 35525 / SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 10/09/2007, p. 247)- grifos nossos.

Destarte, revela-se suficiente a fundamentação aduzida na sentença de primeiro grau, o que afasta a nulidade ventilada pela defesa.

### **1.2) Da Desconsideração da Segunda Peça de Razões Recursais.**

Da análise dos autos, verifica-se que foram apresentadas duas peças de razões recursais: a juntada às fls. 970/986 (protocolada em 15 de setembro de 2015) e a juntada às fls. 1012/1028 (protocolada em 27 de novembro de 2015).

Como se infere do relatório deste acórdão, considerou-se apenas o arrazoadado colacionado às fls. 970/986 (protocolado em data anterior) porquanto inadmissível a apresentação de duas razões recursais, sob pena de acarretar tumulto processual e afronta ao princípio do contraditório. Nesse particular, sobreleve-se que as contrarrazões ministeriais já haviam sido apresentadas (em 21 de outubro de 2015, vide folha 994).

Desta forma, operou-se a preclusão consumativa, que implica a perda da faculdade de praticar determinado ato processual em razão de o mesmo já ter sido realizado.

Neste sentido, posicionou-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Omissis.

2. Omissis.

3. Omissis.

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E CORRUPÇÃO ATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO DO ACUSADO QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MA-

TÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS.

1. Omissis.

2. Omissis.

3. Omissis.

ACUSADO QUE TERIA SE REGENERADO APÓS A PRÁTICA CRIMINOSA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PELA DEFESA EM ALEGAÇÕES FINAIS E NAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 619 E 620 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Omissis.

APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS PELO ADVOGADO ENTÃO CONSTITUÍDO PELO ACUSADO. CONTRATAÇÃO DE NOVO PATRONO. PRETENSÃO DE OFERECIMENTO DE NOVO ARRAZOADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO DA PEÇA.

**1. Os advogados então constituídos pelo paciente arrazoaram regular e tempestivamente o recurso, sendo que durante o trâmite da apelação os novos causídicos por ele contratados ofertaram outras razões de apelo, cuja retirada dos autos foi determinada pela autoridade apontada como coatora.**

**2. Tal procedimento não pode ser acoimado de ilegal, pois, uma vez praticado o ato processual, este, como regra no direito processual pátrio, é abarcado pelo instituto da preclusão consumativa, não se podendo admitir que as partes apresentem novas razões recursais, mesmo depois de haverem regularmente as ofertado nos autos, o que, além de acarretar tumulto processual, fere o princípio do contraditório, pois enseja desequilíbrio entre os sujeitos atuantes no processo. Precedente do STJ.**

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO NEGÓCIO PERTENCENTE AOS ACUSADOS E DO VALOR DA MERCADORIA RECEPTADA PARA FINS DE MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO NO MÁXIMO LEGAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZEM A ELEVAÇÃO DA PENA QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Omissis.

2. Omissis.

3. Omissis.

4. Omissis.

5. Omissis.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente, que resta definitivamente fixada em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.

(STJ, HC 249086 / SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15/09/2014)- grifos do relator.

Registre-se, por oportuno, que as duas peças de razões recursais foram subscritas pelo mesmo patrono, Bel. Marcos Luiz Alves de Melo, inscrito na OAB/BA sob o nº 5329.

A segunda peça de razões recursais (fls. 1012/1028), portanto, deve ser desconsiderada e desentranhada dos autos, porquanto apresentada e juntada posteriormente, quando já havia se operado a preclusão consumativa.

## 2) MÉRITO

Ultrapassadas as questões preliminares, passo à análise do mérito recursal.

Narrou a denúncia que os Apelantes (na Administração da empresa Milmed Administradora de Serviços Médicos LTDA), ao deixar de emitir as notas fiscais dos serviços prestados aos clientes pessoas físicas, omitiram, continuamente, durante o período de fevereiro de 1996 a novembro de 2011, informações a respeito das operações tributáveis, que deveriam ser prestadas às autoridades fazendárias. Dessa forma, mediante a conduta supramencionada, durante o supracitado lapso temporal, os Recorrentes suprimiram tributo municipal, enquadrando-se no disposto no artigo 1º, I, da Lei 8137/90, combinado com o artigo 71 do Código Penal.

De início, impende consignar que a materialidade e a autoria delitivas estão sobejamente comprovadas no contrato social de fls. 542/544 e respectivas alterações de fls. 399/416, na confissão de dívida de folha 281, no auto de infração nº 45879 (série U) de folha 304 e na correspondente confissão de dívida de folha 309, no auto de infração nº 42730 (série U) de folha 331 e na correspondente confissão de dívida de folha 334, no auto de infração 34081 (série U) de folha 426 (complementado à folha 499) e correspondente confissão de dívida à folha 504, bem como nos documentos de fls. 128/129 e 914.

Delineado o panorama fático apresentado na denúncia e comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, procede-se ao exame das teses defensivas aduzidas nas razões recursais.

### **2.1) Da Presença do Dolo.**

Os Apelantes alegam que, embora as notas fiscais dos serviços prestados aos clientes pessoas físicas não tenham sido emitidas, tal fato não pode ser considerado penalmente relevante. Asseveram que não teria havido a intenção de omitir fraudulentamente as operações tributáveis às autoridades fazendárias e afirmam que a referida omissão decorreu da negligência dos Recorrentes, que teriam deixado de fiscalizar os procedimentos fiscais a cargo da empresa de contabilidade contratada pela operadora de plano de assistência à saúde da qual eram sócios. Nesse diapasão, sustentam a atipicidade do fato, sob o argumento de que os crimes contra a ordem tributária somente podem ser praticados dolosamente.

A tese não merece ser acolhida.

O delito no qual incorreram os Apelantes não exige especial fim de agir (intenção de se beneficiar do não recolhimento do tributo) para a sua configuração. *In casu*, o dolo genérico é suficiente, pois basta que a conduta se amolde ao comportamento descrito na norma do artigo 1º, I, da Lei 8137/90 (supressão ou redução de tributo mediante a omissão voluntária de informações às autoridades fazendárias), conforme entendimento consolidado na jurisprudência *in verbis*:

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. VINCULAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR À MANIFESTAÇÃO DO CUSTUS LEGIS FAVORÁVEL AO RÉU. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO CONFIGURADO. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL. AÇÃO PENAL INICIADA COM O LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL DE LANÇAMENTO. INVIABILIDADE DE VERIFICAÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVAS TESTEMUNHAIS E NOS DOCUMENTOS CONSTANTES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL FINDO E SUBMETIDAS AO CONTRADITÓRIO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. LEGALIDADE. ART. 1.º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. DOLO GENÉRICO DE OMISSÃO VOLUNTÁRIA DO RECOLHIMENTO. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE RECORRER. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. Omissis.

2. Omissis.

3. Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, “O juízo criminal não é sede própria para se proclamarem nulidades em procedimento administrativo-fiscal que, uma vez verificadas, são capazes de fulminar o lançamento tributário em prejuízo da Fazenda Nacional. Consequentemente, não deve o juízo criminal estender sua jurisdição sobre matéria que não lhe compete (cível, no caso dos autos)” (AgRg no REsp 1169532/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013).

4. Não há ilegalidade, capaz de ensejar a ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal, a condenação lastreada em provas inicialmente produzidas na esfera administrativo-fiscal e, depois, reexaminadas na instrução criminal, com observância do contraditório e da ampla defesa, sem a constatação da suposta “inversão” do ônus da prova.

**5. O tipo penal descrito no art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes.**

6. Omissis.

7. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no REsp 1283767 / SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe DJe 31/03/2014) - grifos do relator.

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESENÇA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE.

1. Omissis.

**2. Conforme entendimento consolidado, o tipo penal previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990 prescinde de dolo específico, sendo suficiente a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos.**

3. Omissis.

4. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no AREsp 604797 / DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 09/12/2015) - grifos do relator.

Os Apelantes argumentam que a omissão não teria sido voluntária, mas fruto de negligência. Todavia, não é essa a realidade que emerge dos autos.

Compulsando-se o caderno processual, verifica-se que a empresa da qual os Recorrentes eram sócios foi reiteradamente autuada (no período compreendido entre 01º de setembro de 1997 e 20 de maio de 2010) por insuficiência de informações e de recolhimento de tributos (vide auto de infração nº 45879- U de folha 304, auto de infração nº 42730- U de folha 331, auto de infração 34081- U de folha 426 e demais autos de infração elencados à folha 914). A contumácia dos Apelantes revela a má-fé (dolo e voluntariedade na omissão de informações às autoridades fazendárias), o que afasta a alegação de mera negligência.

Ademais, os Recorrentes eram sócios da operadora de plano de assistência à saúde autuada (Diretor Administrativo e Diretora Financeira, conforme declarado pelos Apelantes nos Interrogatórios de fls. 139 e 141) e únicos detentores do poder de gerência e administração (nos termos do contrato social de fls. 542/544 e respectivas alterações de fls. 399/416), razão pela qual lhes competia a devida fiscalização das atividades dos seus contratados, a exemplo do escritório de contabilidade.

As alegações de negligência (ora examinadas) e desconhecimento do setor fiscal (aduzida nos interrogatórios judiciais de fls. 905/908) revelam-se frágeis. A responsabilidade pessoal dos sócios (prevista nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional e no artigo 11 da Lei nº



8137/90) decorre da capacidade de entendimento exigível e esperada de quem se faz administrador, a qual, inclusive, dispensa conhecimento técnico especializado nas áreas de contabilidade e administração de empresas, bem como abrange a ciência do dever de fiscalizar e controlar as atividades da sociedade.

Nessas condições, devidamente constatado o dolo dos Apelantes, verifica-se que a conduta destes foi típica e apta a ensejar a responsabilização penal. Por conseguinte, não merece reparos a sentença condenatória neste particular.

## **2.2) Da Ofensividade ao Bem Jurídico.**

Os Recorrentes também se valeram da tese de inofensividade ao bem jurídico, sob o argumento de que não teria ocorrido o resultado naturalístico do crime tributário (a efetiva supressão ou redução patrimonial do erário público), sem o qual não haveria que se falar em delito fiscal consumado.

Não assiste razão aos Apelantes.

A dívida fiscal perfaz o montante de R\$ 587.776,95 (quinhentos e oitenta e sete mil, setecentos e setenta e seis reais e noventa e cinco centavos), conforme fls. 128/129. A conduta dos Recorrentes, portanto, implicou efetiva lesão ao bem jurídico tutelado (arrecadação tributária/erário público).

Outrossim, ainda que fosse apenas considerado o valor corrigido (excluídos juros, multas e outros encargos), o valor do tributo reduzido (devido e não quitado na data do lançamento) alcança o importe de R\$ 370.662,94 (trezentos e setenta mil, seiscentos e sessenta e dois reais e noventa e quatro centavos), consoante folha 914. Logo, a sanção penal não implica a simples punição dos Recorrentes pela falta de pagamento dos acréscimos moratórios como alegam os Apelantes.

Não obstante o reconhecimento da dívida e a assunção de compromissos para quitá-la (vide fls. 309, 334, 493, 504), o parcelamento apenas implica suspensão da exigibilidade do crédito tributário (consoante artigo 151 do Código Tributário Nacional) e da pretensão punitiva estatal. A extinção do crédito fiscal está condicionada ao pagamento integral do débito, nos termos do artigo 156 do Código Tributário Nacional, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, ocorrida a efetiva redução do tributo, indubitável a consumação do delito.

De acordo com o exposto, verifica-se que a quantia suprimida (atinentes ao tributo não recolhido) é bastante superior a R\$ 1.000,00 (mil reais), montante abaixo do qual a Fazenda Pública Municipal, em tela, dispensa o ajuizamento de ações ou execuções fiscais, nos termos do artigo 276 do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador, o que justifica a intervenção do Direito Penal Tributário.

Acerca da utilização da esfera criminal como *ultima ratio* nas relações jurídicas tributárias, cumpre destacar a lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

“ ... A esfera penal, que deve atuar como *ultima ratio* (última opção), é criminalizar condutas graves, que levem à supressão ou diminuição da arrecadação tributária, colocando em sério risco a atividade estatal de distribuição de riquezas, buscando a meta de constituir uma sociedade livre, justa e solidária [...] O Direito Penal Tributário, portanto, precisa ser usado com cautela, somente como última hipótese, em relação a condutas infracionais realmente graves, mas jamais deveria servir, como hoje ocorre, como instrumento de pressão para a cobrança de impostos, taxas, contribuições, etc...”

(*In Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, vol. 1, 8ª edição, Ed. Forense, p. 551).

Frise-se que a persecução penal em apreço não tem por objetivo apenas manejar a Ciência Criminal como instrumento coercitivo para o recolhimento de tributos. Além de ter sido sonegada uma quantia significativa (que deveria ter sido recolhida a título de pagamento de tributos)

por um lapso temporal razoável, o desvalor da ação censurada consiste também no ato de fraudar, reiteradamente, o fisco mediante a insuficiência de informações às autoridades fazendárias por não terem sido emitidas notas fiscais relativas à prestação de serviços.

Resta devidamente demonstrada, portanto, a ofensividade ao bem jurídico, razão pela qual agiu acertadamente o magistrado de primeiro grau, ao afastar a correspondente tese defensiva.

### **2.3) Da Exigibilidade de Conduta Diversa.**

Em outra linha de defesa, os Apelantes sustentam que a dívida tributária não foi quitada por circunstâncias alheias à vontade destes, pois a empresa da qual eram sócios teria entrado em colapso financeiro. Nesta senda, alegam que teriam perdido os poderes de gestão (que lhes permitiriam quitar os débitos fiscais) por força do regime de direção fiscal, da intervenção e da liquidação extrajudicial impostos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Conquanto a operadora de plano de assistência à saúde gerida pelos Apelantes tenha sido submetida à liquidação pela supramencionada agência reguladora, é imperioso destacar que as alegadas medidas interventivas apenas começaram a ser impostas a partir do ano de 2004 (mais especificamente 10 de março de 2004), consoante fls. 35/62. Por outro lado, a consumação dos crimes tributários (oportunidade em que devem ser aferidos todos os elementos do delito) ocorreu em momento anterior, com o lançamento definitivo do tributo, nos termos da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

Cumpra esclarecer que o crédito tributário se constitui com o lançamento definitivo do tributo (conforme prescrito no artigo 142 do CTN), ou seja, quando não há mais discussão administrativa acerca da dívida tributária. O lançamento definitivo, portanto, não se confunde com a inscrição do débito em dívida ativa. Acerca do tema, esclarece o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*“HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALOR SONEGADO INFERIOR A DEZ MIL REAIS. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ABSOLUÇÃO DO RÉU QUE SE IMPÕE.*

1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça dirimiu a controvérsia existente em relação ao crime de descaminho e firmou compreensão segundo a qual os débitos tributários que não ultrapassem R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ex vi do art. 20 da Lei 10.522/02, são alcançados pelo princípio da insignificância.
2. A Lei 11.457/2007 considerou também como dívida ativa da União os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento similar aos débitos tributários.
3. O objeto material do crime de apropriação indébita previdenciária é o valor recolhido e não repassado aos cofres públicos, e não o valor do débito tributário após inscrição em dívida ativa, já que aqui se acoplam ao montante principal os juros de mora e multa, consectários civis do não recolhimento do tributo no prazo legalmente previsto.
4. A partir do momento em que se pacificou o entendimento no sentido de que o crime tributário material somente se tipifica com a constituição definitiva do débito tributário, que ocorre no lançamento do tributo, ou seja, quando não há mais discussão administrativa acerca da dívida tributária, é nesse momento que se entende como consumado o delito, e tal não se confunde com o da inscrição do débito em dívida ativa, oportunidade em que o Fisco inclui sobre o débito tributário (quantum debeatur) todos os consectários legais do seu inadimplemento, objeto de execução fiscal.
5. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

6. Hipótese de apropriação de contribuições previdenciárias recolhidas e não repassadas à Previdência Social no valor de R\$ 4.097,98 (quatro mil e noventa e sete reais e noventa e oito centavos), inferior, portanto, aos dez mil reais previstos no art. 20 da Lei 10.522/2002, demonstrando-se desproporcional a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante.

7. Embora a conduta do paciente se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado.

8. Ordem concedida para cassar o acórdão combatido, absolvendo-se o paciente, com fundamento no art. 386, III, do CPP, em razão da atipicidade material da conduta a ele imputada”.

(STJ, HC 195372 / SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18/06/2012)- grifos do relator.

Na hipótese vertente, os Apelantes foram denunciados e condenados (em primeiro grau) pelo cometimento do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 c/c artigo 71 do Código Penal. Como consectário lógico, considerou-se que foram praticados diversos delitos.

Cumprir esclarecer que, no caso sob exame, foi confessada a dívida e assumido o compromisso de pagamento parcelado, como se infere da folha 281 (instrumento datado em 30 de junho de 2008), da folha 309 (instrumento datado de 02 de junho de 1999, relativo ao Auto de Infração nº 45879- série U), da folha 334 (instrumento datado de 15 de agosto de 1998, relativo ao Auto de Infração nº 42730- série U), e da folha 504 (instrumento datado de 30 de junho de 2004, relativo ao Auto de Infração nº 34081- série U).

O lançamento definitivo, então, ocorreu nas datas de assinatura dos supramencionados instrumentos, pois a subscrição destes implica confissão irretratável de dívida. Logo, a partir do momento em que foi assumido o compromisso irrevogável de pagamento parcelado do débito, não mais é cabível a discussão administrativa acerca da dívida tributária e, na esteira da jurisprudência acima transcrita, considera-se consumado o delito.

Nota-se, então, que houve consumação delitiva em 02 de junho de 1999 e 15 de agosto de 1998, datas anteriores à adoção das medidas interventivas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), razão pela qual não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa pelos motivos elencados.

Ademais, para o reconhecimento da excludente de culpabilidade em questão (decorrente da dificuldade financeira alegada), é imperiosa a certificação da boa-fé, consoante explicado no seguinte julgado:

*“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLUÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. DESCABIMENTO.*

1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados. Valores consolidados em 14 de março de 2003, respectivamente, em R\$ 259.574,72 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos de setenta e quatro reais e setenta e dois centavos) e R\$ 618.587,06 (seiscentos e dezoito mil, quinhentos e oitenta e sete reais e seis centavos).

2. A materialidade delitiva ressaí do procedimento fiscal já encerrado, acompanhado de farta de documentação, que resultou nos valores indevidamente apropriados e sonegados, detalhados nas notificações fiscais de lançamento de débito lavradas pela autoridade fazendária e não impugnadas na esfera administrativa.

3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária.

4. Omissis.

5. Omissis.

6. Omissis.

7. Omissis.

**8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento.**

**9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – instrumentais à evasão, descritas nos incisos do caput da norma incriminadora.**

10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior atuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril 2004, demonstra a plena continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva.

11. A continuidade delitiva se configura pela sucessão de crimes autônomos de idêntica espécie – praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução – e que se considera um só crime por *fictio iuris* (ficção de direito).

12. Omissis.

13. Réu condenado à pena-base de 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, para cada delito, que, na ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes e aumentada de 1/6 (um sexto) ante a continuidade delitiva, foi tornada definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses e 30

(trinta) dias-multa. Pena que, somada, devido ao concurso material, totalizou 7 (sete) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, fixados no valor unitário de ½ (um meio) salário mínimo, vigente em agosto de 2002 (término da continuidade delitiva), atualizados monetariamente desde então. Fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, seguido do reconhecimento da impossibilidade de conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou da falta de direito ao sursis da pena.

14. Co-ré absolvida por insuficiência de provas, nos termos do inciso V do art. 386 do Código de Processo Penal”.

(STF, AP 516 / DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 06/12/2010)- grifos do relator.

Do exame dos autos, todavia, verifica-se que a supressão do tributo não decorreu da inexigibilidade de conduta diversa, pois não foi a medida menos gravosa a ser adotada (haja vista que os sócios efetuavam retiradas de capital). A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) constatou que o desequilíbrio patrimonial da empresa agravou-se em face da retirada de recursos da operadora para suprir necessidade de caixa dos seus sócios (que minava o capital de giro a ser utilizado para saldar as dívidas da operadora, inclusive tributárias), o que se confirma do trecho a seguir transcrito:

“... O citado documento destaca as principais razões levantadas pelo Diretor Fiscal e que evidenciaram o desequilíbrio patrimonial.

Sobre as informações contábeis expõe que a Operadora continua a não aderir ao Plano de Contas Padrão da ANS; a contabilidade não funciona de forma integrada com o departamento de contas.

*Com relação à conta ‘Títulos e Créditos a receber’, que constitui os valores devidos pelos sócios, ressalta que houve novos empréstimos, contribuindo para o aumento do valor desta conta, mas que segundo o Diretor da Milmed esta prática foi encerrada em setembro de 2005. Sobre o assunto, o técnico da ANS sublinha que ‘este procedimento vem influenciando, decisivamente, para a descapitalização da empresa [...]. Nota-se, dessa forma, uma nítida prática de retirada de recursos da operadora para suprir necessidades de caixa de seus sócios, aumentando, assim, consideravelmente, os riscos assistenciais e de continuidade da operação.’*

*Evidencia, ainda, o fato de que a empresa possui carro de luxo que estava em nome da empresa, mas, no entanto, no seguro constava que o carro não seria utilizado para a realização de serviços para a Operadora e, por conseguinte, requisita que ‘baixe este item do ativo imobilizado’.*

*Fala a respeito do ‘passivo tributário’ e conclui que ‘todos os impostos atrasados, na verdade, estão sendo postergados para servirem de fonte de capital de giro para financiar as atividades da Operadora’.*”

(trecho da Nota resultante da visita técnica da ANS à empresa, constante do rodapé da folha 38 dos autos)

Nesses termos, não se verifica, na espécie, a inexigibilidade de conduta diversa, motivo pelo qual procedeu corretamente o douto juízo *a quo*, ao deixar de acatar a correspondente tese.

### **3) Da Correção do Erro Material Constante da Sentença.**

Da leitura do édito condenatório hostilizado, verifica-se que o magistrado de primeiro grau não especificou o valor do dia- multa.

A hipótese trata-se de erro material, o qual pode ser corrigido de ofício e a qualquer tempo, mormente no caso sob exame, em que não houve alteração substancial do conteúdo da decisão, tampouco prejuízo ao Apelante.

A jurisprudência é pacífica sobre a possibilidade de correção, nos moldes em que ora realizada, conforme atestam os seguintes precedentes:



**“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ART. 621. IMPOSSIBILIDADE. ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NO DISPOSITIVO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE.**

1. Com efeito o art. 621 do CPP só permite a revisão de sentença condenatória, sendo, portanto, condição indispensável, para o seu conhecimento, a decisão definitiva de mérito acolhendo a pretensão condenatória, ou seja, impondo ao réu a sanção penal correspondente.

2. Tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem o conhecimento de revisão criminal de sentença absolutória, salvo em caso de absolutória com aplicação de medida de segurança.

3. A questão, tratada como se fora de alteração do fundamento da sentença, é na verdade de correção de erro material de que se revestiu o decreto, ao concluir pela aplicação do art. 386, VI, quando toda a fundamentação do decisor foi no sentido da inexistência de prova da materialidade e da autoria do crime.

4. **O erro material, sempre perceptível *primo icto oculi*, pode e deve ser corrigido a qualquer tempo, ainda que tenha havido trânsito em julgado, já que sua correção não implica em alterar o conteúdo da decisão.**

5. Recurso provido para reformar o acórdão da revisão e, em seguida, de ofício, para conceder habeas corpus, determinando a correção do erro material, na parte dispositiva da sentença absolutória”.

(STJ, REsp 329346 / RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 29/08/2005) - grifos nossos.

**“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO RECONHECIMENTO DOS CRIMES IMPUTADOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A ATENUANTE. MINORANTE DO ART. 33, 4º, DA LEI N. 11.343/2006. GRAU REDUTOR. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO.**

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, isto é, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação que, se verificada de plano, poderá ensejar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

2. O Tribunal de origem, após exame do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluiu pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do paciente pelo delito de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico de drogas. Entender de modo diverso ensejaria o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A confissão da prática de atos que, isoladamente, seriam considerados atípicos não permite a aplicação da atenuante da confissão espontânea, ainda que tais declarações, juntamente com outros elementos de prova, permitam concluir pela participação do paciente nos crimes que lhe são imputados. No caso, o réu apenas admitiu que guardava dinheiro para um menor, desconhecendo a origem criminosa dos valores, sem reconhecer a prática de tráfico de drogas ou a associação para esse fim.

4. Não há como majorar o grau redutor da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que o Tribunal reconheceu a existência de fator impeditivo, no caso, a associação para o tráfico.

5. **Verificada a ocorrência de erro material no cúmulo das penas impostas ao réu, é possível a correção de ofício, para reduzir a pena, sem que se tenha que declarar nula a sentença.**

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena do paciente a 7 anos de reclusão, mantida, no mais, a condenação”.

(STJ, HC 205147 / MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 02/04/2014)- grifos nossos.

Assim, impõe-se a correção de erro material constante do dispositivo da sentença de fls. 957/960, *ex officio*, para fixar o valor do dia- multa em 14 (quatorze) Bônus do Tesouro Nacional-BTN.

Por tais razões, **o voto é no sentido de CONHECER do Apelo e lhe negar provimento**, bem como, fixar, *ex officio*, o dia- multa em 14 (quatorze) Bônus do Tesouro Nacional- BTN.

*Ex positis*, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto por meio do qual **CONHECE, NEGA PROVIMENTO à presente Apelação e, ex officio, fixa o valor do dia- multa em 14 (quatorze) Bônus do Tesouro Nacional- BTN**, mantendo-se a sentença proferida pelo douto *a quo* nos seus inteiros termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 0572959-06.2014.8.05.0001, Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Ivone Bessa Ramos, julgado em 16/08/2016**

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO. ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03. APELO DEFENSIVO.**

**PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. PROVA ILÍCITA. BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO JUDICIAL. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES À PRISÃO. INVASÃO A DOMICÍLIO NÃO VERIFICADA. CONSENTIMENTO DO MORADOR. SITUAÇÃO DE PLENA FLAGRÂNCIA. NATUREZA PERMANENTE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. TEORIA DA SERENDIPIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRELIMINAR REJEITADA.**

**PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROVIMENTO. ELEMENTOS VEE-  
MENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA APTOS  
A EMBASAR A SENTENÇA. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33,  
CAPUT DA LEI N.º 11.343/2006, QUE SE CONFIGURA MEDIAN-  
TE A PRÁTICA DE QUAISQUER DAS CONDUTAS DESCRITAS NO  
PRECEITO PRIMÁRIO POLINUCLEAR. GUARDA DE BENZOIL-  
METILECGONINA EM FORMA SÓLIDA E EM PÓ. SUBSTÂNCIA  
DIVIDIDA EM DIVERSAS PORÇÕES. CONFISSÃO EXTRAJUDI-  
CIAL. COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES. CONDENA-  
ÇÃO IRREPREENSÍVEL.**

**PORTE DE ARMA DE USO RESTRITO. ART. 16, CAPUT, DA LEI  
Nº 10.826/03. APREENSÃO DO ARTEFATO BÉLICO NO CONTEX-  
TO DO DELITO DE ROUBO, EM TESE, TAMBÉM PERPETRADO  
PELO APELANTE. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM  
ANDAMENTO, ATINENTE AO CRIME CONTRA O PATRIMÔN-  
IO. DUPLA INCRIMINAÇÃO. *BIS IN IDEM*. AUSÊNCIA DE PRO-  
VAS ACERCA DO PORTE INDEPENDENTE DA ARMA DE FOGO.  
EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DO RECURSO DE APELAÇÃO NA  
SEARA PENAL. ABSOLVIÇÃO *EX OFFICIO* IMPOSITIVA. ART.  
386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESOS PENAL.**

**DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-**

-BASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REQUERIDO O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA DA DROGA EM RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. ATENUANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA PELO *A QUO*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO DE CONDUTA VOLTADA À PRÁTICA CRIMINOSA. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NÃO PREENCHIDOS. SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA CORPORAL IRRETOCÁVEL. REDUÇÃO EX OFFICIO DA PENA DE MULTA AO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE AS PENAS CORPORAL E PECUNIÁRIA.

POSTULADA A ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO PARA O ABERTO. *QUANTUM* DE PENA IMPOSTO EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DETRAÇÃO. MODO ABERTO PARA O INÍCIO DO DESCONTO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE ADEQUADO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DENUNCIADO. CONFORMIDADE COM OS DITAMES DO ART. 33 DO CPB E DO ART. 387, § 2º, DO CPPB. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O REGIME ABERTO E MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PROVISÓRIA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*.

APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA MODIFICAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE, FIXANDO-O EM ABERTO. DE OFÍCIO, ABSOLVE-SE O APELANTE DA IMPUTAÇÃO ATINENTE AO DELITO PREVISTO NO ART. 16 DA LEI Nº 10.826/2003 E REDUZ-SE A PENA PECUNIÁRIA PARA O MÍNIMO LEGAL.

### ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0572959-06.2014.8.05.0001, da Comarca de Salvador/BA, sendo **Apelante GEOVANI SANTANA DE JESUS e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **CONHECER, REJEITAR AS PRELIMINARES e DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao Apelo interposto, para reformar a Sentença vergastada somente no que tange ao regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade, fixando-se o modo aberto para o início do desconto da reprimenda corporal atinente ao delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. *DE OFÍCIO*, ABSOLVE-SE GEOVANI SANTANA DE JESUS da imputação relativa ao delito capitulado no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP, bem como REDUZ-SE a pena pecuniária para 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor mínimo legal. Ainda, diante da fixação do regime aberto, CONCEDE-SE Ordem de *Habeas Corpus* em favor do Apelante **GEOVANI SANTANA DE JESUS, brasileiro, solteiro, natural de Salvador/BA, nascido em 12.07.1991, filho de**

**Jorge Martins de Jesus e Verenildes Santana de Jesus, residente e domiciliado na Rua dos Pirineus, nº 35 E, Pau Miúdo, nesta Capital, tudo a teor do voto da Relatora.**

**CÓPIA AUTENTICADA DO PRESENTE ACÓRDÃO SERVIRÁ COMO ALVARÁ DE SOLTURA**, nos termos do art. 260, § 3.º do RITJBA, a ser cumprido pelo(a) Sr(a). Oficial(a) de Justiça da Primeira Câmara Criminal, se o Paciente estiver detido nesta Capital, ou por Carta de Ordem ou Precatória ao Juízo da Comarca onde eventualmente o Acusado estiver custodiado, devendo ser ele imediatamente colocado em liberdade, salvo se estiver preso em flagrante por outro crime ou se restar constatada, após consulta ao Sistema de Informação Criminal do respectivo Tribunal e ao Sistema Nacional, a existência de mandado de prisão expedido em seu desfavor.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu GEOVANI SANTANA DE JESUS, através do Patrono regularmente constituído, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou-o, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 16 da Lei nº 10.826/03, ao cumprimento da pena total de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, assim como ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, cada um correspondente a um trinta avos do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Narra a Peça Acusatória, em síntese, que, no dia 27.11.2014, por volta das 07:45 horas, um investigador da Polícia Civil teria sido informado por populares que, na localidade conhecida como Avenida Barros Reis, uma pessoa trajando calça jeans e camisa polo vermelha estava armada e praticando assalto. Ato contínuo, com a ajuda de uma guarnição, os milicianos localizaram e abordaram o acusado e, após procedimento de revista, foi encontrado e apreendido, com ele, um revólver calibre 38, com 05 (cinco) cartucho intactos, com numeração raspada; um classificador amarelo contendo uma cópia do CPF e CTPS do inculcado; um relógio da marca Technos e 04 (quatro) aparelhos de celular, conforme auto de exibição e apreensão de pag. 18 dos autos.

Consta, ainda, que a diligência teve desdobramento com a ida dos Policiais até a residência do Acusado, com o intuito de apreender mais objetos roubados, sendo certo que, após revista no imóvel, foram encontrados 110 (cento e dez) porções de cocaína, acondicionadas em pequenos recipientes cônicos de plástico incolor, com massa bruta de 76,57g (setenta e seis gramas e cinquenta e sete centigramas); além de 61 (sessenta e uma) porções de cocaína, acondicionadas em pequenos sacos plásticos incolores, com massa bruta de 53,55g (cinquenta e três gramas e cinquenta e cinco centigramas).

A Denúncia foi recebida em 20.02.2015 (fls. 60/62).

Finalizada a instrução criminal, foi proferido o Édito acima mencionado em desfavor do Acusado (fls. 165/181).

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (fl. 191), postulando, em suas razões de fls. 202/2017, preliminarmente, a declaração da nulidade do feito em razão da prova produzida ter-se originado a partir de procedimento ilegal, pois procedida a abordagem sem mandado judicial de busca e apreensão ou estado de flagrância. No mérito, pugna pela reforma da Sentença a fim de que seja absolvido, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como imposição de reprimenda a quem do mínimo ante a atenuante da confissão espontânea, além da aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima.



Pugna, outrossim, pela detração com fins de modificar o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade e concessão do direito de recorrer em liberdade.

Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às fls. 221/227, requerendo o improvimento do Apelo manejado, com a consequente manutenção, *in totum*, da Sentença condenatória.

Oportunizada sua manifestação, a Douta Procuradora de Justiça Wanda Valbiraci Caldas Figueiredo opinou pelo conhecimento e improvimento do Recurso interposto (fls. 232/240).

É, em síntese, o Relatório.

Ressalto que se trata de feito criminal ao qual o Réu responde cautelarmente preso, não podendo-se perder de vista a premente prioridade em sua tramitação, conforme aponta o art. 173, inciso I, do Regimento Interno do STJ, aplicado subsidiariamente à espécie (art. 442 do RITJBA). Nesse contexto, **considerando que o Exmo. Des. Revisor encontra-se afastado por período superior a 03 (três) e inferior a 30 (trinta) dias** (*vide* DJE nº 1.597, de 27.01.2016, cad. 1, pág. 4), **os autos serão encaminhados, para revisão, ao Desembargador seguinte na ordem de antiguidade que não esteja, nesta ocasião, legalmente ausente ou impedido**, com supedâneo nos arts. 44 e 171, § 2.º, ambos do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

### VOTO

Integra o presente voto o Relatório submetido à apreciação do Exmo. Desembargador Revisor.

Constata-se, *ab initio*, que o presente Recurso de Apelação foi interposto tempestivamente, nos moldes do art. 593, *caput*, do CPPB. Assim é que, também ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, exigidos no caso sob exame, impõe-se o conhecimento do Recurso.

Em sede preliminar, o Apelante requer a nulidade do processo, sob o argumento de que seria ilegítima a busca e apreensão realizada no imóvel residencial do Acusado, ante a ausência de mandado judicial e estado de flagrância.

A alegação defensiva, contudo, não merece guarida porquanto as informações constantes nos autos revelam, em verdade, que a entrada na residência de GEOVANI SANTANA DE JESUS não foi forçada pelos Policiais, mas autorizada pelo Réu e em sua companhia, inexistindo violação ao domicílio.

Consta, nos fôlios, que o Investigador de Polícia Francisco Gomes dos Santos trafegava pela ladeira do Pau Miúdo quando observou que transeuntes reclamavam sobre assaltos na região, os quais teriam sido perpetrados por indivíduo trajando calça jeans e camisa vermelha listrada. Ato contínuo, ao avistar o Réu, com as mesmas características descritas pelos populares, procedeu uma abordagem e revista pessoal, quando encontrou um revólver, calibre 38, sem numeração, municiada, além de quatro aparelhos celulares e um relógio de pulso. Após desarmá-lo, o Investigador acionou a Polícia, que efetivou a prisão em flagrante e conduziu o Acusado até a Delegacia. Durante a tomada de suas declarações, o Apelante confessou a prática constante de assaltos, o que ensejou a diligência em seu imóvel – no intuito de recuperar outros objetos produtos de roubos – que culminou na apreensão das drogas, objeto do processo em epígrafe.

O Policial José Serafim Ferreira Neto, arrolado como testemunha de acusação, afirmou que *“o acusado confirmou que praticava assalto e, indagado a respeito da existência de fruto de outros assaltos [...] em sua casa, disse que guardava drogas [...] e que, tanto ele quanto a companheira comercializavam substância entorpecente, e que a sua companheira era ex mulher de um traficante*



*assassinado; que na casa do acusado foi encontrado um saco com uma quantidade de droga, no quarto, escondida atrás de caixas [...]” (fl. 113).*

O Policial Luiz Pereira da Silva, quem também participou da diligência, disse que *“na Delegacia o acusado declarou que em casa guardava drogas, tendo a diligência se deslocado para lá, aonde foi encontrada uma bolsa, aonde se encontrava cocaína já embalada em sacos plásticos para venda; que declarou que fazia o comércio de drogas juntamente com a companheira [...]”*. Acrescentou, ainda, que *“o acusado acompanhou a diligência na casa dele e lá não se encontrava outra pessoa, sendo que foi ele quem indicou o acesso a casa dele; que, na comunidade, foi informado que a mulher do acusado, que estava em casa, ao perceber a chegada da viatura, evadiu-se [...]” (fl. 114).*

Com efeito, no termo de interrogatório do Apelante, prestado na fase extrajudicial, consta sua confissão acerca dos delitos de Roubo, além de afirmar realizar a comercialização de substâncias entorpecentes conjuntamente com sua companheira, informando que comprava drogas no bairro de Engomadeira (fls. 14/15). Negou, entretanto, todos os fatos quando inquirido em juízo, inclusive alegou jamais ter acompanhado os Policiais até sua casa (fls. 118/119).

Ao que se demonstra, pois, a ação policial se revestiu de legalidade, na medida em que decorreu da necessidade de proceder continuidade às diligências oriundas da prisão em flagrante do Réu, havendo o consentimento do Recorrente para que adentrassem ao imóvel.

A diligência até a residência, a despeito da ausência de mandado judicial, originou-se a partir de fatos que se revestiam de aparente ilicitude – prisão em flagrante do Réu e sua confissão a respeito da comercialização de entorpecentes –, justificada, pois, em elementos suficientes, os quais foram posteriormente constatados pelos Policiais em situação, inclusive, de plena flagrância, inexistindo prova incontestável da ocorrência de abuso.

A configuração do flagrante delito não depende de prévia autorização judicial, consubs-tanciando o estado de flagrância, inclusive, hipótese em que a Constituição Federal autoriza a violação de domicílio. Assim, dispõe o texto constitucional (grifos acrescidos):

Art. 5º. (...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Outro não é o entendimento do Notável Supremo Tribunal Federal (grifos acrescidos):

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita (“denúncia anônima” e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de “denúncia anônima” dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, DJ 13.09.1996). (...) **4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito**, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. (...) (RHC 86082, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00240)

Ressalte-se que o crime de Tráfico de Drogas, cuja prática foi noticiada aos Agentes Policiais pelo próprio Réu, possui natureza permanente, porquanto a ação típica estende-se no tempo,

dando ensejo à flagrância do agente que mantém a sua realização, conforme previsto no art. 302, inciso I, do Código de Processo Penal.

De mais a mais, perfunctoriamente, constata-se tratar-se o caso em testilha de colheita de provas sob ótica da teoria da serendipidade, haja vista que a partir das novas informações pres-tadas pelo próprio Réu, em sede investigativa, conclui-se pela existência, ao menos em tese, de outro crime diverso do Roubo – pelo qual foi inicialmente detido em flagrante. Vale salientar que o encontro fortuito de provas é plenamente admitido pela jurisprudência pátria, digno de nota destacar entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXPLOÇÃO. ARTIGO 16, CAPUT, C.C. O ARTIGO 20, AMBOS DA LEI N.º 10.826/03. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. [...] ARMAS E MUNIÇÕES ESTRANHAS AO CRIME OBJETO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. ENCONTRO FORTUITO. NOVEL DELITO. INFRAÇÃO DE CUNHO PERMANENTE. FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

[...] 6. Embora o escopo do mandado de busca e apreensão não fosse a localização de armas e munições, eis que somente se almejou detectar o artefato belicoso empregado no crime de roubo circunstanciado, descrito no requerimento policial, encontrando-se fortuitamente os objetos citados, indicativos de outro delito, de cunho permanente, possível se mostra o flagrante pelos policiais, que não se descuraram da sua função pública, atuando prontamente ao descobrir novel crime quando em busca de elementos delitivos de outro feito. 7. Recurso a que se nega provimento. (RHC 41.316/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/12/2014).

Não há de se falar, portanto, em vício apto a ensejar a ilicitude das provas produzidas na fase inquisitorial, eis que os Policiais agiram quando o Recorrente encontrava-se em patente estado de flagrância ao menos do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Constatado que o caso trazido ao accertamento jurisdicional não possui qualquer mácula capaz de torná-lo, parcial ou integralmente, nulo, **REJEITA-SE A PRELIMINAR** aventada e passa-se à análise do mérito recursal.

O pleito absolutório formulado no bojo do Recurso de Apelação em relação ao delito do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de igual sorte, não é passível de provimento. A materialidade e autoria criminosas estão devidamente comprovadas pelas provas encartadas nos autos, as quais demonstraram que, efetivamente, o Apelante foi encontrado na posse de 110 (cento e dez) porções de cocaína, acondicionadas em pequenos recipientes cônicos de plástico incolor, com massa bruta de 76,57g (setenta e seis gramas e cinquenta e sete centigramas), 61 (sessenta e uma) porções de crack, acondicionadas em pequenos sacos plásticos incolores, com massa bruta de 53,55g (cinquenta e três gramas e cinquenta e cinco centigramas), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O Laudo Pericial nº 2014 030983 01 atestou serem as substâncias encontradas entorpecentes de uso proscrito no Brasil, detectada a substância benzoilmetilecgonina (fl. 136).

Ademais, como visto alhures, a prova oral colhida sob o crivo do contraditório e ampla defesa corroborou os elementos indiciários obtidos na fase investigativa, de modo que os Policiais que efetivaram a prisão do Apelante foram uníssonos e coerentes em afirmar a apreensão das citadas substâncias, através de um diligência que originou-se a partir de sua confissão extrajudicial (fls. 14/15 e 113/115).

O PM José Serafim Ferreira Neto acrescentou que as drogas foram encontradas escondidas no quarto do imóvel atrás de caixas, bem como o PM Luiz Pereira Silva disse que a localidade do “Brongo” é conhecida como ponto de tráfico.

Vale destacar, a propósito, que inexistiu qualquer contradição nos depoimentos judiciais dos Agentes Policiais, estando eles, ainda, em consonância com os testemunhos prestados na fase investigativa, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, e corroboram os fatos descritos na Denúncia.

No ponto, importante consignar que tais depoimentos são merecedores de credibilidade, conquanto tenham sido prestados por Policiais que prenderam o ora Apelante em flagrante delito e o encaminharam à Autoridade Policial, principalmente porquanto as aludidas testemunhas prestaram o juramento previsto no art. 203 do Código de Processo Penal, estando tais depoimentos harmoniosos com os outros elementos acostados aos fólios.

Com ênfase, segundo entendimento amplamente firmado pela jurisprudência, não há óbice para que Policiais que efetuaram a prisão ou a apreensão do agente prestem o seu testemunho acerca dos fatos, em conformidade com o art. 202 da Lei Adjetiva Penal. Ademais, não se extrai dos autos que os Policiais que funcionaram como testemunhas tivessem particular interesse na condenação do Apelante.

Conquanto o Apelante haja negado todas as acusações em juízo (fls. 118/119) – não obstante ter confessado, detalhadamente, a prática criminosa quando ouvido perante a Autoridade Policial às fls. 14/15 – tal versão se mostra inverossímil e não se encontra fortalecida por qualquer prova juntada aos autos; apenas denota a expressão ampla e irrestrita do seu legítimo direito constitucional de autodefesa, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas amealhadas durante a instrução criminal.

As provas indiciárias foram ratificadas em Juízo, robustecendo o conjunto probante e inculcando de coerência os elementos carreados aos autos, de sorte que não se sustentam as alegações defensivas, pois insuficientes a ilidir as provas legalmente produzidas através do, repita-se, coerente e harmônico cotejo entre os elementos probatórios produzidos durante o inquérito e na fase judicial.

Em resumo, assegure-se, inequivocamente, que os testemunhos coerentes e seguros dos *susos* citados Policiais e o fato de ter sido encontrada com o Denunciado relevante quantidade de drogas, em variedade, e embaladas em porções, conduzem, de modo evidente, à procedência da pretensão acusatória, não havendo, pois, que se falar em absolvição do Recorrente.

**Assim é que, nesse aspecto, irretocável é a sentença condenatória, uma vez que restou suficientemente demonstradas a autoria e materialidade do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.**

Por outro lado, mormente à vista do efeito devolutivo amplo do Recurso de Apelação na seara processual penal, há de se observar a impossibilidade da condenação do Réu GEOVANI SANTANA DE JESUS pelo delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03.

Resta evidente, no caderno processual que o Acusado foi inicialmente detido pelo Agente Policial em razão de notícias de ser ele o autor de assaltos na região. Assim, procedida a revista pessoal, foi com ele encontrada uma arma de fogo, calibre 38, além de quatro aparelhos celulares (vide Auto de Exibição e Apreensão de fl. 16).

A apreensão dos aludidos objetos e a informação da prática de assaltos na região foram confirmadas pelos Policiais em juízo, acrescentando o PM Luiz Pereira que: *“reconhece o acusado aqui presente, por ter participado da diligência que o prendeu em razão de uma denúncia de que o acusado estaria praticando assalto a mão armada, fornecendo as características de trajés, na Avenida Barros Reis, tendo a equipe se deslocado para o local, aonde foi o acusado detido e feita a revista pessoal”* (fl. 114).

Ademais, às fls. 31/33, constam declarações de supostas vítimas que relataram a subtração de seus aparelhos celulares, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo, tendo uma delas reconhecido o Recorrente como autor do roubo; os celulares apreendidos em poder de

GEOVANI, inclusive, foram restituídos às vítimas, consoante termos de entrega de fls. 34/35.

O Ministério Público Estadual, à cota de fl. 01, requereu a remessa de cópia do Inquérito Policial para uma das Promotorias com atuação no combate de crimes contra o patrimônio, diante dos indícios do delito de Roubo; em consulta procedida ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ) de 1º Grau, constata-se a existência da Ação Penal tombada sob nº 0348072-39.2014.8.05.0001, perante a 5ª Vara Criminal desta Comarca, justamente atinente ao suposto ilícito patrimonial ocorrido no dia 27.11.2014.

O que se observa, portanto, é que a arma de fogo apreendida em poder do Acusado está diretamente relacionada ao, em tese, crime de Roubo também perpetrado pelo Recorrente, de modo que a grave ameaça por ele exercida teria sido difundida através de seu uso contra as vítimas.

Ao revés, a conduta de portar o artefato bélico com numeração suprimida não se mostrou independente no processo *sub judice*, nem sequer contextualizada ao delito de Tráfico de Drogas, reputando-se, pois, inviável chancelar-se a condenação, sob pena de caracterização de odioso bis in idem.

**Nessa senda, *ex officio*, é imperiosa a ABSOLVIÇÃO do Recorrente GEOVANI SANTANA DE JESUS no que tange ao delito capitulado no art. 16 da Lei nº 10.826/03, com esteio no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal Brasileiro.**

De outro giro, atinente à dosimetria da pena, o Recorrente traz ao acerto jurisdicional os pleitos de redução da pena-base aquém do mínimo ante a atenuante da confissão espontânea, além da aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima. Pugna, outrossim, pela detração com fins de modificar o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade e concessão do direito de recorrer em liberdade.

*In casu*, para o crime de Tráfico de Entorpecentes, o Magistrado de piso fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão ao considerar negativa a natureza da substância apreendida e sopesá-la com preponderância às circunstâncias judiciais, com fulcro no art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei nº 11.343/06. Na segunda fase da dosimetria, reduziu a reprimenda básica no patamar de 1/6 (um sexto), ante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea “d” do CP), alcançando a sanção intermediária de 05 (cinco) anos de reclusão. Por conseguinte, na terceira etapa, afastou a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da demonstração, nos autos, de que o Apelante é voltado à prática de atividades criminosas – mormente à existência de outra Ação Penal em desfavor do Réu (fls. 179/180).

A sanção privativa de liberdade definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, infligida ao Apelante GEOVANI SANTANA DE JESUS, pelo cometimento do delito insculpido no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, portanto, não é digna de reproche, tendo em vista a obediência aos ditames legais e jurisprudenciais, sendo dotada de caráter suficiente e proporcional à reprovação do crime em tela.

Considerando a absolvição do Apelante em relação do delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03 e aludida pena definitiva do crime de Tráfico de Drogas, deve ser provido o requerimento defensivo atinente à detração. A teor dos arts. 33 do CPB e 387, § 2º do CPP – observado que o Réu encontra-se provisoriamente custodiado desde 27.11.2014 – FIXA-SE o regime aberto para o início do desconto da sanção privativa de liberdade, pois mais adequado à prevenção e repressão do crime denunciado.

Diante, ainda, do *quantum* da reprimenda corporal, a fim de que as sanções guardem proporcionalidade entre si, REDUZ-SE a pena de multa do Apelante ao patamar de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor mínimo legal.

Por derradeiro, em relação ao pleito de recorrer em liberdade, também formulado pelo Recorrente, entende-se que a presente via é inadequada para tal finalidade, tendo em vista que



seria correto o manejo da Ação de *Habeas Corpus*. Todavia, como corolário, mais que inelutável, provido o pedido de modificação do regime de cumprimento de pena trazido ao acerto jurisdicional no bojo do Recurso de Apelação em epígrafe, faz-se imperiosa a concessão de Ordem de *Habeas Corpus*, com fulcro no art. 256 do RITJBA, em favor do Recorrente YURI SILVA DE SOUZA, a fim de que sua prisão preventiva seja relaxada por ser incompatível a manutenção de sua custódia em regime mais gravoso que o fixado na Sentença.

Ante todo o exposto, **CONHECE-SE, REJEITA-SE A PRELIMINAR, e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao Apelo defensivo, para reformar a Sentença vergastada somente no que tange ao regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade, fixando-se o modo aberto para o início do desconto da reprimenda corporal atinente ao delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. **DE OFÍCIO**, ABSOLVE-SE GEOVANI SANTANA DE JESUS da imputação relativa ao delito capitulado no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP, bem como REDUZ-SE a pena pecuniária para 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor mínimo legal.

Por conseguinte, diante da fixação do regime aberto, com fulcro no art. 256 do RITJBA e art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal de 1988, afasta-se o constrangimento ilegal que ora se abate sobre o Apelante, **CONCEDENDO-SE Ordem de *Habeas Corpus* em favor de GEOVANI SANTANA DE JESUS, brasileiro, solteiro, natural de Salvador/BA, nascido em 12.07.1991, filho de Jorge Martins de Jesus e Verenildes Santana de Jesus, residente e domiciliado na Rua dos Pirineus, nº 35 E, Pau Miúdo, nesta Capital.**

**CÓPIA AUTENTICADA DO PRESENTE ACÓRDÃO SERVIRÁ COMO ALVARÁ DE SOLTURA**, nos termos do art. 260, § 3.º do RITJBA, a ser cumprido pelo(a) Sr(a). Oficial(a) de Justiça da Primeira Câmara Criminal, se o Paciente estiver detido nesta Capital, ou por Carta de Ordem ou Precatória ao Juízo da Comarca onde eventualmente o Acusado estiver custodiado, devendo ser ele imediatamente colocado em liberdade, salvo se estiver preso em flagrante por outro crime ou se restar constatada, após consulta ao Sistema de Informação Criminal do respectivo Tribunal e ao Sistema Nacional, a existência de mandado de prisão expedido em seu desfavor.

**COMUNIQUE-SE** à Autoridade Coatora, inclusive, via Fax.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 0300005-77.2014.8.05.0022, Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Desª. Aracy Lima Borges, julgado em 16/08/2016**

**APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ART. 157, §2º, INCISOS I E II DO CP. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO FACE À INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS. - REJEITADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO, APENAS POR FOTOGRAFIA, DO ACUSADO. PROVA FRÁGIL E INCONCLUSIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA *RES FURTIVA* E DO INSTRUMENTO DO CRIME. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 386, VII DO CPP. APELO MINISTERIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.**

**1.** Cuida-se de Apelação Ministerial em que se sustenta a existência de provas suficientes para emissão de decreto condenatório em desfavor do Denunciado como incurso nas penas do art.157, §2º, I e II do Código Penal.



2. Preliminar da defesa de não conhecimento do recurso em face da intempestividade das razões recursais. Rejeitada. A intempestividade que impede o não conhecimento do recurso refere-se à sua interposição e não ao prazo da apresentação das razões. Jurisprudência dos Tribunais Superiores com entendimento no sentido de que as razões recursais apresentadas fora do prazo constituem-se mera irregularidade.

3. No mérito, o reconhecimento do Acusado apenas através da fotografia torna a prova frágil e inconclusiva, e considerando que não houve apreensão da *res furtiva*, nem do instrumento do crime, qual seja, a arma branca - faca do tipo “peixeira”.

4. A única prova apurada consistiu no reconhecimento fotográfico do acusado, pelas vítimas, o que não sustenta a condenação do mesmo.

5. Para uma condenação criminal é exigida a certeza plena da autoria delitiva, e, não havendo esta certeza diante do conjunto probatório apresentado nos autos, tornam-se imperativas a aplicação do princípio constitucional *in dubio pro reo* e a manutenção da sentença absolutória, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (insuficiência de provas para a condenação).

6. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improviamento do apelo Ministerial.

**APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0300005-77.2014.8.05.0022, da Comarca de Barreiras, em que figura, como apelante, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e, como apelado, VALTEIRIS DE JESUS.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Criminal da Câmara Especial do Extremo Oeste, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora.

### RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra VALTEIRIS DE JESUS, vulgo “Cabeça”, qualificado nos autos como incurso no art. 157, §2º, I e II do Código Penal.

Consta na peça acusatória que, no dia 23/12/2013, por volta das 13 hs, no Bairro Vila Dulce, no estabelecimento comercial denominado Salão de Beleza da Cris, o denunciado, em conjugação de esforços e unidade de desígnios, em companhia de outro indivíduo não identificado, subtraiu para si coisa alheia móvel mediante grave ameaça exercida com arma branca.

Conforme apuração policial, o denunciado ficou na porta do local, impedindo a entrada e saída de pessoas, enquanto o outro indivíduo efetuava a prática delitiva. Na ação criminosa, houve emprego de uma faca tipo “peixeira” para ameaçar as vítimas que, intimidadas, entregaram-lhes um celular e a quantia de R\$80,00 (oitenta reais).

A denúncia de fls. 02/03 foi oferecida com base no inquérito policial de fls. 05/33 e recebida por despacho datado de 11/02/2014 (fl. 34). O Acusado foi citado, apresentando resposta à acusação às fls. 35-41.

Através da decisão de fl. 46, o Magistrado a quo substituiu a prisão cautelar por outras medidas alternativas, determinando a expedição do competente alvará de soltura.

Ouvida de vítimas às fls. 71-76, das testemunhas de acusação às fls. 77-78, e de defesa à fl. 79. Termo de qualificação e interrogatório do réu às fls. 81-82.

Alegações finais do Ministério Público às fls. 84-90 e da defesa às fls. 92-98.

Sobreveio sentença, às fls. 100/102, julgando improcedente a denúncia e absolvendo o réu, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (insuficiência de provas para a condenação).

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, à fl. 103 dos autos, tendo apresentado as devidas razões às fls. 108-116, alegando a existência de provas suficientes para emissão de decreto condenatório em desfavor do Denunciado, como incurso nas penas do art. 157, §2º, I e II do Código Penal.

Contrarrazões da defesa apresentadas às fls. 119-132, sustentando, preliminarmente, a intempestividade das razões recursais e, no mérito, requer o improvimento do recurso Ministerial.

Inicialmente, o presente recurso foi distribuído ao Desembargador Convocado Francisco de Oliveira Bispo, que proferiu o despacho de fl. 134, determinando vista dos autos ao Ministério Público.

Nesta instância, emitiu parecer a douta Procuradoria de Justiça (fls. 136/141), manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do apelo Ministerial.

Após, vieram-me os autos conclusos, diante da transferência de relatoria, nos termos do art. 42 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça (fl. 141-V).

É o relatório.

## VOTO

### **I – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO FACE À INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS - REJEITADA.**

Alega o Recorrido que o Ministério Público apresentou as razões recursais fora do prazo assinalado pelo Magistrado a quo, consoante certidão acostada à fl. 116 dos autos.

Em que pese o entendimento da Defesa, é cediço que a intempestividade que impede o não conhecimento do recurso refere-se à sua interposição, e não ao prazo da apresentação das razões. De igual modo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem firmado o posicionamento de que as razões recursais apresentadas fora do prazo constituem-se em mera irregularidade, vejamos:

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. RAZÕES RECURSAIS APRESENTADAS FORA DO PRAZO. MERA IRREGULARIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

*1. É entendimento desta Corte Superior, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, que a apresentação das razões da apelação fora do prazo constitui mera irregularidade que não obsta o conhecimento do apelo.*

*2. Ordem de habeas corpus concedida, para determinar que o Tribunal a quo conheça do recurso de apelação interposto pelo Paciente e o julgue como entender de direito. (STJ, HC nº 0003456, de 06.08.2013, Rel. Min. Laurita Vaz) (grifou-se).*

No caso *sub examine*, verifica-se que o Ministério Público foi intimado da sentença recorrida em **16/07/2015** (fl. 102-V), interpondo, no dia **20/07/2015**, o presente apelo (fl. 103), em atendimento ao prazo previsto no art. 593 do CPP, razão pela qual rejeito a preliminar de intempestividade e conhecimento do Recurso.

Destarte, presentes os pressupostos recursais, tocantes à legitimidade, tempestividade e regularidade formal, não existindo óbice ao conhecimento do feito por esta Superior instância, conhece-se do presente apelo.

## II – DO MÉRITO RECURSAL

Cinge-se o inconformismo recursal na arguição de existência de provas suficientes para a condenação do Recorrido, uma vez que, conforme sustentado pelo Recorrente, restaram cristalinhas a materialidade e autoria do delito, comprovadas pelo arcabouço probatório existente nos autos, principalmente pelo depoimento das vítimas.

Todavia, da análise acurada dos autos e das provas produzidas, verifica-se que a pretensão recursal não merece prosperar.

Primeiramente, faz-se mister salientar que não fora apreendida a *res furtiva*, nem tampouco a arma branca supostamente utilizada na atividade delitiva. Dessa forma, não houve auto de exibição e apreensão nos fólios.

Ademais, as vítimas, Michele dos Reis Macedo, Cristiane Ferreira dos Santos e Fabrícia Catarine Guedes Santos, não foram previamente identificadas e indicadas na peça acusatória como tais - vítimas, tendo sido qualificadas, assim, apenas na instrução judicial, já que, na denúncia, as mesmas foram arroladas como testemunhas.

Em sede do inquérito policial, as vítimas apontaram o Recorrido como sendo a pessoa que teria ficado na qualidade de “olheiro”, do lado de fora do estabelecimento comercial (Salão de Beleza da Cris), enquanto outro indivíduo subtraía os pertences no interior do referido estabelecimento (fls. 10-14).

Não obstante, ao prestarem suas declarações em Juízo (fls. 71-76), as reportadas vítimas afirmaram não terem realizado qualquer reconhecimento do Acusado na DEPOL – Delegacia de Polícia, embora tenham apontado o mesmo, através da fotografia (fl. 17), como sendo um dos partícipes do roubo.

Nesse diapasão, vale salientar, ainda, que o Ministério Público, valendo-se da possibilidade do art. 217, do CPP, requereu o afastamento do Recorrido quando da oitiva das referidas vítimas. E tal medida inviabilizou o reconhecimento presencial do Acusado na instrução processual.

Com efeito, em suas declarações em Juízo, (fls. 71-72), **Michele dos Reis Macedo** afirma que, após o roubo, os assaltantes fugiram do local e Fabrícia e Cristiane pediram ajuda, e o pai da depoente e seu tio foram ao encalço dos assaltantes, logrando êxito em prender o Acusado, mas o outro, que ainda estava com a faca, conseguiu fugir. A vítima não lembra como os assaltantes estavam vestidos, mas se recorda que ambos trocaram de roupa, que um dos assaltantes usava um capuz, mas não cobria o rosto, e outro possuía cabelo de “trançonas”. Por fim, afirma que a pessoa da fotografia da fl. 17 era o assaltante que estava na porta.

Já a vítima **Cristiane Ferreira dos Santos** afirmou, em audiência (fls. 73-74) que o Recorrido e o outro indivíduo, após a empreitada criminoso, saíram andando pela rua, partilhando entre si o produto do roubo. Dessa forma, ela resolveu pedir ajuda aos vizinhos, os quais correram atrás dos suspeitos, tendo os populares conseguido prender em flagrante o Acusado. Também descreve os autores do roubo como sendo: “o que usou a faca estava com um capuz preto, e o outro, o da porta, estava com casaco branco, e que ambos trocaram de roupa para dificultarem o seu reconhecimento. Acrescenta que um dos assaltantes usava boné – o “olheiro”, mas nenhum dos produtos do crime, nem a faca foi encontrado com o Acusado quando da sua prisão.

Por sua vez, a vítima **Fabrícia Catarine Guedes Santos**, em suas declarações de fls. 75-76, além de repetir as afirmações realizadas pelas outras vítimas, aduziu que os assaltantes estavam “de cara limpa” e que, quando saiu do salão, já viu o Recorrido rendido pelos populares e que não se recordava das roupas que os autores do crime estavam usando.

Ademais, as testemunhas **Ricardo de Souza Santos** e **Joary Francisco da Cruz**, agentes policiais que fizeram a condução do Acusado até a DEPOL, somente afirmaram ter chegado no

local e já encontrado o Recorrido rendido pela população, não tendo sido encontrados com o mesmo objetos ou dinheiro.

A testemunha arrolada pela defesa, **Kedma Sofia de Assis Lima**, narrou, em Juízo, às fls. 79-80, que estava em uma esquina próxima ao local do evento criminoso e presenciou a prisão em flagrante do Recorrido. Todavia, ao contrário dos demais depoimentos, essa testemunha relatou que viu o Recorrido, de uma distância de 200 m da sua residência, “limpando britas lá na porta de um vereador”, que o mesmo não estava usando casaco quando preso pela população. Afirma, inclusive, que o mesmo é viciado, mas não tem conhecimento de que já tenha roubado alguma coisa e que não pode afirmar que o Acusado participou do roubo em comento.

Por fim, o Recorrido negou a acusação, tanto em sede policial (fl. 15) como na instrução processual (fls.81-82). Aduz que estava trabalhando no dia do crime, carregando brita, e, posteriormente, dirigiu-se a uma casa nas proximidades do local do crime para “fumar crack”, por ser usuário de drogas, momento em que foi agredido por um cara que o abordou dizendo que o mesmo tinha roubado o salão. Nesse sentido, afirma que foi confundido com outra pessoa, não tendo qualquer relação com o crime de roubo.

Verifica-se, portanto, que o reconhecimento do Acusado apenas através da fotografia torna a prova frágil e inconclusiva, ainda mais levando-se em conta que não houve apreensão da **res furtiva**, como já relatado, nem tampouco descrição detalhada do celular roubado, nem do instrumento do crime.

Dessa forma, a única prova do suposto crime resumiu-se ao reconhecimento fotográfico do acusado, pelas vítimas, o que não sustenta a condenação do mesmo.

Sendo certo que, para uma condenação criminal, é exigida a certeza plena da autoria delitiva, e não havendo esta certeza diante do conjunto probatório apresentado nos autos, tornam-se imperativas a aplicação do princípio constitucional *in dubio pro reo* e a manutenção da sentença absolutória, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (insuficiência de provas para a condenação).

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. MANTIDA A ABSOLVIÇÃO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A fragilidade do conjunto probatório quanto à autoria do crime de posse irregular de munições de uso permitido, inculcando no julgador dúvida razoável acerca da responsabilidade penal do réu pelos fatos narrados na denúncia, impõe a invocação do princípio do in dubio pro reo e consequente absolvição. 2. Negado provimento ao recurso do Ministério Público.*

(TJ-DF - APR: 20120310279715 DF 0027273-56.2012.8.07.0003, Relator: Des. João Timóteo De Oliveira, Data de Julgamento: 29/01/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/02/2015 Pág.: 166).

Pelo quanto delineado, vota-se no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao apelo, mantendo-se na íntegra a Sentença.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 0310823-25.2015.8.05.0001, Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 05/07/2016**

**PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E ESCALADA.**

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BAIXO VALOR DOS OBJETOS FURTADOS. APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO AFASTADA. RECURSO PROVIDO.**

1. Recorrente condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, II, 3ª figura, e IV, do Código Penal (furto qualificado pelo concurso de agentes, com escalada), por ter o mesmo, em 23/01/2012, juntamente com RODRIGO REIS DA HORA (falecido em 28/04/2012), escalado os muros da Empresa de Transporte Capital e subtraído duas baterias de veículos, uma da marca Moura e outra da marca Acdelco.

2. A aplicabilidade do Princípio da Insignificância deve ser feita de forma prudente e criteriosa, exigindo-se, assim, a presença de certos elementos, tais como a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência total de periculosidade social da ação; c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo STF, no HC nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO (DJU 19.04.04).

3. No caso em apreço, como bem defendido na peça recursal, a ofensividade foi mínima, pois os objetos furtados não possuíam grande valor, como bem disse o vigia da empresa onde encontravam-se as baterias, que, quando ouvido em Juízo (mídia juntada à fl. 207), adjetivou-as de “velhas”, “usadas” e “descarregadas”, ressaltando que as mesmas não possuíam mais serventia.

4. Quanto ao particular, a valoração posta na sentença recorrida, segundo a qual cada bateria custaria R\$500,00, não tem como prevalecer, pois, além de não estar atrelada a qualquer elemento concreto, mas sim, de puro “achismo” do julgador, diz respeito a baterias de automóvel novas, não correspondendo aos objetos furtados.

5. Vale ressaltar, ademais, que os objetos foram restituídos ao dono, conforme auto de entrega de fl. 24, o que justifica, ainda mais, a aplicação do Princípio acima indicado.

6. Recurso provido, com a reforma da sentença de primeiro grau, e consequente absolvição do apelante.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal nº 0310823-25.2012.805.0001, de Salvador - BA, na qual figura, como apelante, JOSENILTON DOS SANTOS NOGUEIRA e, apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR provimento ao recurso pelas razões alinhadas no voto do relator.



**RELATÓRIO**

Cuidam os autos de apelação criminal interposta por JOSENILTON DOS SANTOS NOGUEIRA contra sentença proferida nos autos da ação penal proposta em seu desfavor e contra RODRIGO REIS DA HORA, a qual o condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, restando substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, tudo pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, II, 3ª figura, e IV, do Código Penal (furto qualificado pelo concurso de agentes, com escalada).

Nas razões recursais de fls. 145/165, alega o recorrente que a sentença merece ser reformada, uma vez que a conduta seria atípica, em razão da necessidade de aplicação do Princípio da Insignificância, uma vez que não houve avaliação dos bens furtados (adjetivados de “baterias velhas, usadas, descarregadas e imprestáveis ao uso”), os quais foram restituídos à vítima. Por conta disso, requereu a reforma do julgado, com a absolvição do acusado.

Lado outro, asseverou que não há provas da autoria delitiva, pois as testemunhas ouvidas em Juízo não presenciaram o momento exato em que teria ocorrido o furto, tendo os acusados indicado que teriam encontrado as baterias na via pública, requerendo, ainda, o decote das qualificadoras, pois não houve perícia para comprovar a escalada, nem houve testemunhas que presenciaram a mesma, não restando provado, ainda, o liame subjetivo entre os agentes a justificar a qualificação do delito pelo concurso de pessoas.

Por final, requereu o reconhecimento do furto privilegiado, na forma do art. 155, §2º, do Código Penal, com aplicação exclusiva da pena de multa, principalmente em razão da primariedade do agente e do valor ínfimo dos objetos furtados, pleiteando, ainda, que seja considerado tentado o crime, pois o apelante não teria tido a posse mansa e pacífica dos bens.

Intimado a se manifestar, o recorrido apresentou as contrarrazões de fls. 166/179, em que requereu o improvimento do apelo.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram estes distribuídos, por sorteio, cabendo-me a relatoria do recurso (fl. 187).

Encaminhado o feito à Procuradoria de Justiça, esta, por meio do parecer de fl. 210/217, pugnou pelo improvimento do apelo.

Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que restou submetido ao crivo da revisão.

É o que importa relatar.

**VOTO**

Profiro meu voto.

Conheço do recurso, uma vez que atendidos os requisitos próprios da espécie, cabendo analisar, desde já, a alegada atipicidade da conduta em função da aplicação do Princípio da Insignificância.

Nessa senda, como se sabe, tal princípio está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tendo sido acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores como causa supralegal de exclusão de tipicidade, na medida em que a tutela penal deve se aplicar somente quando ofendidos bens mais relevantes e necessários à sociedade, posto que é a última, dentre todas as medidas protetoras, a ser aplicada.

Justamente por sua importância, a sua aplicabilidade deve ser feita de forma prudente e criteriosa, exigindo-se, assim, a presença de certos elementos, tais como a) a mínima ofensividade

da conduta do agente; b) a ausência total de periculosidade social da ação; c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo STF, no HC nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO (DJU 19.04.04).

No caso em apreço, como bem defendido na peça recursal, a ofensividade foi mínima, pois os objetos furtados não possuíam grande valor, como bem disse o vigia da empresa onde encontravam-se as baterias, que, quando ouvido em Juízo (mídia juntada à fl. 207), adjetivou-as de “velhas”, “usadas” e “descarregadas”, ressaltando que as mesmas não possuíam mais serventia.

Quanto ao particular, a valoração posta na sentença recorrida, segundo a qual cada bateria custaria R\$500,00, não tem como prevalecer, pois, além de não estar atrelada a qualquer elemento concreto, mas, sim, de puro “achismo” do julgador, diz respeito a baterias de automóvel novas, não correspondendo aos objetos furtados.

Vale ressaltar, ademais, que os objetos foram restituídos ao dono, conforme auto de entrega de fl. 24, o que justifica, ainda mais, a aplicação do Princípio acima indicado.

Com essas considerações, conheço do recurso e dou provimento ao mesmo, para reformar a sentença condenatória e ABSOLVER o acusado JOSENILTON DOS SANTOS NOGUEIRA da imputação que lhe foi feita, por atipicidade da conduta.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Criminal nº 0115735-20.2010.8.05.0001, Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 09/07/2013**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA QUE CONDENA A APELANTE PELA PRÁTICA DE CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO - RECURSO BUSCANDO OBTER ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA E, SUBSIDIARIAMENTE, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PENA “IN CONCRETO” – INVIABILIDADE DOS PLEITOS - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

**I** – Sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, condenando a Apelante à pena de 01 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática de crime descrito no art. 304 (uso de documento falso), c/c o art. 298 (falsificação de documento particular) do CP, a ser cumprida em regime aberto, assegurando-lhe, ainda, na forma do art. 44 do mesmo Diploma, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

**II** – Materialidade e autoria que se encontram devidamente comprovadas, não só através do Laudo Pericial de fls. 80/102, que concluiu pela inautenticidade dos Atestados Médicos apresentados pela Apelante perante a empresa em que trabalhava, com o objetivo de justificar suas constantes faltas ao serviço, como também pela confissão realizada perante a Autoridade Policial (fls. 65/66).

**III** – Alegação de atipicidade da conduta, por suposto desconhecimento da falsidade, que não se sustenta diante do conjunto fático-probatório. Quando ouvida perante a autoridade policial (fls. 65/66), a Apelante confessou o delito, aduzindo que, não lhe interessando permanecer no emprego, mas também não desejando pedir demissão para não perder o direito às parcelas rescisórias,

“passou a preencher os atestados médicos que havia achado no ônibus, pesquisando o código do CID na internet”.

**IV** – Retratação em Juízo que não se revela capaz de infirmar o valor probante da confissão extrajudicial, por estar em perfeita consonância com as demais provas. Precedentes do STJ.

**V** - O fato da perícia não apontar a Apelante como autora do preenchimento dos Atestados não implica em desconhecimento da falsidade dos documentos de que se utilizou para justificar sua ausência ao trabalho.

**VI** - Em outra vertente, não há falar de atipicidade da conduta por não ter, supostamente, atingido a “fé pública”, sob alegativa de que o conhecimento da inautenticidade se limitou às partes envolvidas. O crime do art. 304 (uso de documento falso) ludibria não só a vítima como também atinge a boa-fé da sociedade em geral, não se podendo considerar sua lesão como restrita aos particulares envolvidos.

**VII** – Dosimetria que não merece censura, tendo a basilar sido fixada em 01 (um) ano de reclusão. A despeito de se reconhecer, nesta oportunidade, a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea “d”), deixa-se, entretanto, de valorá-la em face da reprimenda já se encontrar situada no patamar mínimo. Não havendo, nas demais etapas, circunstâncias que determinem sua alteração, confirma-se a pena definitiva de 01 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, mantido o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (CP, art. 44, § 2º), a ser aplicado pelo Juiz das Execuções.

**VIII** - Quanto à pretendida extinção da punibilidade pela pena in concreto, não merece acolhida, posto que, tendo sido a conduta praticada pelo menos até o mês de julho de 2007 (cf. Atestado de fls. 82), à época do recebimento da Denúncia, 10 de janeiro de 2011 (fls. 132), ainda não transcorreria o lapso prescricional de 04 (quatro) anos, previsto no art. 109, inciso V, do CP.

**IX** – Opinativo da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do Apelo.

**X - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**, para confirmar a Sentença de primeiro grau.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0115735-20.2010.8.05.0001, proveniente desta Comarca da Capital, figurando como Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e, Apelada, ROSEANE SILVA MACHADO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso nos termos do voto condutor. E, assim, o fazem pelas razões a seguir expendidas.

### RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu Denúncia contra ROSEANE SILVA MACHADO sob acusação da prática de crime previsto no art. 301, c/c o art. 71, ambos do Código Penal.

Segundo a peça vestibular, no ano de 2007, a Denunciada apresentou, de maneira sucessiva, atestados médicos à empresa BAHIA PIROTÉCNICA E EVENTOS, em que trabalhava, no intuito de justificar suas ausências ao serviço.

Diz a Denúncia que, desconfiada da veracidade dessas justificativas, referida empresa notificou o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia – CREMEB, tendo sido constatado, através contato com os hospitais e médicos mencionados nos atestados, que os documentos eram inautênticos.

Quando do seu interrogatório perante a autoridade policial, ROSEANE MACHADO confessou a prática do ilícito, aduzindo que teria encontrado, em um ônibus, uma pasta contendo atestados médicos carimbados, mas ainda em branco, e que, a partir de então, passou a preenchê-los, ela própria, e a apresentá-los à empresa onde trabalhava com o intuito de se ver demitida sem justa causa, de modo a receber as respectivas verbas indenizatórias.

A Denúncia foi recebida em 10 de janeiro de 2011 (fls. 132), com Resposta à Acusação às fls. 138/144.

Concluída a instrução, a eminente Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal, pela Sentença de fls. 163/164, integrada pela decisão de fls. 276/277, que acolheu embargos declaratórios, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, condenando ROSEANE SILVA MACHADO à pena de 01 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática de crime descrito no art. 304 (uso de documento falso), c/c o art. 298 (falsificação de documento particular) do CP.

Irresignada, a Defesa interpôs Apelação (fls. 280), apresentando razões às fls. 291/294, em que sustenta que, embora provada a falsidade, não se fez prova de que a Recorrente tinha dela conhecimento, circunstância indispensável para a configuração do delito.

Pugna, outrossim, pelo reconhecimento da atipicidade material da conduta, afirmando que a utilização do documento falsificado, por não ter ocorrido diante de um número indeterminado de pessoas, mas, apenas, perante a empresa destinatária, não possui o condão de afetar a “fé pública”, bem jurídico protegido pelo art. 304 do Estatuto Repressivo, requerendo, ao final, que seja declarada a extinção da punibilidade da Apelante, pela pena in concreto.

Em Contrarrazões (fls. 296/300), pontua o Ministério Público que o édito condenatório deve ser mantido.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do Apelo (fls. 303/309).

É o relatório. Passo a decidir.

## VOTO

Irresignada com a Sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, condenando-a à pena de 01 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática de crime descrito no art. 304 (uso de documento falso), c/c o art. 298 (falsificação de documento particular) do CP, a ser cumprida em regime aberto, assegurando-lhe, ainda, na forma do art. 44 do mesmo Diploma, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ROSEANE SILVA MACHADO interpôs Apelação.

Aduz a Defesa que, embora provada a falsidade, a Apelante dela não tinha conhecimento, circunstância que reputa indispensável para a configuração do delito.

Pugna, por outro lado, pelo reconhecimento da atipicidade material da conduta, afirmando que a utilização do documento falsificado, por não ter ocorrido perante um número indeterminado de pessoas, mas, apenas, perante um único destinatário, não possui o condão de afetar a “fé

pública”, bem jurídico protegido pelo art. 304 do Estatuto Repressivo, requerendo, ao final, que seja declarada a extinção da punibilidade da Apelante.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A materialidade e autoria se encontram devidamente comprovadas, não só através do Laudo Pericial de fls. 80/102, que conclui pelo reconhecimento da inautenticidade dos Atestados Médicos apresentados, pela Apelante, perante a empresa em que trabalhava, para justificar suas faltas ao serviço, como também pela confissão realizada perante a Autoridade Policial (fls. 65/66).

Não pode prosperar a alegação de atipicidade da conduta, pelo suposto desconhecimento da falsidade por parte da Apelante. De fato, foge ao razoável a afirmação da Defesa, uma vez que, quando ouvida perante a Autoridade Policial (fls. 65/66), ROSEANA MACHADO confessou o delito, com riqueza de detalhes, afirmando que não queria mais permanecer no emprego, mas também não desejava pedir demissão para não perder o direito às parcelas rescisórias, motivo pelo qual “passou a preencher os atestados médicos que havia achado no ônibus, pesquisando o código do CID na internet”. Embora, em Juízo, tenha repudiado essa confissão, passando a negar a prática do crime, sua retratação não se compadece com as demais provas dos autos, tendo ela, inclusive, perante o Juízo da 2ª Vara Crime, reconhecido “como sendo sua a assinatura de fls. 66 dos autos”, confirmando, assim, a autenticidade do conteúdo do seu interrogatório na fase inquisitiva.

Mesmo diante de posterior retratação em Juízo, a confissão ocorrida durante o Inquérito não perde seu valor probante, por estar em perfeita consonância com o conjunto probatório juntado aos autos. Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. DECRETO CONDENATÓRIO COM BASE NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. OFENSA AO ART. 200 DO CPP. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL. MEIO INADEQUADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CO-NHECIDO.

1. É possível a condenação com base em confissão extrajudicial quando em sintonia com os demais elementos do acervo fático-probatório.

2. O recurso especial não é meio adequado para aduzir violação de princípios constitucionais.

3. A análise da pretensão recursal com o fito de absolvição demanda o reexame da matéria fático-probatória contida nos autos, procedimento defeso na instância especial. Incidência da Súmula 7/STJ.”

4. Recurso não-conhecido.”

(STJ, REsp 957796/RS; Relator Min. Arnaldo Esteves Lima; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data de Julgamento: 02.06.2009; grifei).

Ademais, o simples fato da perícia não ter apontado a Apelante como autora do preenchimento dos Atestados não implica declarar que ela desconhecia a inautenticidade dos documentos de que se utilizou para justificar sua ausência ao trabalho.

Em outra vertente, não há falar de atipicidade da conduta por não ter, supostamente, atingido a “fé pública” ante a circunstância do conhecimento da autenticidade ter se limitado às partes envolvidas.

Com efeito, o crime do art. 304 (uso de documento falso), por se encontrarem entre aqueles que envolvem falsificação, ludibria não só a vítima como também atinge a boa-fé da sociedade em geral, não se podendo considerar a lesão como restrita aos particulares envolvidos.

De rigor, portanto, a condenação da Apelante pela prática do crime descrito no art. 304 (uso de documento falso), c/c o art. 298 do CP, que poderia ter tido, inclusive, sua pena majorada



com o reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71), dadas as reiteradas vezes em que praticou o ilícito, não cabendo, entretanto, fazê-lo, nesta instância, em face do princípio *reformatio in pejus*.

No que concerne à dosimetria, não merece censura a pena aplicada, correspondente a 01 (um) ano de reclusão, assim fixada desde a basilar. A despeito de se reconhecer, nesta oportunidade, a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea “d”), deixo, entretanto, de valorá-la, em face da reprimenda já se encontrar situada no patamar mínimo. Outrossim, não havendo, nas demais etapas, circunstâncias que determinem sua alteração, confirmo a pena definitiva de 01 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, mantido o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (CP, art. 44, § 2º), a ser aplicado pelo Juiz das Execuções.

Quanto à pretendida extinção da punibilidade pela pena in concreto, não merece acolhida, posto como tendo sido a conduta praticada, pelo menos, até o mês de julho de 2007 (cf. Atestado de fls. 82), à época do recebimento da Denúncia, 10 de janeiro de 2011 (fls. 132), ainda não transcorrer o lapso prescricional de 04 (quatro) anos, previsto no art. 109, inciso V, do CP.

Tais as razões pelas quais, acompanhando o parecer ministerial, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo, assim, a Sentença de primeiro grau.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Revisão Criminal nº 0001175-58.2016.8.05.0000, Seção Criminal, Relator (a): Des. Julio Cezar Lemos Travessa, julgado em 01/06/2016**

**EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO DO REEDUCANDO POR NÃO RESTAR COMPROVADA SUA PARTICIPAÇÃO NO CRIME OBJETO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INSTRUMENTO INADEQUADO À PRETENSÃO DEDUZIDA PELO AUTOR. EXTINÇÃO DA AÇÃO, SEM EXAME DE MÉRITO.**

1. O Requerente pleiteia sua absolvição do fato criminoso objeto da ação penal de origem, indicando que, em sua fase instrutória, não foram produzidos elementos suficientes a atestar sua participação.
2. No entanto, falta-lhe uma das condições da ação, não devendo ser analisado o mérito de sua pretensão.
3. Com efeito, um dos elementos do interesse de agir é a adequação, que se constitui como a propositura de um instrumento apto à assegurar a irrisignação do autor. Da análise do art. 621 do CPPB, constata-se que a causa de pedir próxima do Requerente não se amolda a nenhum dos incisos do dispositivo.
4. Não sendo a matéria trazida a juízo hipótese de cabimento de Revisão Criminal, deve ser extinta a presente ação autônoma de impugnação, sem exame de mérito, por faltar-lhe interesse de agir, na sua modalidade adequação.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de REVISÃO CRIMINAL sob nº 0001175-58.2016.8.05.0000, tendo, como Requerente, **Josevaldo Muniz Lopes**.

Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para **extinguir a presente Ação Autônoma de Impugnação, sem exame de mérito.**

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Revisão Criminal proposta pela defesa de **JOSEVALDO MUNIZ LOPES** em face de Acórdão Condenatório transitado em julgado, nos autos da ação penal tombada sob o nº 1.602/94. O Requerente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e III, do Código Penal Brasileiro.

Segundo consta da denúncia, o Requerente fez parte de grupo que praticou roubo contra os Srs. Fernando Santos Nascimento (Gerente do Supermercado “Big Bom”) e Carlos Alberto Boareto (Filho do proprietário do Supermercado “Big Bom”), que conduziam a quantia de R\$70.000,00 (setenta mil reais) produto da venda do dia do estabelecimento comercial.

De acordo com o *Parquet*, o reeducando, apesar de não ter participado dos atos executórios da empreitada criminoso, agiu, com os meios que sua profissão de Policial Militar lhe proporcionam, de forma a acobertar os demais sentenciados, tendo-os ajudado, igualmente, na fuga do delito.

O Requerente foi condenado em 1º grau pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I, II e III do CPB (duas vezes), e no art. 288, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Sua pena foi fixada em 10 (dez) anos, 01 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia reformou a capitulação jurídica de sua conduta para apenas um delito de Roubo Majorado (art. 157, § 2º, I, II e III) e o absolveu do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do CPB. Esta Corte de Justiça manteve a pena fixada para o referido crime (três anos, oito meses e vinte e quatro dias).

Inconformada com a condenação, a defesa do reeducando propôs a presente Revisão Criminal, requerendo sua absolvição do delito a que foi condenado, sob o argumento de que as provas dos autos não comprovam sua participação no fato criminoso.

Em parecer, a Procuradoria de Justiça opinou pela procedência do pedido revisional, aduzindo que participação do requerente no assalto ao supermercado restou “contraditória”, acrescentando que “*a condenação do revisionante encontra-se fincada em solo moveição, permeado de dúvidas*” (sic).

**Feito o relatório, passa-se ao voto.**

## VOTO

A Constituição da República, no rol dos direitos e garantias fundamentais, assegura aos indivíduos o direito público e subjetivo de ação, ou seja, de buscar a tutela jurisdicional sempre que se acharem na iminência de sofrer qualquer dano a direito próprio ou de terceiro – neste caso, se possuir legitimidade –, ou quando já lesionada sua pretensão.

Tal direito, também chamado de “acesso à justiça”, é corolário da norma-princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, a qual encontra-se positivada na Carta Magna Brasileira, consoante se infere da transcrição a seguir:

“Art. 5º, XXXV, CR - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Entrementes, o legislador ordinário, a doutrina brasileira e a jurisprudência, legítimas fontes do Direito, impõem determinadas condições para o exercício do acesso à justiça, que são ori-

ginadas a partir do princípio da economia processual. Afinal, é imprescindível que se vislumbre, no momento da propositura da demanda, um resultado útil ao processo.

Ainda que não seja o caso de reconhecer a procedência da pretensão do autor, o que caracterizaria um julgamento antecipado do mérito, o Juiz, ao lhe ser concluída a petição inicial, deve apreciar se a movimentação da máquina estatal terá alguma utilidade, avaliando se restam preenchidos os pressupostos processuais e as condições da ação.

Afinal, de nada adiantará dar seguimento à determinada demanda, procedendo-se a fase postulatória inicial, instrução, fase postulatória final, para, no momento da prolação da sentença, não reconhecer o preenchimento das condições para o exercício do direito de ação. Decerto, é notório que o Poder Judiciário está sobrecarregado de processos judiciais, não podendo desperdiçar tempo para tramitar demandas que não terão resultado útil.

No caso dos autos, malgrado a satisfação dos pressupostos processuais, não resta preenchido o interesse de agir do Requerente, na sua modalidade adequação, na medida em que lançou mão de instrumento que não é apto a rever as mesmas provas produzidas na fase instrutória da ação penal de origem para discutir sua condenação, caso não se constituam como *evidência dos autos*.

A análise da condição da ação “interesse de agir”, de acordo com a lição dos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, deve ser abalizada pelo binômio necessidade-adequação.

A demanda será apenas *necessária*, se for imprescindível, para a satisfação da suposta pretensão do autor, a intervenção do Poder Judiciário, e será adequada, se o autor manejar o instrumento com aptidão de solucionar a lide trazida a juízo, dando exemplo os referidos autores da propositura de ação de mandado de segurança para pleitear créditos pecuniários, cenário notoriamente incabível diante de sua hipótese de cabimento.

Convém transcrever trecho da doutrina dos ilustres professores:

“Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. **É preciso, pois, sob esse prisma, em que cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.**

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal – supra n.7)

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que iniquem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.” (Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição, 2010. p.281/282)

Renato Brasileiro de Lima, trazendo a análise das condições da ação de forma mais específica para o Direito Penal, exemplifica a extinção de demanda, sem exame de mérito, por falta de interesse de agir em sua modalidade *adequação*, no caso de impetração de *Habeas Corpus* para o trancamento de ação penal na qual o delito em que é acusado o réu seja apenas cominada pena de multa.

Em tal hipótese, o *writ* não é o instrumento adequado para discutir a justa causa para a propositura da ação penal, de forma que o seu cabimento é estritamente para proteger a liberdade de locomoção dos indivíduos. Nos casos em que este direito fundamental não corre o risco de ser cerceado pelo Estado, não é cabível a propositura da ação de Habeas Corpus.

Merece transcrição, outrossim, a doutrina do professor Renato Brasileiro de Lima:

“Em se tratando de ações penais não condenatórias, todavia, é mais fácil visualizar a importância do interesse-adequação. Basta pensar no exemplo de persecução penal em andamento por conduta manifestamente atípica à qual seja cominada apenas pena de multa. Em tal hipótese, o *habeas corpus* não será instrumento adequado para se buscar o trancamento do processo, já que o referido remédio constitucional está ligado à proteção da liberdade de locomoção (CF, art. 5º, LXVIII). Logo, como o não pagamento de multa não mais autoriza sua conversão em pena privativa de liberdade (CP, art. 51, com redação determinada pela Lei nº 9.268/96), o instrumento adequado será o mandado de segurança. A propósito, diz a Súmula nº 693 do STF que ‘não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada’”. (Lima, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal, Volume único, 1ª edição, Niterói/RJ, Editora Impetus, pág. 169).

Malgrado tenha se referido a Habeas Corpus, o exemplo citado pelo doutrinador amolda-se perfeitamente ao caso dos autos, afinal, a matéria por ele trazida refere-se à hipótese de cabimento daquela Ação Autônoma de Impugnação.

Marcellus Polastri Lima, citando José Frederico Marques, especificamente no que tange à Revisão Criminal, indica expressamente que o interesse de agir nesta ação confunde-se com os próprios “fundamentos do pedido” previstos no art. 621 do CPPB, como se constata da transcrição abaixo:

“O interesse de agir, por fim, consoante Frederico Marques, na ação revisional, confunde-se com os fundamentos do pedido, previstos no art. 621 do Código de Processo Penal.”

A jurisprudência pátria também é remansosa quanto à admissibilidade da Revisão Criminal, consoante se extrai das ementas a seguir transcritas:

REVISÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. ALEGATIVA DE NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVAS JÁ EXAMINADAS EM SEDE DE APELAÇÃO PELO MESMO TRIBUNAL. TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO. NÃO CONHECIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL. A revisão não pode ter a natureza de uma segunda apelação, pela própria característica que apresenta de rescisão do julgado, caso contrário haveria uma superposição do recurso de apelação, objetivo não pretendido pelo legislador, porque haveria uma reapreciação da prova já examinada em primeiro grau ou até mesmo em segunda instância. A jurisprudência tem acolhido a taxatividade das hipóteses de revisão criminal, com cotejo no art. 621, do Código de Processo Penal: A revisão criminal restringe-se às hipóteses elencadas no art. 621, do CPP. Assim, fora desses preceitos legais, é descabida à medida que objetiva apenas a reavaliação das provas produzidas. A decisão ora atacada não padece de nenhum vício que possa ocasionar o acolhimento da ação revisional, ainda mais quando não estão presentes os requisitos de admissibilidade, elencados no artigo 621, I e III do CPP. Revisão não conhecida. (TJ-MA - RVCr: 243352006 MA, Relator: MARIA DOS REMÉDIOS BUNA COSTA MAGALHÃES, Data de Julgamento: 31/10/2008, PORTO FRANCO, )

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. REEXAME DE PROVAS. QUESTÕES JÁ APRECIADAS. REVISÃO DAS PENAS. INVIABILIDADE. As pretensões de-

*duzidas na inicial não se amoldam a quaisquer das hipóteses de admissão do pedido revisional, dispostas nos incisos I, II e III do art. 621 do Código de Processo Penal. Resta manifesto o interesse do requerente em rediscutir questões já devida e definitivamente apreciadas. Porém, como sabido, a revisão criminal não se presta para o reexame de provas, tendo cabimento apenas nas estritas hipóteses legais. A utilização da estreita via da revisão criminal com o intuito de redução de apenamento só é admitida quando a imposição da pena foi aplicada de forma a contrariar expresso texto de lei ou em contrariedade à prova dos autos. Em concreto, houve a regular aplicação da pena, inexistindo irregularidade a justificar a revisão. Descabe falar em nulidade por ofensa ao regramento contido no inc. IX, do art. 93, da CF/88 quando, na fixação da pena-base, não foi atribuído valor específico a cada uma das circunstâncias judiciais que entendidas como desfavoráveis ao condenado. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Revisão Criminal Nº 70057416000, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 23/05/2014)*

REVISÃO CRIMINAL. Crimes contra a liberdade sexual. Estupro na forma tentada. Pretensa desclassificação por insuficiência de provas, para a conduta prevista no artigo 61, da Lei de Contravenções Penais. Inviabilidade da utilização da revisão criminal para reapreciação de provas. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. (Revisão Criminal n.º 0048325-84.2015.8.26.0000, 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Camargo Aranha Filho, Julgado em 03/05/2016)

No caso em exame, a causa de pedir próxima apontada pelo Requerente não se enquadra nas hipóteses de cabimento da ação de Revisão Criminal. São estas:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O primeiro inciso do referido dispositivo traz, em verdade, duas hipóteses de cabimento: contrariedade da sentença condenatória a texto expresso da lei penal e a contrariedade da sentença condenatória à evidência dos autos. De acordo com a doutrina, a infringência do decisum ao texto expresso da lei penal deve ser inequívoca, perceptível a partir da simples leitura dos fundamentos ou do dispositivo da sentença.

Já evidência dos autos é aquela verdade manifesta. É o fato que se depreende, de forma clara e objetiva, de uma sumária análise dos elementos probatórios e informativos produzidos nos autos. A sentença, nesse caso, estaria totalmente dissociada da verdade extraída da instrução processual.

Nesse sentido é a lição doutrinária transcrita a seguir:

“Para fins de cabimento da revisão criminal, a expressão ‘sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal’ é compreendida pela doutrina como uma contrariedade frontal, inequívoca, patente.  
(...)”

A expressão *evidência* deve ser compreendida como a verdade manifesta. Portanto, só se pode falar em sentença contrária à evidência dos autos quando esta não se apoia em nenhuma prova produzida no curso do processo, nem tampouco, subsidiariamente, em elementos informativos produzidos no curso da fase investigatória. (...)” (Lima, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal, Volume único, 1ª edição, Niterói/RJ, Editora Impetus, págs. 1.839 e 1.841)



O inciso II é muito mais objetivo, não deixando margem para muitas interpretações. É a fundamentação da sentença em documentos, perícias ou depoimentos que sejam comprovadamente falsos. Adverte Hélio Tornaghi, no entanto, que o decisum deve se lastrear exclusivamente na prova falsa, pois *“se ela se funda em várias provas, de tal modo que mesmo sem a prova falsa a certeza da responsabilidade adviria, não há por que rever o processo”* (Tornaghi, Hélio. Curso de processo penal, 6ª edição, volume I, São Paulo: Saraiva, 1989)

Já a quarta hipótese de cabimento, no terceiro inciso do dispositivo legal em apreço, possibilita a propositura de Revisão Criminal quando surgirem novas provas no fato a que foi condenado o reeducando, seja para proporcionar sua possível absolvição ou seja circunstância que determine ou autorize a redução da pena.

É o ensinamento da doutrina transcrita a seguir:

“Outra hipótese que autoriza a revisão criminal se dá com o surgimento de novas provas que possam modificar, a favor do condenado, a conclusão do feito, seja autorizando o reconhecimento da sua inocência, seja autorizando o reconhecimento de circunstância que possa autorizar diminuição especial de pena” (Lima, Marcellus Polastri. Manual de Processo Penal, 4ª edição, Editora Lumen Juris, 2009, pág. 1.087)

Como se vê, a irresignação quanto à valoração probatória dos elementos dos autos pelo Magistrado de 1º grau não é hipótese de cabimento da Revisão Criminal, faltando interesse de agir do Requerente em sua modalidade adequação.

Decerto, o legislador age com acerto ao restringir as hipóteses de reforma de decisão condenatória transitada em julgado, de forma a não infringir o instituto da coisa julgada, figura essencial a efetivar o postulado da segurança jurídica, pilar de qualquer sistema jurídico sério.

Do contrário, negar-se-ia qualquer credibilidade à atuação dos órgãos jurisdicionais atuantes no curso da ação penal (Juiz Singular, Tribunal de Justiça, Tribunais Superiores), já que se poderia rever suas decisões, ainda que transitadas em julgado, através do manejo da ação revisional.

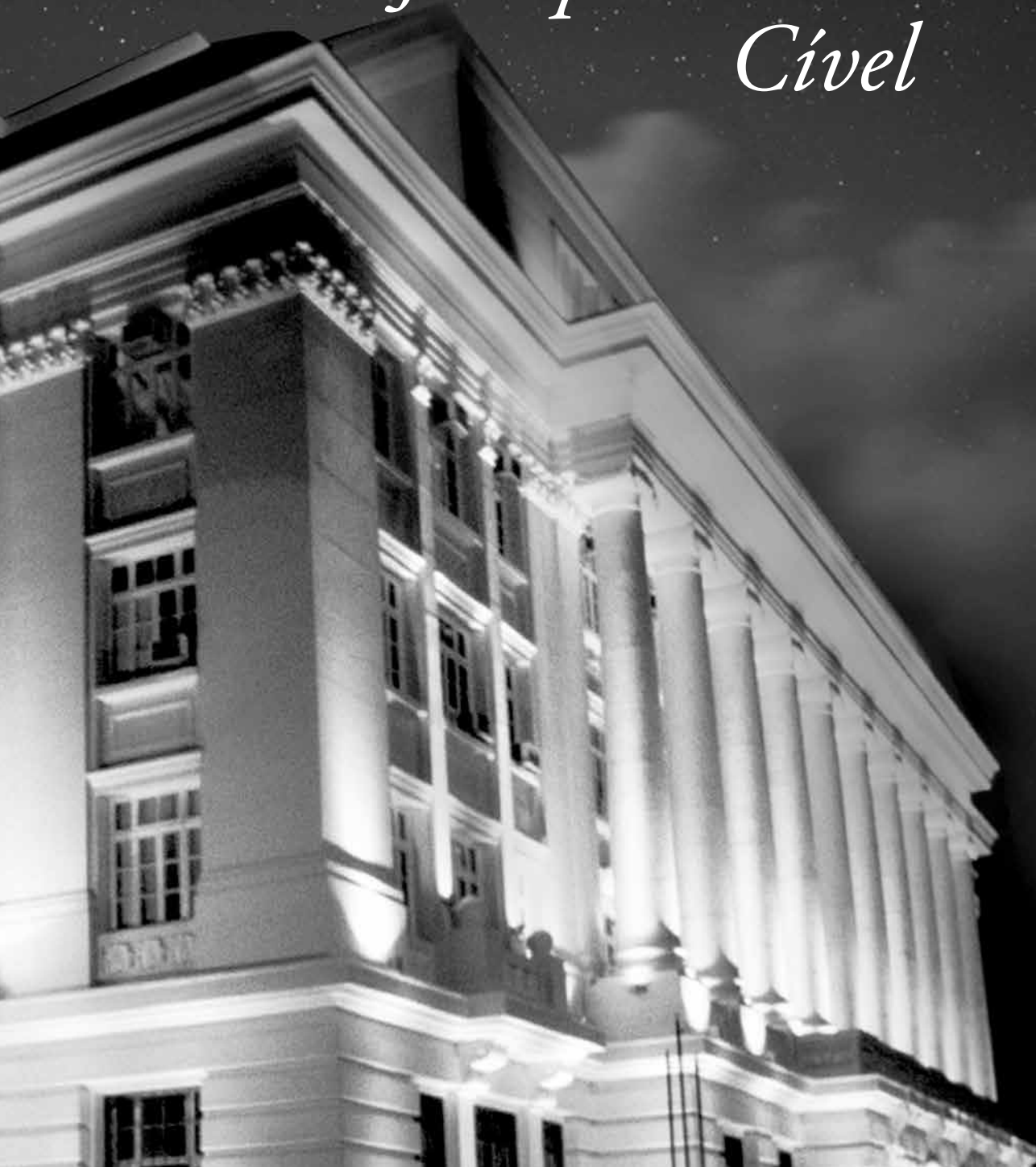
Desta forma, em homenagem à norma-princípio da segurança jurídica, deve ser extinta a presente ação autônoma de impugnação, sem exame de mérito, já que o seu objeto não se amolda a uma de suas hipóteses de cabimento.

Ante todo o exposto, vota-se pela **EXTINÇÃO DA AÇÃO, SEM EXAME DE MÉRITO.**





*Jurisprudência  
Cível*







**TJBA – Procedimento Ordinário nº 0018003-03.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago, julgado em 28/5/2015**

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE/ ABUSIVIDADE DE GREVE.** 1. **AÇÃO PRINCIPAL.** PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS MUNICIPAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS. APLICABILIDADE DA LEI Nº 7.783/89. MI Nº 670 DO STF. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA ASSEMBLEIA DE DEFLAGRAÇÃO DA GREVE. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA GREVE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

*Prius*, deve ser, de logo, rejeitada a preliminar de ausência de interesse de agir, eis que se confunde com o mérito da ação.

No julgamento do Mandado de Injunção nº 670, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa em regulamentar o direito de greve do servidor público, firmando o entendimento de que se aplicam ao exercício de tal direito as disposições contidas na Lei nº 7.783/89, reguladora da greve na iniciativa privada, até o advento de legislação própria, facultando-se ao Tribunal competente “temperar”, caso a caso, o regime com maior severidade em razão do caráter essencial ou não do serviço ou atividade pública.

Sendo assim, no caso em tela, cumpre verificar se foram atendidos os requisitos estabelecidos (tentativa de negociação, regularidade da assembleia, aviso prévio da greve ao empregador, contingência mínimas dos serviços essenciais) para que seja aferida a suposta ilegalidade do movimento paretista.

*Prima facie*, reveste-se de licitude a greve, visto que o atraso no pagamento dos vencimentos dos profissionais de educação municipais é reconhecido pelo próprio ente público, porém não elide o réu a alegação de que o quórum para deliberação sobre a greve foi insuficiente, posto que não junta aos autos ata da assembleia de deliberação, deixando de comprovar a regularidade formal para a deflagração do movimento grevista, o que importa no reconhecimento de sua ilegalidade.

2. **RECONVENÇÃO.** PRELIMINAR DE INÉPCIA DA RECONVENÇÃO REJEITADA. ILEGALIDADE DA GREVE. DESCONTO DE DIAS DE PARALISAÇÃO. POSSIBILIDADE. SERVIDORA EM GOZO DE LICENÇA-PRÊMIO. IMPOSSIBILIDADE. DEVER DE DEVOLUÇÃO DE VALORES. **PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECONVENÇÃO.**

Afasta-se, de plano, a preliminar de inépcia da reconvenção, visto que esta é conexa com a ação principal, visto que, se reconhecida a ilegalidade da greve, tornam-se indevidos os descontos efetuados e vice-versa.

No caso dos autos, tendo sido reconhecida a ilegalidade da greve perpetrada pelo ente sindical, têm-se como devidos os descontos correspondentes aos dias de paralisação na remuneração dos servidores, porém, nos autos, evidencia-se situação arbitrária, já que houve o desconto, sob o título de faltas injustificadas, de servidora que estava em gozo de licença-prêmio, devendo tais valores serem devolvidos.

**PRELIMINARES REJEITADAS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECONVENÇÃO.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Declaratória de Ilegalidade/ Abusividade de Greve c/c Pedido Liminar de nº **0018003-03.2014.8.05.0000** proposta pelo **MUNICÍPIO DE TUCANO** contra o **SINDICATO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TUCANO – SINDSMUT**.

Acordam os Desembargadores componentes da **SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO** do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR** as preliminares suscitadas por ambas as partes e, no mérito, **JULGAR PROCEDENTE** o pleito da exordial e **PROCEDENTE EM PARTE** a reconvenção, amparados nos fundamentos que integram o voto da Desembargadora Relatora.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Ação Declaratória de Ilegalidade/ Abusividade de Greve c/c Pedido de Liminar movida pelo **MUNICÍPIO DE TUCANO** contra o **SINDICATO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TUCANO – SINDSMUT**.

Alega que a greve foi deflagrada em razão de não ter o autor conseguido efetivar o pagamento integral, correspondente ao mês de setembro, de todos os profissionais de educação, ficando 10 % (dez por cento) sem receber até o dia 5 de outubro desse ano, por conta de situação referente aos repasses federais dos meses de agosto e setembro.

Aduz que, embora, no dia 14 de outubro de 2014, os vencimentos tenham sido pagos, o Representante do Sindicato deliberou pela continuação da greve sem que houvesse Assembleia Geral. Defende o não atendimento aos requisitos da Lei nº 7.783/89 exigidos para o exercício do direito de greve. Assevera que a ilegalidade do movimento grevista é patente.

Afirma ser o objetivo da presente ação “garantir o direito fundamental à educação que não pode ser obstado pelo exercício ilegal/abusivo do direito de greve dos servidores públicos.” (fl. 15) Evoca o caráter de serviço público essencial da educação a relativizar o direito de greve. Enuncia o prejuízo pedagógico aos discentes, tendo em vista a proximidade do fim das aulas pelo calendário oficial. Pugna pela concessão de liminar para que “seja determinado ao Sindicato dos Professores a suspensão da greve com o imediato retorno dos professores da rede pública de ensino, sob pena de multa diária.” (fl. 25) Postula, ao final, pela confirmação da liminar e pelo reconhecimento da ilegalidade do movimento grevista.

Junta documentos às fls. 27/47.

Decisão concessiva de tutela antecipada às fls. 50/53.

Intimado, o **SINDICATO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TUCANO – SINDSMUT** propôs Reconvenção, às fls. 59/73, pugnando pela condenação do Reconvindo à devolução dos valores descontados dos profissionais do magistério e pessoal de apoio ao FUNDEB, em virtude da paralisação, ao estabelecimento de calendário de reposição dos dias paralisados e ao pagamento dos honorários de sucumbência. Alega que o gestor do município vem atrasando os salários desde o início de 2014, chegando, no mês de outubro, a atrasar o salário por cerca de 15 dias, o que deu ensejo à paralisação. Sustenta que o reconvindo, de forma arbitrária, efetuou o desconto de dois dias de paralisação dos profissionais do magistério e pessoal do apoio, independente da participação no movimento paredista. Defende a

legalidade e legitimidade da greve em face do atraso do pagamento dos vencimentos. Arrazoa que o desconto dos dias paralisados, nesse caso, constitui negativa do direito de greve.

Em contestação, às fls. 89/103, suscitou a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir. Alega que o Município “(...) não vinha pagando com regularidade os salários de boa parte dos servidores públicos (...)”. Sustenta que, através de ofícios, o sindicato vem sinalizando uma paralisação dos serviços por falta de pagamento. Arrazoa que o repasse das quotas de ensino do FUNDEB vem sendo repassados ao município, não havendo justificativa para o atraso. Afirma que a paralisação foi precedida de convocação e de decisão da maioria absoluta das categorias, havendo previamente tentativa de negociação, que não foi atendida pelo prefeito. Defende a legalidade e legitimidade da greve de três dias em face do atraso do pagamento dos vencimentos. Sustenta a tempestividade da comunicação da realização da paralisação ao ente público e aos usuários e o atendimento aos requisitos legais para o exercício do direito de greve. Pugna pela improcedência da ação, sendo declarada legal a greve e devolvidos os valores descontados.

Junta os documentos de fls. 105/390.

Em manifestação sobre a contestação, às fls. 395/399, o município argumenta, reiterando o pedido da inicial, que são fantasiosas as alegações da parte ré, motivadas por “interesses pessoais e políticos” e que os vencimentos de setembro de uma pequena parcela de servidores teriam atrasado em virtude de um bloqueio indevido das contas financeiras do município pelo INSS, já tendo sido pagas em 14/10/2014. Arrazoa o descumprimento dos requisitos da Lei de Greve: ausência de negociação antes da deliberação de paralisação; assembleias viciadas; desrespeito do prazo de antecedência mínima de 72 horas da comunicação da paralisação. Aponta a existência do descumprimento da ordem judicial, já que deliberaram os representantes do sindicato por nova paralisação.

Às fls. 404/410, em contestação à reconvenção, o ente público suscita a preliminar de inépcia da reconvenção. Reitera a mesma argumentação trazida na manifestação sobre a contestação da ação principal.

Certidão de inércia das partes quanto à manifestação sobre a intenção de produzir provas às fls.414.

Razões finais apresentadas pela ré às fls. 417, reiterando os termos da contestação.

Certidão de inércia da parte autora quanto à apresentação de razões finais.

Às fls. 422/435, em parecer de nº 1.497/2015, o *parquet opina* pela improcedência da ação principal e pela procedência da reconvenção, sustentando a impossibilidade de desconto em folha em razão da greve ter ocorrido em virtude de situação excepcional, o atraso no pagamento dos vencimentos dos servidores, como orienta a jurisprudência do STF, e a legalidade da greve.

É o que cumpre relatar.

## VOTO

### 1. DA AÇÃO PRINCIPAL

*Prius*, deve ser, de logo, rejeitada a preliminar de ausência de interesse de agir, eis que se confunde com o mérito da ação.

No mérito, tem-se que o direito de greve se encontra no rol de direitos fundamentais sociais consagrado na Constituição de 1988, no seu art. 9º, e estendido somente aos servidores públicos civis, em seu art. 37, VII, ante a vedação expressa no seu art. 142, IV:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Art. 142. (...)

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

Todavia, como ainda não houve a regulamentação em lei específica, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa, firmando o entendimento de que se aplicam ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis as disposições contidas na Lei nº 7.783/89, reguladora da greve na iniciativa privada, até o advento de legislação própria, facultando-se ao Tribunal competente “temperar”, caso a caso, o regime com maior severidade em razão do caráter essencial ou não do serviço ou atividade pública. *In verbis*:

(...) 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

(...)

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. (...)

(MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela aplicabilidade aos servidores públicos civis dos requisitos estabelecidos na lei geral:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO - EXIGIBILIDADE DOS REQUISITOS DA LEI Nº 7.783/89 - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA - SEGURANÇA DENEGADA. 1. O direito de greve é garantido aos servidores públicos especificamente no art. 37, VII, da Constituição Federal, sendo-lhes aplicável, até que sobrevenha regramento próprio, a Lei nº 7.783/89 que regula a greve na iniciativa privada. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, os requisitos estabelecidos no art. 3º, da Lei nº 7.783/89, são aplicáveis também às greves de servidores públicos. 3. A não demonstração de esgotamento das vias negociais implica ausência de prova preconstituída do direito líquido e certo. 4. Segurança denegada, prejudicado o agravo regimental anteriormente interposto.

(STJ - MS: 13860 DF 2008/0215889-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/11/2013, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 20/11/2013)

Sendo assim, no caso em tela, cumpre verificar se foram atendidos os requisitos estabelecidos (tentativa de negociação, regularidade da assembleia, aviso prévio da greve ao empregador, contingência mínima nos serviços essenciais) para que seja aferida a suposta ilegalidade do movimento paredista, consoante se postula na inicial:

DISSÍDIO DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 7.783/89. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. NÃO ABUSIVIDADE DA PARALISAÇÃO.

(...)

4. Vedada sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a instituição do regime democrático de direito e a edição da Constituição da República de 1988, a greve passou a integrar o plexo de direitos sociais constitucionalmente assegurados aos servidores públicos civis, como instrumento para a reivindicação de melhores condições de trabalho, **exigindo, contudo, o seu exercício a observância dos requisitos insertos na Lei nº 7.783/89, aplicável subsidiariamente, relativos à comprovação de estar frustrada a negociação; notificação da paralisação com antecedência mínima de 48 horas ou de 72 horas no caso de atividades essenciais; realização de assembleia geral com regular convocação e quorum; manutenção dos serviços essenciais; e inexistência de acordo ou norma em vigência, salvo quando objetive exigir o seu cumprimento.**

7. Pedido parcialmente procedente.

(STJ- Pet 7.920/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 07/02/2011) (grifei)

*Prima facie*, reveste-se de licitude a greve, visto que o atraso no pagamento dos vencimentos dos profissionais de educação municipais é reconhecido pelo próprio ente público, quando enuncia que “(...) não conseguiu efetivar pagamento integral de todos os profissionais de educação, ficando 10 % dos profissionais sem receber até o dia 5 de outubro do corrente ano (...)”, informação contraditória a sua própria alegação de que “ (...) os vencimentos de todos os profissionais do magistério do Município-autor foram devidamente pagos em sua integralidade no dia 14/10/2014 (...)”. Incontroverso, pois, o atraso no pagamento dos servidores da educação.

Num primeiro ponto a ser observado, estabelece o aludido regramento no seu art. 3º a necessidade de frustração da negociação, o que, ao contrário do que alega o acionante ao dispor que o movimento foi iniciado “(...) sem que fosse no primeiro momento realizada qualquer negociação, através do diálogo, com o Gestor Executivo (...)”, resta atendido nas não exitosas tentativas de negociação nos ofícios colacionados às fls. 356/ 367, que revelam que a mora no pagamento dos servidores vem se arrastando desde o mês de janeiro de 2014, não tendo sido diligente o administrador público na observância de data-base para cumprimento da obrigação, culminando com a paralisação das atividades em outubro.

O segundo requisito a ser observado é a regularidade assembleia geral na sua convocação e quórum para deliberar sobre a greve, conforme o art. 4º:

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

§ 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

No caso em tela, embora o edital de convocação de fl. 161, as listas de presença às fls. 162/174 e o ofício de fl. 363, apontem, de forma indubitável, que houve assembleia geral extraordinária, não demonstram se o quórum para instalação e deliberação sobre a greve observou o



regramento do Estatuto Social do referido sindicato às fls. 121/139, no que dispõe em seu art. 22 e § único.

Dessa forma, não elide o réu a alegação de que o quórum para deliberação sobre a greve foi insuficiente, posto que não junta aos autos ata da assembleia de deliberação, deixando de comprovar a regularidade formal para a deflagração do movimento grevista.

Diante disso, há que se **RECONHECER A ILEGALIDADE DA GREVE** por falta de comprovação da regularidade da assembleia.

## 2. DA RECONVENÇÃO

Afasta-se, de plano, a preliminar de inépcia da reconvenção, visto que esta é conexa com a ação principal, visto que, se reconhecida a ilegalidade da greve, tornam-se indevidos os descontos efetuados e vice-versa.

No mérito, o STF estabeleceu que, pelo fato da deflagração da greve corresponder a suspensão do contrato de trabalho, os vencimentos só deverão ser pagos quando esta for decorrente de atraso no pagamento aos servidores ou em situações excepcionais que justifiquem o afastamento dessa premissa. Nos termos:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

(...)

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. **Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho** (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine). (...) 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

(MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)

No caso dos autos, tendo sido reconhecida a ilegalidade da greve perpetrada pelo ente sindical, têm-se como devidos os descontos correspondentes aos dias de paralisação na remuneração dos servidores.

No entanto, deve-se considerar que, dos autos, na cópia dos contracheques do mês de setembro e de outubro da servidora Engracia Macedo Pereira, às fls. 191 e fl. 229, evidencia-se situação arbitrária, já que houve o desconto, sob o título de faltas injustificadas, de servidora que estava em gozo de licença-prêmio, conforme portaria acostada às fls. 192 e 230 dos autos, devendo tais valores serem devolvidos.

### 3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **AFASTAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS** e, no mérito, **JULGAR PROCEDENTE** o pleito da exordial para declarar a ilegalidade do movimento grevista e **PROCEDENTE EM PARTE** a reconvenção para determinar ao município a devolução dos valores descontados, com a devida correção monetária e juros de mora, dos vencimentos de setembro e outubro da servidora Engracia Macedo Pereira. Considerando a sucumbência mínima do município e a ausência de comprovação da hipossuficiência financeira de pessoa jurídica, condena-se o réu ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em atendimento ao art.20, §4º do CPC.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0406306-48.2013.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator (a): Desª. Regina Helena Ramos Reis, julgado em 16/8/2016**

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NULIDADE PROCESSUAL POR JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. REJEIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA. NOTA DE ESCLARECIMENTO OFENSIVA À HONRA E IMAGEM DE PROMOTOR PÚBLICO. PUBLICAÇÃO DE TEXTO CUJO CONTEÚDO SE INSERE NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGENTE POLÍTICO SUJEITO A MAIOR CRÍTICA E OPINIÃO PELA SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. DIREITO DE RESPOSTA RECONHECIDO E MANTIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora a Radio 102,5 Litoral Norte FM não seja autora do texto que se reputa ofensivo, contribuiu para veiculação do seu conteúdo e, caso confirmada a alegação de violação aos direitos da personalidade, tal como honra, imagem e dignidade, deverá responder civilmente, razão pela qual é parte legítima para figurar no polo passivo. Preliminar rejeitada.

2. No que toca à impossibilidade de se determinar publicação da sentença, nos termos da revogada Lei de Imprensa, tenho em conta que não houve comando sentencial neste sentido, mas tão somente o dever de divulgação do resultado da demanda e da motivação da condenação, razão pela qual carece de dialeticidade a impugnação da apelante, devendo esta prefacial ser rejeitada.

3. O dever imposto de divulgação do resultado da ação e dos motivos da condenação consiste exatamente no reconhecimento do direito de resposta, estando nos limites da atuação jurisdicional, podendo o magistrado especificar,

ainda que sem pedido expresso nesse sentido, como se dará tal desagravo, nos termos do art. 5º, V, da CF/88, não havendo falar em julgamento *ultra petita*.

4. Os servidores públicos, no exercício de suas funções, estão aptos a manifestações sobre seu desempenho, seja pela importância do múnus que lhe foi incumbido, seja pela própria natureza da função, cuja atividade se destina a toda coletividade e é por ela remunerada, não se podendo associar toda e qualquer crítica como violação da esfera de direitos extrapatrimoniais.

5. Os agentes políticos, espécie do gênero servidores públicos, estão sujeitos à maior fiscalização, controle e crítica pela sociedade, haja vista serem titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder, o que apenas valoriza o sistema democrático.

6. A liberdade de expressão não é um direito ilimitado e absoluto, como nenhum outro direito fundamental, devendo ser exercido com responsabilidade e atentando-se à inviolabilidade da honra, vedando a lesão injusta e garantindo a indenização em caso de danos morais, bem como o direito de resposta, proporcional ao agravo cometido.

7. O texto elaborado pela Igreja Universal do Reino de Deus e veiculado pelas empresas de comunicação está inserto nos limites da liberdade de expressão, não havendo falar em excesso, pois não se destinaram a atacar a vida privada do promotor, mas sim a sua função pública.

8. Não obstante a descaracterização do dano moral, resta legítimo e acertado o direito de resposta garantido ao autor, uma vez que a divulgação de crítica, por si só, gera o direito ao desagravo, garantindo-se o mesmo espaço para a parte contrária esclarecer o que lhe convier, observando-se os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico, sob pena de responsabilidade por eventual excesso.

9. Recurso parcialmente provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Apelação n. 0406306-48.2013.8.05.0001, em que é recorrente Igreja Universal do Reino de Deus e recorrido Oscar Araújo da Silva.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **em conhecer e dar provimento parcial aos recursos, a fim de excluir a indenização por danos morais, mantendo apenas o direito de resposta ao apelado**, nos termos do voto da relatora.

### RELATÓRIO

Cuidam os autos de recursos de apelação interpostos pela IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, TV ITAPOAN - CANAL V - REDE RECORD DE TELEVISÃO e Radio 102,5 LITORAL NORTE FM em face de OSCAR ARAÚJO DA SILVA, buscando a reforma da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara dos Feitos das Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais de Salvador, atual 1ª Vara de Relação de Consumo, que julgou procedentes os pedidos consignados na inicial, condenando as rés, ora apelantes, ao pagamento de indenização por danos morais e à obrigação de fazer.

A ação buscou o ressarcimento moral diante da publicação de ‘nota de esclarecimento’ de autoria da primeira recorrente, veiculadas nos canais de comunicação pertencentes às demais apelantes nos dias 10.03.2006 e 13.03.2006, cuja sentença concluiu existir excesso de comunicação quando o texto se reportou à conduta do autor, qualificando-a de “arbitrária” e “irresponsável”, assim consignando:

“Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos sedimentados na inicial, pelo que condeno a primeira Ré a reparar moralmente o autor em valor que arbitro em R\$80.000,00 – oitenta mil reais -, condenando as demais Rés em R\$ 40.000,00 cada uma, tudo corrigido monetariamente a partir de março de 2006 e com juros de mora de 1% ao mês a partir do presente provimento. Condeno-as ao pagamento das custas e honorários de sucumbência que arbitro em 20% sobre o valor total da condenação. Transitada em julgado a presente decisão, estabeleço a obrigação da 2ª e 3ª Rés em publicar nota, no mesmo espaço da mídia da publicação da objeto da presente, divulgando o resultado de demanda e a motivação da condenação, no prazo de 10 dias, contados do referido trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 para cada uma, limitando-se em R\$ 50.000,00”. (fl. 526)

A primeira apelante, Igreja Universal do Reino de Deus, aduz, nas suas razões de recurso (fls. 531/546), que a publicação da referida nota tratou-se de “*legítima manifestação de crítica, em defesa da honra, aos atos praticados pela autoridade pública – o Apelado*”, registrando que os adjetivos se referem à sua conduta no exercício de função pública, e não à pessoa. Prossegue defendendo que a conduta profissional do apelado feriu o princípio republicano, que exige comportamento responsável dos agentes públicos.

Assevera que não houve lesão à honra do recorrido e que a condenação ao dever de indenizar, neste caso, constitui grave lesão à liberdade constitucional de manifestação do pensamento, uma vez que o autor, membro do Ministério Público da Bahia, estava extrapolando suas prerrogativas, tornando públicos atos sigilosos de inquérito por si presidido, acarretando em violação ao devido processo legal e princípio da inocência.

Em seguida, entende desproporcional o valor fixado a título de indenização por danos morais e que não houve fundamentação pelo juízo de base que sustente a condenação ao pagamento de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), dos quais a metade lhe toca. Verbera a necessidade de ponderar o grau de culpa na emissão na nota, especialmente em razão do reconhecimento do juízo sentenciante de que a nota de esclarecimento era oportuna. Requer a redução do montante arbitrado, a fim de que não ultrapasse o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), distribuído entre as rés.

Argui, ainda, equívoco na fixação do termo inicial da correção monetária, devendo o valor ser atualizado a partir da prolação da sentença, nos termos da Lei n. 6.899/81. Por fim, argui que a sentença é *ultra petita*, pois não poderia determinar às demais rés/apelantes a obrigação de publicar nota com resultado da demanda e motivação da condenação sem que houvesse pedido do autor.

Nas razões de apelo da Televisão Itapoan S/A, fls. 549/571, defende-se que não houve *animus injuriandi* ou *difamandi* na publicação da nota de esclarecimento, pois “*apenas veiculou esclarecimentos vinculados a fatos de amplo conhecimento, os quais constituíam debate naquela época acerca do homicídio do menor Lucas Vargas Terra, e o fez na firmada liberdade de pensamento garantida pelo Estado Democrático de Direito*” (fl. 553).

Pontua que o cargo público está sujeito a críticas, e que os termos “arbitrária” e “irresponsável” se referiram exclusivamente à função pública, e não à personalidade do apelado. Assevera que não praticou qualquer ato ilícito, senão o de vender espaço na sua grade de programação à



anunciante, visando dar conhecimento de determinados fatos de grande repercussão ao seu público-alvo, agindo nos limites constitucionais do direito à informação.

Acrescenta que o ato de veiculação do texto não gerou abalo à moral do recorrido, e que sequer houve demonstração de *“qualquer consequência maléfica em seu trabalho por conta da nota”* (fl. 557). Assim, conclui que não estão presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, devendo ser julgada improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Subsidiariamente, requer a redução do valor alcançado pelo juízo de base, reputando-o excessivo e incompatível às circunstâncias do caso concreto, apontando o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) suficiente para reparar eventual dano.

Alega, ainda, que a condenação à obrigação de divulgar o resultado da demanda e a motivação da condenação foi *extra petita*, uma vez que o autor da ação pediu o direito de resposta, e não o de retratação. Argumenta que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal, razão pela qual não é possível a publicação da sentença. Em complemento, requer o afastamento sanção pecuniária fixada.

Argui equívoco na fixação do termo inicial da correção monetária, devendo o valor ser atualizado a partir da prolação da sentença, nos termos da Lei n. 6.899/81, e, por fim, pugna pelo provimento do apelo com reforma integral da sentença.

A terceira apelante, Rádio 102,5 Litoral Norte FM, acostou suas razões às fls. 574/580, arguindo sua ilegitimidade passiva, uma vez que o conteúdo da nota de esclarecimento foi de autoria da Igreja Universal do Reino de Deus - IURD, tendo apenas prestando um serviço de comunicação à contratante. Prossegue invocando a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, defendendo que a sentença foi *ultra petita*, e a impossibilidade do direito de resposta, em razão da não recepção da Lei 5.250/1967

No mérito, alega que a IURD tinha cessão de 24 horas da programação da peticionante, em razão de contrato de cessão de espaço radiofônico, razão pela qual não cometeu qualquer ato ilícito. Salienta que *“não se denota a presença de conteúdo capaz de ensejar o abuso no exercício da liberdade de expressão”*, cujo objetivo da publicação foi *“dar satisfação à sociedade baiana sobre a postura institucional, diante de grave caso envolvendo falecimento do menor L.V.T.”* (fl. 578).

Requer, de forma subsidiária, a redução do valor alcançado pelo juízo de base e fixação do termo inicial da correção monetária no momento de publicação da sentença. Por fim, pugna pelo provimento do apelo.

O autor apresentou contrarrazões aos apelos manejados, fls. 584/609, 610/639 e 640/667, pugnando pelo não acolhimento das preliminares apontada pela terceira apelante, bem como pelo acerto da sentença vergastada, uma vez que a publicação teve conteúdo ofensivo a sua honra, e que as empresas que veiculam informações desrespeitosas são igualmente responsáveis pela violação, devendo suportar o ônus da reparação.

Verbera que a sentença não violou o princípio da congruência, uma vez que houve requerimento do exercício do direito de resposta, nos termos do art. 5º, V, da CF/88, revelando-se correta a imposição do magistrado a quo de divulgação do resultado da demanda e a motivação da condenação, pois mais eficaz, tendo em vista o decurso de seis anos dos fatos.

Reitera que a imputação de ‘arbitrário’ e ‘irresponsável’ configurou evidente excesso do direito à liberdade de expressão, *“promovendo prejuízo à honra e imagem do representante ministerial, frente aos desavisados e incontáveis espectadores”* (fl. 601). Acrescenta que o valor arbitrado foi acertado, atendendo-se ao princípio da razoabilidade, e que os valores devem ser corrigidos desde a data do efetivo prejuízo, conforme súmula n. 43 do Superior Tribunal de Justiça.

Assevera ser devida a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, considerando o trabalho desenvolvido pelo patrono, pugnando, ao final, pela manutenção da sentença em todos os seus termos.



É o relatório.

## VOTO

Trata-se de apelos interpostos pelas rés buscando a reforma da sentença de procedência que as condenou ao pagamento de indenização por danos morais, além da obrigação de divulgar o resultado da demanda e os motivos da condenação.

Inicialmente, cumpre registrar que, após a procedência da ação de restauração de autos, a presente análise se dedica exclusivamente ao mérito da ação indenizatória.

Na hipótese dos autos, o recurso de apelação foi interposto contra sentença proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, de forma que o juízo de admissibilidade deve estar pautado nos requisitos postos na codificação pretérita. No mesmo sentido, o enunciado administrativo n.º 03 do e. STJ: *“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”*. Ainda sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA- BARRAGEM DE CAMARÁ. SUFICIÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CONDENAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. RESTABELECIMENTO. MANUTENÇÃO DE DANOS MORAIS.

**I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.**

II - O acórdão recorrido está em desacordo com o entendimento desta Corte para casos análogos aos dos autos, em que, diante da peculiaridades dos processos advindos do rompimento da barragem de Camará, considera suficiente a prova testemunhal, sem que haja ofensa à Súmula n. 07/STJ.

III - Decisão que restabeleceu a sentença em relação à indenização por danos materiais e à condenação da verba honorária, mantendo os danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

IV - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

V - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1440135/PB, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016)

Observam-se presentes os requisitos de admissibilidade, estando os apelos tempestivos, com os respectivos comprovantes de preparo e tendo confrontado os fundamentos constantes da sentença. Merece serem conhecidos, portanto.

Antes de adentrar ao mérito, passo a apreciar as preliminares arguídas pelas apelantes.

### 1. Das preliminares

#### 1.1. Da preliminar de ilegitimidade passiva da Radio 102,5 Litoral Norte FM

A terceira apelante, Radio 102,5 Litoral Norte FM, argui sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que a autoria da nota de esclarecimento pertence à Igreja Universal do Reino de

Deus - IURD, e que houve tão somente uma prestação de serviço de comunicação à contratante. Todavia, cotejando a causa de pedir do autor, verifico que razão não assiste à recorrente.

Com efeito, o pedido se funda na publicação de nota com suposto conteúdo ofensivo à honra do autor, de autoria da Igreja Universal do Reino de Deus, cuja veiculação ocorreu também através de mídia radiofônica pertencente à terceira apelante. Desta forma, embora a Radio 102,5 Litoral Norte FM não seja autora intelectual do texto que se reputa ofensivo, contribuiu para veiculação do seu conteúdo e, caso confirmada a alegação de violação aos direitos da personalidade, tal como honra, imagem e dignidade, deverá responder civilmente, razão pela qual é parte legítima para figurar no polo passivo.

Neste sentido, o art. 186 do Código Civil dispõe que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. Desta sorte, com fulcro na teoria da asserção, a leitura dos fatos imputados à ré/impugnante a torna legítima para estar em juízo, defendendo-se das condutas que lhe foram imputadas. Assim, deixo de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva.

### **1.2. Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido**

Prossegue a terceira apelante invocando a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, defendendo que a sentença foi *ultra petita* e a impossibilidade do direito de resposta, em razão da não recepção da Lei 5.250/1967.

Em verdade, verifico que houve confusão entre a alegação da ausência de condição da ação com a arguição de nulidade da sentença por excesso de julgamento, tratando-se, pois, de requerimentos absolutamente distintos.

Quanto a alegação de impossibilidade jurídica do pedido de direito de resposta, esta não deve prosperar, uma vez que tal pedido tem embasamento constitucional, nos termos do art. 5º, V, da CF. Ademais, no que toca à impossibilidade de se determinar publicação da sentença, nos termos da revogada Lei de Imprensa, tenho em conta que não houve comando sentencial neste sentido, mas tão somente o dever de divulgação do resultado da demanda e da motivação da condenação, razão pela qual carece de dialeticidade a impugnação da apelante, devendo esta prefacial ser rejeitada.

### **1.3. Da preliminar de nulidade da sentença por julgamento *ultra petita***

Por fim, alegaram as três recorrentes que houve nulidade processual, tendo a sentença vergastada ultrapassado os limites da lide, violando o princípio da correlação entre pedido e sentença, uma vez que o autor teria requerido direito de resposta proporcional ao agravo sofrido, tendo o juízo determinado a divulgação do resultado da demanda e da motivação da condenação.

Melhor sorte não assiste às apelantes. Constatado, não obstante a consignação expressa sobre a divulgação do resultado da demanda e motivação da condenação, que tal ordem consubstancia o reconhecimento do direito de resposta, tendo apenas o magistrado detalhado em que atos consistiria tal ônus, não havendo falar em alargamento do pedido deduzido em juízo.

Destarte, o dever imposto de divulgação do resultado da ação e dos motivos da condenação consiste exatamente no reconhecimento do direito de resposta, estando nos limites da atuação jurisdicional, podendo o magistrado especificar, ainda que sem pedido expresso nesse sentido, como se dará tal desagravo. Neste sentido, salutar a transcrição de recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO OFENSIVA À HONRA EM MATÉRIA JORNALÍSTICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-

CIONAL NÃO CONFIGURADA. DANOS MORAIS CUJA CARACTERIZAÇÃO NÃO PODE SER AFASTADA SEM REEXAME DE PROVAS. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. PUBLICAÇÃO DA SUMA DO JULGAMENTO. DETERMINAÇÃO QUE NÃO CONFIGURA JULGAMENTO ULTRA PETITA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem decidiu a matéria controvertida de forma fundamentada, ainda que contrariamente aos interesses da parte.

2. No caso dos autos, não é possível afastar a conclusão fixada pelo Tribunal de origem com relação à ilicitude do ato praticado pela recorrente e aos danos morais dele decorrentes sem reexaminar fatos e provas.

3. A determinação de sobrestamento dos recursos especiais nos quais discutida a mesma questão versada em recurso representativo de controvérsia submetido ao rito do art. 543-C do CPC é dirigida apenas aos Tribunais de segunda instância. Precedentes.

**4. Na hipótese, a determinação de publicação da suma do julgamento como forma de agravo não ofende ao princípio da correlação entre pedido e sentença.**

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1318973/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 04/04/2016)

Portanto, deixo de acolher a preliminar de nulidade processual por julgamento *ultra petita*. Analisadas e afastadas todas as prefaciais, passo ao exame de mérito.

## 2. Mérito

Buscam as recorrentes a reforma da sentença para afastar o dever de indenizar o autor/apelado por danos morais reconhecidos na sentença combatida ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* fixado.

O autor, conforme informam estes cadernos processuais, ajuizou ação de reparação civil, arguindo que a nota elaborada pela Igreja Universal do Reino de Deus e divulgada pelo Rádio 102,5 e TV Itapoan teria abalado a sua honra e imagem, pois fora apontado como detentor de uma postura profissional irresponsável e arbitrária, em razão de sua atuação na apuração do homicídio do menor L. V. T., quando teria divulgado atos sigilosos do inquérito policial que presidia, anunciando outros possíveis autores do crime, também vinculados à IURD.

O juiz de base entendeu que a nota publicada pela primeira ré, embora adequada e necessária, por envolver “*instituição religiosa de respeitabilidade em diversos países e que incorpora milhares fiéis*” (fl. 523), causou “*afronta a moral e mesmo dignidade profissional não somente do autor, na condição de Promotor de Justiça, mas a de qualquer outra pessoa que receber esse carimbo publicamente*”, vez que “*a pecha de arbitrário e irresponsável, no mínimo nos leva ao entendimento de que se trata de um profissional que age acima da lei, abusa de suas prerrogativas, não cumpre seus deveres funcionais*” (fl. 253).

Neste diapasão, além de notar a existência de contradição nas razões de decidir apontadas pelo magistrado *a quo*, que entendeu oportuna e necessária a publicação da nota de esclarecimento, mas a reputou lesiva à moral do demandante, constato que não houve valoração correta dos fatos descritos nos autos, merecendo reforma a conclusão alcançada.

Com efeito, a Constituição Federal consagrou a inviolabilidade da honra, vedando a lesão injusta e garantindo a indenização em caso de danos morais, bem como o direito de resposta, proporcional ao agravo cometido. A propósito, veja-se o teor do art. 5º, V e X, da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, 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;

No caso concreto, discute-se se a crítica emitida e veiculada pelas apelantes em programa de rádio e de televisão em desfavor do apelado geraram danos morais indenizáveis. Alegam os apelantes, em síntese, que o recorrido é membro do Ministério Público e, por isso mesmo, está sujeito a críticas da sociedade, tendo a Constituição resguardado a liberdade de expressão.

De fato, um dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente é a liberdade de expressão. Entre as manifestações deste direito, pode-se citar a liberdade de pensamento, de exercício de atividade intelectual e de comunicação, e do acesso à informação, enfatizando-se que nenhum direito fundamental é absoluto e ilimitado, devendo ser exercido com responsabilidade, evitando-se excessos que causem violação à honra, imagem, dignidade e demais direitos da personalidade. Veja-se:

Art. 5º. [...]

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Sem dúvida, o servidor público está sujeito à fiscalização, controle e crítica pela sociedade, seja pela importância do múnus que lhe foi incumbido, seja pela própria natureza da função, cuja atividade se destina a toda coletividade e é por ela remunerada. Assim, todos os servidores públicos, no exercício de suas funções, estão aptos a manifestações sobre seu desempenho, não se podendo associar toda e qualquer crítica como violação da esfera de direitos extrapatrimoniais.

*In specie*, verifico que os termos utilizados na nota de esclarecimento buscaram informar e aclarar a coletividade, especialmente os fiéis da IURD, sobre os fatos que estavam sendo noticiados na mídia, mais especificamente sobre o envolvimento de outros pastores filiados a esta entidade religiosa no homicídio do menor L.V.T, ocorrido em 2001, cujo inquérito era acompanhado pelo apelado enquanto membro do *Parquet*. Desta sorte, vislumbro que a elaboração e veiculação do texto configurou exercício do direito de pensamento da IURD, bem como do direito de acesso à informação aos seus seguidores, não constatando extrapolação desta prerrogativa constitucional.

Noutro giro, a veiculação do conteúdo através de mídia televisiva e radiofônica de titularidade da segunda e da terceira recorrentes também consubstanciou exercício de atividade intelectual e de comunicação, ambas tuteladas pela Constituição da República, conforme exposto acima, uma vez que cederam espaço na sua rede de programação para publicação da nota. Desta forma, resta apurar se houve excesso de linguagem ou intenção de ofender a honra, imagem ou dignidade do apelado.

Conforme registrado alhures, os agentes políticos, espécie do gênero servidores públicos, estão sujeitos a opiniões e críticas pela sociedade, haja vista serem titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder, o que apenas valoriza o sistema democrático.

Da leitura da nota de esclarecimento, acostada no corpo das peças judiciais, constato que não houve ânimo de ofender pessoalmente o autor/recorrido, ancorando-se exclusivamente na sua conduta enquanto agente político, não restando configurado dano de natureza moral. Todo conteúdo do texto fez referência expressa à função de Promotor de Justiça, aduzindo que o recorrido “vem divulgando irresponsavelmente tais fatos na mídia” e que a IURD “*não deixará de atender às solicitações da Justiça, das autoridades policiais e do Ministério Público, esperando que as mesmas se façam dentro dos ditames legais e não de forma arbitrária como o referido promotor vem se comportando*” (fl. 533).

Outrossim, os termos veiculados pela primeira recorrente foram apropriados para se proceder à crítica a uma função pública, uma vez que, a exemplo da função desempenhada pelo apelado, possui amplo poder de atuação, haja vista se tratar de cargo com salutar relevância ao Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 127 e 129 da Constituição Federal, razão pela qual também prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística.

Desta forma, entendo que texto elaborado pela Igreja Universal do Reino de Deus e veiculado pelas empresas de comunicação está contido nos limites da liberdade de expressão, não havendo falar em excesso, pois não se destinaram a atacar a vida privada do promotor, mas, sim, a sua função pública. Para melhor elucidação do tema, oportuno colacionar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que enfrenta o confronto entre a liberdade de imprensa (*animus narrandi e criticandi*) e os direitos da personalidade:

RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CONDENATÓRIA - PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM REVISTA - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS - INSURGÊNCIA DA RÉ - RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA - ABORDAGEM DA MATÉRIA INSERTA NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**Hipótese:** Trata-se de ação condenatória julgada procedente pelas instâncias ordinárias para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), a título de danos extrapatrimoniais experimentados pelo autor da demanda em razão de matéria jornalística publicada em revista.

1. A análise da pretensão recursal referente ao julgamento antecipado da lide e a necessidade de produção de outras provas para o deslinde da controvérsia demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência esta vedada na instância especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.
2. A matéria relativa aos artigos 369 e 384 do Código de Processo Civil não fora discutida pelo Tribunal de origem, ainda que tenham sido opostos embargos de declaração, carecendo do requisito do prequestionamento. Súmula 211 do STJ.
3. Não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração, impõe-se o afastamento da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula 98 deste Tribunal.



4. No que diz respeito à violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, em que pese declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130/DF, esta Corte tem autorizado o conhecimento do recurso especial, a fim de analisar a tese de inexistência de responsabilidade civil e a quantificação da indenização arbitrada. Precedentes.

**4.1. O teor da notícia é fato incontroverso nos autos, portanto proceder a sua análise e o seu devido enquadramento no sistema normativo, a fim de obter determinada consequência jurídica (procedência ou improcedência do pedido), é tarefa compatível com a natureza excepcional do recurso especial, a qual não se confunde com o reexame de provas. Para o deslinde do feito mostra-se dispensável a reapreciação do conjunto fático-probatório, bastando a valoração de fatos consignados pelo órgão julgador, atribuindo-lhes o correto valor jurídico, portanto, descabida a incidência do óbice da Súmula 7 do STJ.**

**4.2. O mérito do recurso especial coloca em confronto a liberdade de imprensa (animus narrandi e criticandi) e os direitos da personalidade.**

**4.2.1. A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. Contudo, tal limitação não exige prova inequívoca da verdade dos fatos objeto da reportagem. Esta Corte tem reconhecido uma margem tolerável de inexatidão na notícia, a fim de garantir a ampla liberdade de expressão jornalística.**

**Precedentes.**

**4.2.2. Não se olvida, também, o fator limitador da liberdade de informação lastrado na preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.**

**4.2.3. Da notícia veiculada, muito embora aluda a fatos graves, não se vislumbra outro ânimo que não o narrativo, visto que a reportagem se limita a afirmar que o recorrido estaria sendo “investigado” pelas condutas tipificadas como crime ali descritas, o que, efetivamente, não se distancia do dever de veracidade, porquanto incontroversa a existência de procedimento investigativo.**

**4.3. A forma que fora realizada a abordagem na matéria jornalística ora questionada está inserta nos limites da liberdade de expressão jornalística assegurada pela Constituição da República, a qual deve prevalecer quando em conflito com os direitos da personalidade, especialmente quando se trata de informações relativas à agente público.**

**4.4. É sabido que quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade.**

**4.5. Com efeito, se a notícia limitou-se a tecer comentários, ainda que críticos, atribuindo a fatos concretamente imputados, por terceira pessoa, estas identificadas e referidas como as autoras das informações divulgadas (animus narrandi/criticandi), inclusive ante episódios que renderam a instauração de procedimento de investigação, como é o caso dos autos, daí porque deve ser afastada a responsabilização civil da empresa que veiculou a matéria, por se tratar de exercício regular do direito de informar (liberdade de imprensa), bem como do acesso ao público destinatário da informação.**

5. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido veiculado na demanda e afastar a multa imposta em sede de embargos de declaração (art. 538, parágrafo único, CPC).

(REsp 738.793/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 08/03/2016) (grifos adotados)

Noutro giro, não obstante a inexistência de dano moral ocasionado pela nota, resta legítimo e acertado o direito de resposta garantido ao autor, uma vez que a divulgação de crítica, por

si só, gera o direito ao desagravo, garantindo-se o mesmo espaço para a parte contrária esclarecer o que lhe convier, observando-se os direitos fundamentais já citados acima, sob pena de responsabilidade por eventual excesso.

Saliente-se que o pedido de direito de resposta é independente e autônomo em relação ao pedido de indenização por danos morais. Logo, não obstante reste descaracterizado este último, permanece inalterado o reconhecimento do direito de resposta, apenas não sendo possível a divulgação do resultado da demanda e dos motivos da condenação. A forma como se exercitará tal direito deverá ser fixado em liquidação, quando o juízo *a quo* especificará o seu modo e tempo de execução, podendo o magistrado se socorrer aos documentos legislativos pátrios ou internacionais, a exemplo da Lei 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, ou ainda se pautar na aplicação analógica do art. 58 da Lei 9.504/97 ou do art. 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

A propósito, confira-se:

Lei de Imprensa. Não-recepção. Sobrevivência do direito de resposta. Precedente do STF. Direito à publicação de sentença. Distinção. Ausência de dispositivo legal que, após a não-recepção da Lei de Imprensa, ampare essa pretensão. Recurso especial improvido.

- Com o julgamento da ADPF 130, pelo STF, restou estabelecida a não-recepção da Lei de Imprensa pelo atual panorama constitucional.

Dada a impossibilidade de modulação de efeitos de decisões de não-recepção, consoante precedentes do STF, a Lei de Imprensa deve ser considerada inválida desde a promulgação da CF/88.

**- O direito constitucional de resposta, antes previsto na Lei de Imprensa, continua passível de proteção jurídica, contudo não mais nos termos em que era previsto na lei não-recepcionada. Para amparar tal direito, os Tribunais deverão se valer da regra da analogia, invocando o art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 58 da Lei 9.504/97.**

**- A Lei de Imprensa previa a possibilidade de se determinar a publicação das sentenças cíveis e criminais proferidas em causas nas quais se discutissem ofensas perpetradas pela imprensa, no mesmo veículo de comunicação em que a ofensa tivesse sido veiculada. Esse direito não se confunde com o direito de resposta, de modo que ele não encontra fundamento direto na constituição federal. A sobrevivência do direito à publicação da sentença, portanto, deve ser apreciada com os olhos voltados à legislação civil.**

**- O princípio da reparação integral do dano não tem alcance suficiente para abranger o direito à publicação da sentença cível ou criminal.**

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 885.248/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 21/05/2010)

Por fim, considerando que houve modificação estrutural do comando sentencial e que as partes sucumbiram reciprocamente, porém em proporção distinta, deve o autor/apelado ser condenado ao pagamento das custas processuais no patamar de 80% (oitenta por cento), devendo as apelantes responder solidariamente por 20% (vinte por cento) de tais verbas.

Quanto aos honorários advocatícios, rememoro que devem ser aplicadas as normas vigentes ao tempo da propositura da ação, sequer havendo falar em honorários recursais, uma vez que os recursos foram interpostos antes da entrada em vigor do CPC/15. Nesta toada, considerando a complexidade mediana da causa, o labor dispendido pelos causídicos, extensão e qualidade das peças processuais, que formam os autos com cinco volumes, bem como a longa duração do feito, atentando-se, ainda, à distribuição do ônus de sucumbência na razão de 80% e 20% e a compensação autorizada pelo art. 21 do CPC/73, condeno o autor/apelado a pagar o montante de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para cada apelante, nos termos do art. 20, §3º, a, b e c, do CPC/73.

## Conclusão

Diante do exposto, e de tudo mais que dos autos constam, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento aos apelos interpostos, afastando a indenização por danos morais, mantendo o reconhecimento do direito de resposta ao autor, cuja forma deverá ser fixada em liquidação, condenando as apelantes ao pagamento das custas processuais na proporção de 20%, bem como condenando o apelado ao pagamento das custas na razão de 80% e honorários advocatícios no importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para cada recorrente, nos termos lançados acima.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0005230-27.2010.8.05.0141, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Maria de Lourdes Pinho Medauar, julgado em 14/3/2016**

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. VESTIBULAR. UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA - UESB. APROVAÇÃO PELO SISTEMA DE COTAS. DEFICIENTE FÍSICO. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DE PROCEDÊNCIA DE ESCOLA DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. LIMINAR DEFERIDA PARA MATRÍCULA DO IMPETRANTE CUMPRIDA EM 2012. LONGO DECURSO DE TEMPO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

- Conforme documentos de fls. 34 e 37, o Impetrante não comprovou, no ato da matrícula, ser proveniente de escola da rede pública de ensino, uma vez que teria cursado o ensino médio integralmente em escola particular, até porque, segundo suas afirmações, não teria a escola pública condições de oferecer ensino de qualidade que atendesse às suas necessidades.

- Sendo assim, a sua pretensão mandamental está em conflito com o dispositivo editalício previsto no item 3.5, sendo descabido o reconhecimento do alegado direito líquido e certo à matrícula pretendida.

- Importante anotar, nesse contexto, que todos os candidatos optantes de quotas tiveram que atender ao requisito de serem provenientes de escola da rede pública de ensino. Logo, a pretensão do Autor, sob o fundamento de que não pode haver a cumulação de requisitos, não merece acolhimento, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, nos termos dos arts. 37, caput, e 5º, caput, da nossa Lei Maior.

- Ocorre, no entanto, que houve o deferimento de medida liminar, conforme se infere da decisão de fl. 84, datada de 18 de agosto de 2010, onde restou determinada a efetivação imediata da matrícula do Impetrante no curso de Medicina da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, assegurando-lhe o acesso à sala de aula.

- Posto isso, foi efetivada a matrícula do candidato no referido curso universitário no ano de 2012, conforme se infere do documento de fls. 276/278, o qual demonstra, também, que, até o ano de 2014, o Impetrante já tinha cursado 10 (dez) disciplinas, o que atesta o estágio avançado do curso.

- Sendo assim, o deferimento da medida liminar em favor do Apelante sustentou por muito tempo uma situação irregular enquanto se discutiu o mérito do presente Mandado de Segurança, acarretando a consolidação daquela situação pelo decurso do tempo, devendo-se aplicar, in casu, a teoria do fato consumado, conforme precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0005230-27.2010.8.05.0141, sendo do Apelante **KAIO HERCULES COSTA PINTO** e Apelado **REITOR DA UESB - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **DAR PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para conceder a segurança, de acordo com o voto da relatora.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Kaio Hercules Costa Pinto contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Jequié, Dr. Tibério Coelho Magalhães, que, nos autos do Mandado de Segurança, denegou a segurança, nos seguintes termos:

*"[...] O presente mandado de segurança tem como objeto a matrícula do impetrante em instituição de ensino superior, vez que fora aprovado em vestibular, como optante do sistema de cotas, entendendo este que, inobstante os estudos realizados em escola particular, cumpre os requisitos necessários para a matrícula na Instituição de Ensino Superior.*

*Ocorre que o edital do concurso prevê que a documentação a ser apresentada no ato da matrícula inclui a comprovação de ser o candidato egresso de escola pública.*

*No caso concreto, vemos que o impetrante estudou em escola particular, conforme se observa na documentação apresentada. Tal fato desqualifica-o para pleitear a matrícula no curso pretendido, vez que descumpra claramente norma contida no edital, que é lei entre as partes.*

*[...]*

*EX POSITIS, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de matrícula na universidade dentro do sistema de cotas, denegando a segurança requerida, revogando a liminar concedida." (fls. 140/141)*

Irresignado, o Impetrante interpôs recurso de apelação de fls. 149/160, afirmando que, com a impetração do *writ*, buscou a garantia de sua matrícula no curso de Medicina na Universidade do Sudoeste da Bahia, na qual fora aprovado na vaga reservada a deficiente físico, de acordo com publicação veiculada no diário oficial.

Aduz que, apesar de aprovado, ao tentar efetivar sua matrícula, a mesma foi negada sob o argumento de que o candidato não teria atendido ao quanto estabelecido no edital de vestibular 038/2010, item 3.4, alínea B, o qual prevê que, do total de vagas existentes, metade seria direcionada aos alunos oriundos exclusivamente de escolas públicas e, dessa metade, 70% seriam dirigidas a alunos que se afirmassem negros, sendo os 30% restantes para os candidatos que não se declarassem negros, mas que também fossem oriundos do ensino público.

Acrescenta que o edital de vestibular previu que as vagas reservadas aos deficientes físicos

seriam ocupadas mediante apresentação de laudos médicos que atestasse a deficiência, bem como comprovação da procedência do candidato de escola da rede pública.

Defende o Apelante, no entanto, que somente não concluiu o ensino médio em escola da rede pública por conta da ineficiência do Estado em promover um ensino de qualidade e que atendessem à sua necessidade de ensino.

Salienta que, *“a Apelada, quando do julgamento do processo administrativo, textualmente reconheceu que de fato o candidato estudou em escolas particulares em virtude de sua deficiência (fl. 76)”*.

Afirma ser *“absurda a previsão do Edital, posto que a Constituição Federal, em momento algum traz cumulação de requisitos para o caso de Deficientes Físicos, que, caso o posicionamento da Universidade viesse a ser o prevalecente, seria o extrato social com maior dificuldade de ingresso nesta Universidade, posto que além de superação da sua própria limitação física, deveria ainda ter que se submeter ao ensino do Estado - impossível no caso do Impetrante - para que pudesse alavancar-se ao Ensino Superior”*.

Ressalta ser portador de deficiência auditiva, tendo sido aprovado no exame de vestibular, mostrando-se desproporcional a vedação de sua matrícula, uma vez que cursou todo o ensino fundamental em escola da rede pública e o ensino médio em escola particular por limitação estatal, motivo pelo qual faz jus à matrícula no curso de Medicina da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

Diz que, a partir de setembro de 2010, nos editais de vestibular subsequentes, a Apelada simplesmente deixou de exigir a cumulação dos requisitos para os deficientes físicos, quilombolas e índios, não necessitando estes serem provenientes da rede pública de ensino, conforme resolução CONSEPE nº 67/2010.

Sustenta, o Apelante, que os documentos colacionados comprovam que o mesmo está frequentando o curso de medicina normalmente, ainda que de forma “precária”, já que sua matrícula somente foi realizada quando do deferimento de liminar na presente ação, o que constitui fato consumado.

Afirma, assim, que a Teoria do Fato Consumado *“é uma construção jurisprudencial que justifica a manutenção de uma situação de fato constituída pelo deferimento de uma tutela de urgência, ainda que o provimento final pudesse ser desfavorável, por ocasião do extenso lapso temporal entre o deferimento da liminar e a decisão final, que ensejou a consolidação dessa situação de fato de tal forma que sua desconstituição geraria prejuízos muito maiores que sua manutenção”*.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso de apelação, reformando-se a sentença combatida para assegurar a matrícula do Apelante no curso para o qual fora aprovado.

Devidamente intimado, fora apresentada contrarrazões de fls. 260/265, requerendo o improvimento do apelo e manutenção integral da sentença recorrida.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça exarou parecer opinativo de fls. 240/250, pugnando pelo não provimento da apelação.

Examinados, tratando-se de apelação contra sentença proferida em sede de mandado de segurança e, portanto, imune à revisão, pedi dia para julgamento.

## VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço do apelo interposto por Kaio Hércules Costa Pinto.

Conforme relatado, o Apelante busca, através do presente recurso, garantir o seu direito à matrícula definitiva no curso de medicina da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, considerando que fora aprovado em 1º lugar no Edital de vestibular 038/2010, para quota de deficiente físico.



Observa-se dos autos que a sua matrícula foi obstaculizada em razão de não ser proveniente da rede pública de ensino, requisito este previsto no item 3.5, do referido edital:

*3.5. As vagas instituídas, de forma complementar e cumulativa, a título de quotas adicionais, sendo uma vaga para cada curso de graduação da UESB e em cada turno, só poderão ser utilizadas por um dos seguintes segmentos sociais: indígenas, quilombolas e pessoas portadoras de deficiência, mediante a apresentação de laudos antropológicos ou certidão de registro fornecido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI e Fundação Cultural Palmares; e laudos médicos que atestem a existência de sua deficiência, respectivamente, assim como comprovem a procedência de ensino em escola pública, observando o disposto no item 3.4.1.*

Dos autos, observa-se que o Impetrante, ora Apelante, de fato obteve a melhor classificação dentre aqueles optantes pelas cotas adicionais, que são tratadas pelo dispositivo editalício acima transcrito, conforme se infere do documento de fl. 18 dos autos.

Constata-se, também, que o vestibulando comprovou sua deficiência física auditiva através de laudos médicos de fls. 32, 33 e 36, suprimindo, assim, o segundo requisito para realização de sua matrícula.

Entretanto, conforme documentos de fls. 34 e 37, o Impetrante não comprovou ser proveniente de escola da rede pública de ensino, vez que teria cursado o ensino médio integralmente em escola particular, até porque, segundo suas afirmações, não teria a escola pública condições de oferecer ensino de qualidade que atendessem às suas necessidades.

Sendo assim, a sua pretensão mandamental está em conflito com aquele dispositivo editalício, sendo descabido o reconhecimento do alegado direito líquido e certo à matrícula pretendida.

Ressalte-se que, o edital é lei a reger e vincular administrados e administração pública. É ele quem determina os contornos e meandros da conduta administrativa. É que a Administração Pública, dentro de seu poder discricionário, poderá fixar termos, condições e modos, isto é, traçar critérios para limitar o conteúdo de seu ato, na hipótese específica, estabelecendo regras de habilitação dos candidatos nos concursos de vestibular que promove.

Dessa forma, após a realização do certamente e ultrapassado a fase de impugnação, não pode o impetrante se insurgir contra norma que teve conhecimento no ato da inscrição.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DE 1ª CLASSE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EXAME MÉDICO. ACUIDADE VISUAL. REPROVAÇÃO. LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Ocorre preclusão se a parte, devidamente intimada sobre o pedido de indeferimento de esclarecimentos do perito, não impugna a decisão a tempo e modo.

**II. O edital é a lei que rege o concurso e, em regra, deve prevalecer em homenagem ao princípio da legalidade, aplicando-se ao certame, em atenção à vinculação ao instrumento convocatório, cabendo à Administração Pública, desde que obedeça ao princípio da isonomia, prever as limitações incapacitantes no edital do concurso, diante de seu poder discricionário.**

III. Não há ilegalidade no ato administrativo que elimina do certame candidato em virtude da constatação de acuidade visual insuficiente, conforme previsão editalícia e legal. (TJMG, Apelação Cível nº10372080364048001, Rel. Des. Washington Ferreira, 28/02/2014)

Importante anotar, nesse contexto, que todos os candidatos optantes de quotas tiveram que atender ao requisito de serem provenientes de escola da rede pública de ensino. Logo, a pre-

tensão do Autor, sob o fundamento da impossibilidade de cumulação de requisitos, não merece acolhimento, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, nos termos dos arts. 37, caput, e 5º, caput, da nossa Lei Maior.

Ocorre, no entanto, que houve o deferimento de medida liminar, conforme se infere da decisão de fl. 84, datada de 18 de agosto de 2010, na qual restou determinada a efetivação imediata da matrícula do Impetrante no curso de Medicina da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, assegurando-lhe o acesso à sala de aula.

Posto isso, houve a efetiva matrícula do candidato no referido curso universitário no ano de 2012, conforme se infere do documento de fls. 276/278, o qual demonstra, também, que, até o ano de 2014, o Impetrante cursou 10 (dez) disciplinas, o que demonstra o estágio avançado do curso.

Sendo assim, o deferimento da medida liminar em favor do Apelante sustentou por muito tempo uma situação irregular enquanto se discutiu o mérito do presente Mandado de Segurança, acarretando a consolidação daquela situação pelo decurso do tempo, devendo-se aplicar, *in casu*, a teoria do fato consumado, conforme precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. SISTEMA DE COTAS. EGRESSOS DE ESCOLA PÚBLICA. EXCLUSÃO DE ALUNA DO SISTEMA DE COTAS. DECURSO DE ANOS DA CONCESSÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

**A jurisprudência desta Corte, especialmente por sua Segunda Turma, apresenta-se disposta no sentido da aplicabilidade da teoria do fato consumado na hipótese de o estudante frequentar a instituição de ensino, na qualidade de aluno, há pelo menos 3 anos, ainda que amparado por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação dos efeitos da tutela. Precedentes.**

Agravo regimental improvido. (ATJ, AgReg no REsp nº 1.267.594 - RS, Relator Min. Humberto Martins, 21/05/2012)

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NAO-OCORRÊNCIA. ACÓRDAO QUE SOLUCIONA CONTRADIÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. COTAS. PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. DECURSO DE ANOS DA CONCESSÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. Quanto à negativa de vigência aos arts. 5º, incs. XXXIV, XXXV, LIV e LV, e 93 da CR/88, impõe-se pontuar que o Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Constituição da República em sede de recurso especial, cabe tal dever ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse ponto. Precedentes.

2. Sobre a apontada existência de obscuridade, ante suposta reformatio in pejus, e de contradição, em razão da aplicação da teoria do fato consumado, no julgado, bem como acerca da ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil (CPC), não merecem prosperar as alegações da recorrente, pois se nota que o órgão a quo, ofereceu conclusão clara, harmônica e conforme a prestação jurisdicional solicitada.

3. Não é demais lembrar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, basta que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

4. No tocante à aventada afronta ao art. 499, 512 e 515 do CPC, também não prospera a alegação do recorrente quanto à existência de reformatio in pejus, uma vez que os embargos declaratórios foram parcialmente providos apenas para sanar a contradição suscitada pela ora recorrente.

**5. No que diz respeito à violação ao art. 462 do Código de Processo Civil, em face da adoção da teoria do fato consumado quando a recorrida ainda não concluiu o curso, melhor sorte não socorre à universidade. Verifica-se que a recorrida estuda na instituição de ensino há pelo menos 3 anos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firmado-se no sentido de que, em hipótese como a dos autos, em que o estudante obteve a matrícula em instituição por intermédio do mandado de segurança e, inclusive, está prestes a concluir o curso, deve-se aplicar a teoria do fato consumado. Precedentes.**

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.”

(REsp 1.172.643/SC, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, julgado em 17.3.2011, DJe 29.3.2011.)

Dessa maneira, considerando que o Impetrante já se encontra matriculado há mais de 4 (quatro) anos no curso de Medicina da UESB, deve-se dar continuidade ao curso, que já está próximo a ser concluído, até porque deve ser prestigiado todo o investimento público colocado à sua disposição, que seria perdido caso denegada a segurança.

DO EXPOSTO,

Pelas razões aduzidas, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação, para reformar a sentença recorrida e conceder a segurança vindicada no presente writ, determinando-se à autoridade coatora que proceda a matrícula definitiva do Impetrante no curso para o qual fora aprovado.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Mandado de Segurança nº 0016867-68.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Des. José Cícero Landin Neto, julgado em 12/3/2015**

Mandado de Segurança. Servidor Público Estadual (Oficial da PMBA). Limite salarial. Subteto constitucional. 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 adotar como limite salarial único à 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, uma vez que veio explicitamente consignada no art.6º da EC nº. 47/2005 a retroatividade dos efeitos dessa emenda (47/2005) ao dia 19/12/2003, mesma data em que entrou em vigência a EC nº 41/2003. Precedentes deste colendo TJBA. Segurança concedida, parcialmente, para determinar que o Secretário de Estado de Administração 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 estabelecida (subsídio dos desembargadores do TJBA). Agravo Regimental Prejudicado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0016867-68.2014.8.05.0000, em que figuram como impetrante *MANOEL MESSIAS DE ALMEIDA; e impetrado, SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA.*

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, conceder, parcialmente, a segurança no presente *writ*, e *julgar prejudicado o Agravo Regimental*; assim o fazem pelos motivos a seguir expostos:

## RELATÓRIO

O presente Mandado de Segurança, com pedido liminar, foi impetrado por *MANOEL MESSIAS DE ALMEIDA* contra suposto ato ilegal e arbitrário praticado pelo *SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA*, que estabeleceu descontos sobre os seus proventos, a título de “limite constitucional”, considerando como teto remuneratório o equivalente ao subsídio mensal do Governador do Estado da Bahia.

Informa que o ato administrativo *sub judice* já foi objeto de Mandado de Segurança nº 22/88, transitado em julgado, cuja decisão concedeu a segurança para “*declarar a ilegalidade o ato impugnado, restabelecer os proventos dos impetrantes na forma do pedido e sem as limitações criadas pelo parecer adotado como normativo*”, entendendo, assim, que houve violação aos direitos garantidos constitucionalmente, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Defende que “*a autoridade da coisa julgada somente poderia ser desconstituída através dos recursos jurídicos apropriados*”, aduzindo que não foi observado o devido processo legal, passando a ser descontados dos proventos do impetrante mais de 70% (setenta por cento), a fim de se estabelecer o limite do teto correspondente ao subsídio do Governador do Estado, numa flagrante ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Alega que o ato impugnado não foi objeto de qualquer publicidade, considerando que, em momento algum, o impetrante fora notificado da decisão para tomar as medidas cabíveis, tendo sido surpreendido quando do recebimento de seus vencimentos, cujo montante fora reduzido à 30% (trinta por cento).

Sustenta a ocorrência de decadência do direito do Estado, pois pretende desconstituir uma situação jurídica consolidada há mais de 25 (vinte e cinco) anos, ultrapassando, assim, o quinquênio legal estabelecido no art. 54 da Lei Federal 9784/99.

Declara que se encontram presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, “*o primeiro decorrente da verossimilhança do direito alegado, ao tempo em que o segundo encontra-se consubstanciado na premência da concessão da providência vindicada, sem a qual ficaria o impetrante sujeito a dano irreparável ou de difícil reparação*”, acrescentando-se o fato de ser pessoa idosa (80 anos de idade) e que se constata a redução de seus proventos, que têm caráter alimentar.

Ao final, requer seja deferida liminar “*para a manutenção dos cálculos dos proventos do impetrante*” e, no mérito, seja concedida a segurança, confirmando-se a liminar, acaso deferida.

Para provar o alegado juntou aos autos os documentos de fls. 19/176.

A liminar pleiteada foi deferida para “*(...)para determinar que o impetrante tenha como teto de remuneração o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, abstendo-se, consequentemente, a SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA de efetuar qualquer estorno a título de limite constitucional nos contrache-*



*ques dos beneficiários deste writ, observando-se, obviamente, a limitação aqui estabelecida (subsídio dos desembargadores do TJBA)” - fls. 178/189.*

Através da petição de fls.193/211, a PROCURADORIA GERAL DO ESTADO interveio no Feito, alegando, em síntese, **a)** que a decisão do MS 22/88 não constitui nenhum óbice do teto constitucionalmente estabelecido no art. 37, XI, da Carta Magna; **b)** com o advento da nova Constituição de 1988 e suas alterações, tornaram impositiva a observância do teto para todo serviço público e também no âmbito do Regime Próprio dos Servidores Públicos, por força dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência; **c)** que o impetrante submete-se ao teto consubstanciado no valor do subsídio do Governador do Estado, na forma do art. 8º da EC nº 4/2003, associado ao art. 37, XI, da CF/88; **d)** inexistência de repristinação considerando que uma lei revogada não recupera sua vigência incontinenti em decorrência da pura e simples revogação daquela que a revogou, exigindo-se a disposição expressa em sentido contrário, para que ocorra a repristinação; **e)** o art.37, §12º, da CF, não instituiu um novo teto de remuneração, mas apenas facultou aos Estados (e não os obrigou) a fixar, mediante Emenda às Constituições, o subsídio mensal dos Desembargadores como limite remuneratório único dos seus servidores.

A final, requer seja denegada a segurança.

Às fls. 212/224, foi interposto Agravo Regimental, objetivando a revogação da decisão liminar de fls. 178/189.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA prestou as informações solicitadas às fls. 226/227.

A douta Procuradoria de Justiça opinou *“pela concessão parcial da segurança, para determinar que Estado da Bahia aplique o subsídio mensal de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia como teto na remuneração do impetrante, com fulcro no art. 37, § 12, CF/88, art. 34, § 5º, Constituição Estadual da Bahia, c/c art. 6º da Emenda Constitucional n. 47/2005”* (fls.230/237).

## VOTO

**É sabido que o artigo 1º da Lei nº. 12.016/2009 estabelece que: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.**

E o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: *“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.*

E o que seria **direito líquido e certo** que o Mandado de Segurança estaria a proteger?

A expressão constitucional *“direito líquido e certo”* já foi objeto de largas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Em verdade, a polêmica teórica teve início na época em que ainda vigia, no texto da Constituição de 1934, o predicado *“incontestável”*, substituído posteriormente pelo atual *“líquido”*.

Há algum tempo, a incontestabilidade era associada ao direito mesmo do requerente, o que motivava diversos juristas a questionarem o verdadeiro sentido da opção constitucional por um vocábulo tão “forte”. Acreditava-se que a ação pressupunha a contestação de um direito e que, se assim não fosse, como parecia impor a norma, não haveria necessidade de nenhuma ação protetiva. É o que salienta JOSÉ DA SILVA PACHECO: *“A princípio cogitava-se de ‘direito certo e incontestável’, mas como qualquer direito é passível de contestação, viu-se logo que a incontestabilidade não constitui caráter específico. Optou-se por seu alijamento e, em seu lugar, colocou-se ‘líquido’, mantendo-se o ‘certo’”* (2002, p. 224).



O Ministro do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira (p. 4), observou, em artigo intitulado “Mandado de Segurança: Apontamentos”, as lições magistrais do antigo ministro da mesma instituição Carlos Mário Velloso, que disse: “*Nos primórdios do mandado de segurança chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto de vista jurídico, o que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação, o direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano sem detido exame nem laboriosas cogitações, o que levou Castro Nunes a afirmar que, entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança*”.

Para LÚCIA VALE FIGUEIREDO, “*direito líquido e certo, suficiente para possibilitar o writ, é o que não se submete a controvérsias factuais. Da mesma forma no que diz respeito ao mandado de segurança individual. Em outro falar: o direito deve ser certo quanto aos fatos, muito embora possa haver - e efetivamente haja - controvérsia de direito. Portanto, se incertos os fatos, não ensejará a via augusta do mandado de segurança*” (Mandado de Segurança, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 31)

É importante frisar, como ensina ADILSON ABREU DALLARI, “*que a expressão direito líquido e certo é inequivocamente equívoca ou, no mínimo, imprecisa, ensejando dúvidas interpretativas. Ela possivelmente somente foi mantida no texto da atual Constituição Federal por razões históricas, para manter a expressão utilizada quando o mandado de segurança foi introduzida no direito brasileiro. Naquela ocasião instaurou-se a controvérsia sobre o seu significado, que somente foi desvendado pelo trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência ao longo do tempo*”. **Atualmente, quem tem alguma familiaridade com a matéria já conhece o entendimento que foi se afirmando cada vez mais e que hoje já é havido como pacífico, qual seja, o de que líquido e certo deve ser o substrato fático do qual decorre o direito**” (Desvio de poder na Anulação de Ato Administrativo. Revista Eletrônica de Direito de Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto, setembro/2006. Disponível em: [www.direitodeestado.com.br](http://www.direitodeestado.com.br)).

Na lição do administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “*considera-se líquido e certo o direito independentemente de sua complexidade*”, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis “*de plano*”; ou seja, “*quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo*” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 4ª edição, p.117).

Outro não é o escólio do professor CASSIO SCARPINELLA BUENO, “*direito líquido e certo há quando a ilegalidade ou abusividade forem passíveis de demonstração documental, independentemente de sua complexidade ou densidade. Está superado o entendimento de que eventual complexidade das questões (fáticas ou jurídicas) redunde no descabimento de mandado de segurança. O que é fundamental para o cabimento do mandado de segurança é a possibilidade de apresentação de prova documental do que alegado pelo impetrante e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. Nisso - e só nisso - reside a noção de ‘direito líquido e certo’*” (Mandado de Segurança. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14).

Diante de críticas dessa estirpe, algumas vozes recordavam o princípio do *iuria novit curia*, segundo o qual é dever do magistrado aplicar o direito, por mais controvertido que seja o entendimento jurídico sobre a matéria, sendo defeso a ele a alegação de complexidade da questão.

E por fim o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL editou a Súmula 625, *in verbis*: “*Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*”.

Isto posto, compete estabelecer que o impetrante sustenta que há algum tempo tem sofrido descontos em seus proventos, sob a alegação de que ultrapassam o limite constitucional, pois seu teto remuneratório estaria atrelado à remuneração do Governador do Estado.

A resolução da questão posta no presente *writ* exige uma regressão às Emendas Constitucionais, vejamos porquê:

Com a edição da **Emenda Constitucional nº. 19, publicada no dia 5/6/1998**, o inciso XI do art.37 da Constituição Federal teve seu conteúdo alterado vinculando o teto remuneratório nacional ao subsídio mensal dos Ministros do STF e incluiu, no seu cômputo, as vantagens pessoais:

*Art. 37, XI da CF/88: 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. 19/98).*

Observando essa diretriz, **no dia 18 de janeiro de 1999, através da Emenda nº. 07**, a Constituição do Estado da Bahia foi alterada com a inserção do § 5º ao art.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 poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores, *in verbis*:

*Art.34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia: 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.*

Posteriormente foi editada a **Emenda nº 41, datada de 19/12/2003**, modificando, mais uma vez, o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, para estabelecer que o subteto remuneratório nos Estados e no Distrito Federal seria o subsídio mensal do Governador:

*Art.37, XI da CF: 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, 19.12.2003).*

Confrontando o dispositivo acima, transcrito com o inteiro teor do art.34, 5º, da Constituição do Estado da Bahia, percebe-se que essa última legislação perdeu temporariamente a eficácia durante a vigência da EC nº. 41/2003.

Ocorre, porém, que **no dia 5/7/2005 foi editada a EC nº 47**, acrescentando ao artigo 37 da CF o § 12º, e facultando aos Estados, mediante emenda à Constituição, estabelecer como

limite único o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores do respectivo Tribunal: *“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)”.

Sobre as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 47/2005 no teto remuneratório dos servidores públicos, esclarece o administrativista José dos Santos Carvalho Filho *“que a regra do teto remuneratório é a que consta no art.37, XI, da CF, com a redação da EC nº. 41/2003. A Constituição, depois de reformada por essa última emenda, passou a admitir tetos gerais e específicos, estes dependendo da respectiva entidade federativa. Assim estabeleceu como teto geral para todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o subsídio mensal, em espécies, dos Ministros do Supremo tribunal Federal, foram previstos três subtetos: 1º) no Executivo, o subsídio mensal do Governador; 2º) no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; 3º) no Judiciário, o subsídio dos Desembargadores do tribunal de Justiça, aplicável para esse limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”*.

E conclui o já citado professor: *“A despeito dessa regra geral, a E.C nº. 47/2005, introduziu o § 12º, ao art.37 da CF, pelo qual ficou alternativas para fixação do teto. Segundo o novo mandamento, o Estado e o Distrito Federal têm a faculdade de fixar teto único remuneratório, desde que o façam através de emendas às respectivas Constituições e Lei Orgânica (aqui no caso do Distrito Federal). O limite único deverá corresponder ao subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, o qual a seu turno se limita ao percentual de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal”* (Manual de Direito Administrativo. rer., ampl., atual. 28ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.658).

A revalidação do parágrafo 5º do art.34 da Constituição Estadual veio explicitamente consignado no art.6º da EC nº. 47/2005, que remeteu os efeitos dessa emenda ao dia 19/12/2003, mesma data que entrou em vigência a EC nº 41/2003, *in verbis*: *“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”* (art.6º da EC nº. 47/2005).

Contudo, para a completa análise do caso **sub oculi**, uma pergunta deve ser respondida: *A norma insculpida no parágrafo 5º do art.34 da Constituição Estadual foi repristinada com o advento da emenda nº. 47/2005?*

Como se sabe, a repristinação é o restabelecimento da eficácia de uma norma que foi revogada pela ordem jurídica anterior, o que, em regra, não seria possível de uma análise superficial do art.2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº. 4.657/42).

Para Maria Helena Diniz, *“Repristinar é revalidar norma revogada, sendo condenável, juridicamente, por colocar em risco a segurança jurídica, causando sérias dificuldades à aplicação do direito. Entretanto, é tal repristinação possível, se houver expressa disposição normativa nesse sentido”* (Norma Constitucional e seus Efeitos, Saraiva, 1989, B.3.2 pág. 45).

Do mesmo modo, esclarece MANOEL JORGE E SILVA NETO que *“em situações excepcionabilíssimas, pode o legislador constituinte originário determinar, de modo expresse, o efeito repristinatório relativamente a norma infraconstitucional; contudo, não se admitirá a repristinação quando não houver explícita autorização nesse sentido”* (NETO, Manoel Jorge e Silva. Curso de direito constitucional; atualizado até a EC 52/2006, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.129).

Não é diferente o magistério do constitucionalista KILDARE CARVALHO MENDONÇA: *“não se admite a convalidação ou repristinação da legislação ordinária que incompatível com a Constituição anterior, tenha adquirido conformidade com o texto constitucional atual. É que a norma*

*revogada não remanesce com a revogação da que a havia revogado, a não ser que haja expressa previsão normativa.” (Direito Constitucional Didático, Ed. Del Rey, 5ª ed. p. 151).*

Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano Nunes Araújo JÚNIOR, em seu Curso de Direito Constitucional, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p.16, também afirmam que é possível a ocorrência de repristinação quando houver expressa disposição legal: *“No sistema infraconstitucional produzido durante a vigência da Constituição de 1946 havia muitas normas que seriam compatíveis com o atual texto de 1988. No entanto, tais regras já desapareceram, pois não foram recebidas pela Constituição de 1967. O fato de serem compatíveis com o texto de 1988 não faz com que sejam recepcionadas, porque inexistente o fenômeno de repristinação em direito constitucional. Há, no entanto, a possibilidade de haver previsão expressa da manutenção ou adoção de uma norma revogada”* (ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes Araújo. Curso de Direito Constitucional, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p.16).

JOÃO BATISTA DE MELLO E SOUZA NETO, em lição sintética, mas bastante elucidativa, sustenta que *“segundo dispõe o art. 2º, § 3, da LICC, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência. Assim, se a lei A é revogada pela B e a seguir, a lei B é revogada pela lei C, este último fato não restaura - a menos que haja disposição em contrário - a eficácia da lei A. O fenômeno do ressurgimento da eficácia da lei revogada pela ulterior revogação da lei revogadora, recebe o nome de repristinação. Repristinar, do ponto de vista semântico, significa restituir valor, caráter ou estado primitivo. Em termos jurídicos, significa restaurar a eficácia de lei anteriormente revogada”* (Direito Civil: parte geral, 5ª Edição, Editora Atlas, 2004).

No julgamento do Mandado de Segurança nº 156, perante o TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, ressaltou o Desembargador Nívio Gonçalves, Presidente do TJDF: *‘Despiciendo destacar que a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 2º, § 3º, não veda a hipótese de repristinação tout court, mas apenas e tão-somente a chamada repristinação tácita, que se verificaria pelo retorno da vigência da lei revogada pela singela revogação da lei revogadora. Desse modo, a “ressurreição” da norma revogada (na espécie, a Lei nº 8.911/94) se dá de modo expreso pela lei revogadora (no caso, a Lei nº 9.624/98 que revoga a Lei nº 9.527/97), não importando nenhuma violação aos ditames da Lei de Introdução do Código Civil’.*

E os Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL têm reiteradamente afirmado:

*STF - Impõe-se rememorar, neste ponto, que inexistente, em nosso sistema de direito positivo, obstáculo constitucional a que se outorgue efeito repristinatório às leis em geral, consoante reconhece o magistério da doutrina (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Direito. Introdução e Teoria Geral”, p. 300/301, item n. 172, 10ª ed., 1997, Almedina; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Interpretação e Aplicação da Constituição”, p. 87, item n. 4, 1996, Saraiva; MICHEL TEMER, “Elementos de Direito Constitucional”, p. 39, item n. 6, 18ª ed., 2002, Malheiros; EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO, “A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, vol. 1º, p. 72/73, item n. 38, 2ª ed., 1995, Renovar; VICENTE RÁO, “O Direito e a Vida dos Direitos”, p. 347, item n. 263, 5ª ed., 1999, RT; CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 365/366, item n. 455, 18ª ed., 1999, Forense; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, vol. I, p. 86, item n. 27, 19ª ed., 2001, Forense; MARIA HELENA DINIZ, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, p. 82/83, item n. 11, 7ª ed., 2001, Saraiva) (ADIN nº. 2031-DF, Rel. Min. Octávio Galotti, Julgamento: 29/09/1999; AI 389592 / RS. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 01/08/2002; AGRG nº. 368.263-7/SC. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 24/09/2002).*

*STF - Cabe registrar, por necessário, que esse mesmo entendimento tem sido observado em decisões proferidas no âmbito desta Corte (Ag 363.739-SC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - Ag 384.490-RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - Ag 393.808-SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nas quais se vem enfatizando a plena legitimidade constitucional da exigência da CPMF, fundada na EC 21/99, inclusive no que concerne ao reconhecimento da possibilidade jurídica de emenda*



*à Constituição repristinar a eficácia de diplomas legislativos, como aqueles de caráter meramente temporário referidos no art. 75 do ADCT (Lei nº 9.311/96 e Lei nº 9.539/97) (ADIN nº. 2031-DF, Rel. Min. Octávio Galotti, Julgamento: 29/09/1999. AI 389592 / RS. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 01/08/2002; AGRG nº. 368.263-7/SC. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 24/09/2002).*

*STF – Daí a correta observação constante do voto que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Relator, proferiu no julgamento da ADI 2.031-DF: “De seu turno, a proscrição da contestada repristinação, mera regra de interpretação editada pela Lei de Introdução do Código Civil, cede (...) à disposição em contrário de lei ordinária, jamais alcançando a hierarquia constitucional (...). Nada impede, portanto, a repristinação de lei ordinária pela própria Constituição (AI 389592 / RS. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 01/08/2002).*

Quis o legislador, portanto, remeter os efeitos da EC 47 para a data de 19 de Dezembro de 2003 exatamente para restabelecer a eficácia da norma estadual prejudicada pela EC 41, pois, trata-se de caso típico de retroatividade benéfica, uma vez que os servidores que foram prejudicados pela EC 41 podem voltar a ter seus vencimentos limitados ao que dizia a Constituição Estadual da Bahia, não havendo portanto, nenhuma afronta à Constituição, mas tão somente a restauração de um dispositivo legal que o legislador reconheceu por injusta a sua revogação.

Assim, considerando que a EC nº 47 possui efeitos retroativos à data de vigência da EC nº41(consoante determina o art. 6º da EC nº47), ocorreu a **REPRISTINAÇÃO EXPRESSA** do § 5º do artigo 34 da Constituição do Estado da Bahia, como acima demonstrado.

Em situações idênticas a que se apresenta este Colendo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tem reiteradamente decidido: TJBA - **Mandado de Segurança. Servidores Públicos do Poder Executivo. 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. Auditores Fiscais. 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 adotar 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, uma 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.** Devolução dos valores anteriormente estornados. Impossibilidade. A concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a períodos pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Sumula 271 do STF). (...). Segurança parcialmente 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 nos contracheques dos beneficiários deste mandado de segurança, observando-se, obviamente, a limitação aqui estabelecida (subsídio dos desembargadores do TJBA) (...). (Mandado de Segurança nº0004982-67.2008.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público Relator: Des. José Cícero Landin Neto, julgado em 15/10/2009); TJBA - MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. SUBTETO REMUNERATÓRIO DO ESTADO DA BAHIA. SUBSÍDIO MENSAL DO DESEMBARGADOR ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À PERCEPÇÃO DE PROVENTOS EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO. **O subteto dos servidores inativos pertencentes aos quadros do Poder Executivo do Estado da Bahia corresponde ao subsídio mensal dos Desembargadores**



*deste Estado por força do art.37, § 12º, da CF e § 5º do art.34 da Constituição Estadual. 3. Sendo assim, ilegal é o ato administrativo impugnado que estipulou como subteto do impetrante, coronel da reserva da Polícia Militar, o subsídio do Governador do Estado da Bahia. Segurança parcialmente concedida para determinar que o Estado da Bahia aplique ao impetrante, como teto de remuneração, o subsídio mensal do Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia* (Mandado de Segurança nº29339-9/2008. Seção Cível de Direito Público. Relatora: Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. Julgado: 05/02/2009).

Nesse mesmo diapasão:

*TJBA - MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DE RESERVA DE PLENÁRIO REJEITADA. CORONEL DA POLICIA MILITAR APOSENTADO. TETO E SUBTETO REMUNERATÓRIO. LIMITE CONSTITUCIONAL. REMUNERAÇÃO LIMITADA PELO SUBSÍDIO DOS DESEMBARGADORES ESTADUAIS. ARTIGO 37, INCISO XI E § 12, CF; ARTIGO 34, § 5º, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. 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 do TJBA. (...). REJEITADA A PRELIMINAR, SEGURANÇA CONCEDIDA* (Mandado de Segurança n.º 0011381-10.2011.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Des. Carlos Alberto Dultra Cintra)

*TJBA - MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. POLICIAIS MILITARES. TETO E SUBTETO REMUNERATÓRIO. LIMITE CONSTITUCIONAL. REMUNERAÇÃO LIMITADA PELO SUBSÍDIO DOS DESEMBARGADORES ESTADUAIS. ARTIGO 37, INCISO XI E § 12, CF; ARTIGO 34, § 5º, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. 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 do TJBA. SEGURANÇA CONCEDIDA* (Mandado de Segurança n.º 0014813-37.2011.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Des. Carlos Alberto Dultra Cintra).

*TJBA - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMITE DA REMUNERAÇÃO – POLICIAL MILITAR – MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO EM FACE DO JULGAMENTO DE MÉRITO DO MANDAMUS. MÉRITO – 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 O objeto deste writ é a análise sobre a validade e a vigência do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, que estabelece como teto remuneratório dos membros integrantes de qualquer dos Poderes do Estado o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores, inexistindo a arguição de inconstitucionalidade de qualquer norma inserta no ordenamento jurídico pátrio. 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. Entendimento já adotado por esta Egrégia Corte de Justiça Estadual: MANDADO DE SEGURANÇA, processo nº 10273-6/2009, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO, Relator: JOSE CICERO LANDIN NETO, Data do Julgamento: 22/10/2009. Precedentes. Segurança Concedida* (Mandado de Segurança n.º 0304966-98.2012.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relatora: Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago).

*TJBA - REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR DO PODER EXECUTIVO. AUDITOR FISCAL. TETO REMUNERATÓRIO. APRECIACÃO DO AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADA EM RAZÃO DO JULGAMENTO DO MÉRITO NO MANDAMUS. 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** (Mandado de Segurança n.º 0011397-61.2011.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relatora: Des<sup>a</sup>. Silvia Carneiro Santos Zarif).

TJBA - MANDADO DE SEGURANÇA – PROVENTOS – LIMITE REMUNERATÓRIO – DESCONTOS EXTRATETO – ILEGALIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. **O limite remuneratório no serviço público estadual é o subsídio mensal, em espécie, percebido pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia. Inteligência do art. 37, XI, e §12, da CF, com alterações dadas pelas ECs nos 41/2003 e 47/2005, c.c. art. 34, §5º, da CEBA. Ilegalidade e abuso de poder e violação a direito líquido e certo ocorrentes. Segurança concedida.** Julgado o mandamus, resta prejudicado o Agravo Interno (Mandado de Segurança nº 0306223-61.2012.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relatora: Des<sup>a</sup>. Telma Laura Silva Britto)

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, também já apreciou esta mesma questão em Recurso julgado no dia **9/2/2009**, cuja relatoria coube ao DESEMBARGADOR KILDARE DE CARVALHO:

*TJMG - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUBTETO REMUNERATÓRIO - EMENDAS CONSTITUCIONAIS 41/03 E 47/05 - VIOLAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - IMPOSSIBILIDADE. O corte da remuneração, por força do subteto, viola garantias constitucionais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a irredutibilidade de vencimentos e proventos previstos nos artigos 5º, XXXVI e 37, inciso XV da Constituição Federal, mormente diante das alterações operadas pela EMENDA Constitucional 47/2005. Recurso provido (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.957399-2/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO)*

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 576.336-6 – Repercussão Geral – *relacionado ao subteto dos Auditores Fiscais do Estado de Rondônia* - o Supremo Tribunal Federal não conheceu àquele Recurso Extraordinário, explicitando seu entendimento através da seguinte ementa:

*“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. AUDITOR FISCAL. ESTORNO NA REMUNERAÇÃO. SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 47/2005. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão restrita aos interesse regional e das partes”.*

E ainda ressaltou o **MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** em seu voto:

*“É ilegal o estorno procedido nas remunerações dos auditores fiscais com base no subsídio do Governador ante ao teor da Emenda n. 47/2005 e n. 16/2003/CE”.*

Assim, dispondo a Constituição Estadual, desde o dia 18 de janeiro de 1999, que a remuneração e o subsídio dos membros de qualquer dos Poderes do Estado não poderão exceder o subsídio mensal dos Desembargadores do TJBA e, sendo o impetrante funcionário público vinculado ao Poder Executivo, é ilegal o ato administrativo que estorna dos seus subsídios as vantagens funcionais e/ou pessoais sob o fundamento de que o seu teto remuneratório está atrelado aos vencimentos dos Secretários de Estado ou do Governador.

Por fim, no que toca ao pedido de prequestionamento realizado pelo **ESTADO DA BAHIA**, vale ressaltar que o Magistrado não está obrigado, quando do julgamento da causa, a se manifes-

tar sobre todas as alegações, argumentos e dispositivos legais invocados pelas partes, desde que o acolhimento de uma das teses apresentadas seja suficiente para fundamentar sua decisão. Ou seja, o órgão julgador, ao apreciar o litígio, encontra-se obrigado apenas a motivar, de forma racional e suficiente, o entendimento proclamado, com base no ordenamento jurídico e no contexto probatório produzido nos autos, não estando sujeito a responder, um a um, todos os argumentos aduzidos pelas partes, nem a explicitar todos os dispositivos correspondentes, **“não se podendo haver como omissão a hipótese de sua fundamentação não se pautar segundo os argumentos esposados pelas partes, ou mesmo, se inapreciou teses por elas sustentadas”** (TJBA. Embargos de Declaração nº. 11.652-1. Relator: Desembargador Benito Figueiredo).

Diante do exposto, **concede-se, parcialmente, a segurança** pleiteada para determinar que o impetrante **MANOEL MESSIAS DE ALMEIDA** tenha como teto de remuneração o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, abstendo-se, conseqüentemente, a **SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA** de efetuar qualquer estorno a título de **limite constitucional** nos contracheques do beneficiário deste mandado, observando-se, obviamente, a limitação aqui estabelecida (subsídio dos desembargadores do TJBA); e **julga-se prejudicado** o Agravo Regimental.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0301306-25.2014.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Des. Augusto de Lima Bispo, julgado em 4/7/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA PARA REVISÃO DE PENSÃO QUE RECEBE PELA MORTE DE POLICIAL MILITAR REFORMADO. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85 DO STJ. INCLUSÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO E DA DIFERENÇA PAGA A MENOR. DIREITO À PARIDADE E À INTEGRALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 396 DA REPERCUSSÃO GERAL (STF). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

*Quanto ao pedido de **inclusão do adicional por tempo de serviço no cálculo da pensão por morte**, não assiste razão a apelante, visto que tal verba não chegou a integrar os proventos de aposentadoria do servidor militar inativo, pois o adicional por tempo de serviço somente foi instituído pela **Lei 3.803, em 16 de junho de 1980**, tendo o ex-policial militar se aposentado em **5/3/1971** (fl. 85), antes, portanto, da existência da citada lei e da promulgação da Constituição Federal de 1988.*

*Por aplicação do **princípio do tempus regit actum**, outra alternativa não resta que não reconhecer a ausência de amparo normativo à época em que se deu a aposentadoria do falecido para a inclusão do adicional por tempo de serviço aos proventos de sua aposentadoria, de modo que o cálculo do benefício foi pautado na legislação em vigor ao tempo da sua concessão. Tanto é que o falecido percebeu os proventos de sua aposentadoria de **5/3/1971 a 16/11/2010** sem nunca ter questionado a inclusão de tal adicional aos cálculos desse benefício.*

*Quanto ao pedido da apelante de **reajuste da pensão para percepção de sua cota parte em valor equivalente a cinquenta por cento da totalidade dos proventos de aposentadoria do ex-servidor falecido (integralidade)**, também não lhe assiste razão, diante de expresse comando constitucional instituído*

*no art. 40, § 7º, I, da CF. Tal questão foi recentemente apreciada pelo Plenário do colendo STF, no julgamento do **tema 396 da repercussão geral**, fixando-se a seguinte tese: “Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC nº 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC nº 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC nº 47/2005. Não tem, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, inciso I)”.*

### ACÓRDÃO

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 0301306-25.2014.8.05.0001**, em que figura como apelante **VALMIRA DOS SANTOS MEIRELLES** e, como apelado, o **ESTADO DA BAHIA**,

Acordam os Desembargadores integrantes da colenda Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **conhecer e dar parcial provimento ao recurso**, para afastar a prescrição acolhida pelo juízo *a quo*, e **JULGAR IMPROCEDENTES** os pedidos da exordial nos termos do voto condutor.

### RELATÓRIO

**Trata-se de Recurso de Apelação interposto por VALMIRA DOS SANTOS MEIRELLES** contra Sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca da Capital, que, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA nº 0301306-25.2014.8.05.0001**, proposta pela ora apelante contra o **ESTADO DA BAHIA**, julgou improcedente o pedido, em razão da prescrição do direito de ação, com fulcro no art. 1º do Decreto 20.910/32, extinguindo o feito com julgamento de mérito. Sem custas e honorários advocatícios fixados no importe de R\$ 1.000 (um mil reais), a serem cobrados na forma do at. 12 da Lei 1.060/50.

Irresignada, a autora apelou, às fls. 95/106, aduzindo, inicialmente, o não pagamento do preparo recursal, por ser beneficiária da justiça gratuita e apresentando o inconformismo diante da prescrição declarada, sustentando, ainda, seu direito ao reajuste da pensão e inclusão do adicional de tempo de serviço.

Ao final, requer o provimento da apelação e reforma da sentença vergastada para que seja julgada totalmente procedente a pretensão deduzida na exordial.

O Estado da Bahia, apesar de devidamente intimado (fl. 109), não apresentou contrarrazões ao Recurso, como se vê à fl. 110.

Encaminhados os autos a esta superior instância e sendo distribuídos para a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, coube-me a relatoria do feito.

**Em cumprimento ao art. 931, do CPC de 2015, restituo os autos à Secretaria, com relatório, salientando tratar-se de recurso passível de sustentação oral, nos termos do art. 937 do CPC de 2015.**

### VOTO

**A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, como cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.**

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos, ou sejam, regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.



Da análise detida dos autos observa-se que a autora recebe cinquenta por cento da pensão previdenciária por morte do seu marido Petronio Meirelles, ex-policial Militar, desde a data do seu falecimento que se deu em 16/11/2010 (fl. 17), haja vista a existência de outros dependentes.

Sustenta que o valor total das vantagens do seu falecido esposo é de R\$ 3.174,01 (três mil cento e setenta e quatro reais e um centavo), não constando no cálculo dos proventos o valor referente ao adicional por tempo de serviço, ao qual ele fazia *jus*, e que vem recebendo R\$ 1.320,94 (um mil trezentos e vinte reais e noventa e quatro centavos), valor inferior a sua cota parte equivalente a cinquenta por cento do benefício previdenciário.

A questão submetida ao exame desta instância *ad quem* se refere à ocorrência ou não da prescrição do direito da apelante de propor a presente Ação Ordinária para postular a revisão dos proventos da pensão que recebe pela morte do ex-servidor Petrônio Meirelles, não só para inclusão do adicional por tempo de serviço no cálculo desse benefício previdenciário, como também da diferença não percebida referente aos cinquenta por cento da sua cota parte que vem sendo paga a menor. Como decorrência de tais pedidos, requereu o pagamento dos reflexos financeiros, retroativo ao ano de 2010.

Segundo os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a prescrição é instituto que decorre da projeção de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo.

Diz respeito à inércia do titular de determinada relação jurídica, que, além de fundar-se em aspecto objetivo, o decurso temporal, igualmente, tem como suporte uma conduta omissiva do titular do direito em perecimento.

Sobre o tema, dispõe o **art. 1º, do Decreto nº 20.910**, de 06/01/1932, in verbis:

*Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados do ato ou fato do qual se originaram.*

A norma é clara ao dispor que para toda e qualquer ação contra o Estado prevalece o prazo prescricional de cinco anos do ato ou fato do qual se originarem, independente da sua natureza.

Destarte, quando a ação busca configurar ou restabelecer uma situação jurídica, o prazo prescricional deve ser contado a partir do momento em que a parte teve ciência da violação de seu direito, de forma inequívoca, pela Administração.

Na hipótese vertente, infere-se que o suposto pagamento incorreto dos valores a título de Pensão Militar ocorreu no momento do óbito do marido da apelante, em 16 de novembro de 2010 (certidão de óbito à f. 17), a partir de quando a mesma passou a receber o pensionamento (fato gerador do benefício de pensão por morte) e teve ciência inequívoca da situação que considera desfavorável.

É um grande equívoco considerar como data de implementação do benefício de pensão por morte, a mesma do benefício de aposentadoria do marido falecido. Na verdade, os benefícios são inteiramente independentes: são devidos a pessoas diferentes e têm fatos geradores próprios. A circunstância do marido estar no gozo do benefício de aposentadoria não significa que, só por isso, sua esposa já tenha implementado o direito a receber pensão por morte. Com efeito, um dos elementos fáticos essenciais ao nascimento, em favor da viúva, do direito à pensão (ou seja, o fato gerador desse benefício), é a morte do seu marido. Antes desse evento, o que havia era mera expectativa de direito, não um direito subjetivo desde logo exercível, como exige, para a configuração de direito adquirido, o art. 6º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Sob esse prisma, o *dies a quo* do prazo prescricional foi o do óbito do policial militar, ou seja, 16 de novembro de 2010, sendo a presente ação ajuizada em 6 de fevereiro de 2014, dentro do lapso quinquenal disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932, não restando a demanda fulminada pela prescrição.



Esse entendimento encontra-se em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, inexistindo negativa expressa e formal da Administração, não há falar em prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, porquanto a obrigação é de trato sucessivo, motivo pelo qual incide no caso o disposto na Súmula 85 do STJ, que dispõe:

*“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”*

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência da Corte Especial in verbis:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. LEI LOCAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. 1. Nas causas em que se busca o recebimento de vantagens remuneratórias e não houver negativa do direito pela Administração, não se opera a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu a propositura da demanda, nos termos da Súmula 85/STJ. 2. O exame de legislação local - Lei Complementar Estadual n. 50/2003 - é defesa em sede de recurso especial (Súmula 280/STF). 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp. 443.337/PB, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 25.2.2014).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. APOSENTADORIA. INCLUSÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO INSALUBRE. PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. IMPROVIMENTO. 1. “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.” (Súmula 85/STJ). 2. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp. 1.174.989/SC, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 3.2.2014).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA 85/STJ. ALTERAÇÃO DO JULGADO. ANÁLISE DA LEI COMPLEMENTAR 50/2003. SÚMULA 280/STF. 1. O STJ orienta-se no sentido de que, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. 2. In casu, a Corte a quo entendeu não configurada a prescrição do fundo de direito, mas apenas de trato sucessivo, nos termos da Súmula 85/STJ, porquanto a própria Fazenda Pública defende a aplicabilidade da Lei Complementar 50/2003 aos policiais militares. 3. Por outro lado, para alterar a conclusão do Tribunal de origem a fim de reconhecer a prescrição do fundo de direito, como requer o recorrente, imprescindível analisar a Lei Complementar 50/2003 - para aferir se o direito dos recorridos foi efetivamente negado pela norma estadual -, o que é obstado nesta via especial, conforme a Súmula 280/STF. 4. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp. 328.410/PB, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13.9.2013).

Nesse contexto, a fluência do interregno quinquenal para revisão desse ato administrativo atribuído ao Estado da Bahia, se iniciou a partir da ciência inequívoca da suposta lesão ao direito

vindicado, que se deu com a morte do ex-servidor em 16/11/2010, conforme se vê na certidão de óbito de fl. 17.

Assim, como a presente ação foi proposta em 6/2/2014, não se consumou a denominada prescrição extintiva do direito de ação.

Portanto, não resta configurada a prescrição do fundo de direito reconhecida pelo magistrado *a quo*, impondo-se a reforma da sentença hostilizada.

Quanto ao pedido de **inclusão do adicional por tempo de serviço no cálculo da pensão por morte**, não assiste razão a apelante, visto que tal verba não chegou a integrar os proventos de aposentadoria do servidor militar inativo, pois o adicional por tempo de serviço somente foi instituído pela **Lei 3.803, em 16 de junho de 1980**, tendo o ex-policial militar se aposentado em 5.3.1971 (fl. 85), antes, portanto, da existência da citada lei e da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por aplicação do **princípio do tempus regit actum**, outra alternativa não resta que não reconhecer a ausência de amparo normativo a época em que se deu a aposentadoria do falecido para a inclusão do adicional por tempo de serviço aos proventos de sua aposentadoria, de modo que o cálculo do benefício foi pautado na legislação em vigor ao tempo da sua concessão. Tanto é que o falecido percebeu os proventos de sua aposentadoria de 5/3/1971 a 16/11/2010 sem nunca ter questionado a inclusão de tal adicional aos cálculos desse benefício.

O Supremo Tribunal Federal editou súmula segundo a qual *“ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”* (**Súmula 359, STF**).

À propósito:

*PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CRITÉRIOS DE CONCESSÃO. DIREITO ADQUIRIDO. SÚMULA Nº 359, DO STF. 1. A concessão do benefício previdenciário é regulada pela legislação vigente à época em que o segurado reuniu as condições necessárias para obtenção do benefício, ainda que este tenha sido requerido após a edição de lei menos favorável. Inteligência da Súmula nº 359, do STF. 2. Ao implementar as condições para aposentadoria, ainda que tenha optado por permanecer em atividade, adquiriu o autor o direito à concessão de seu benefício de aposentadoria com fundamento nos critérios vigente à época, inclusive no que se refere ao teto do salário-de-contribuição utilizado no cálculo da RMI do benefício. Precedentes do STJ. 3. No recálculo da RMI do benefício do autor deve ser utilizada a legislação vigente à época em que reuniu os requisitos para a concessão da aposentadoria, tomando-se por base os salários-de-contribuição da época e o tempo de serviço prestado até então. A data do início do benefício de aposentadoria, todavia, deve permanecer a mesma, e não retroagir, sendo devidas diferenças a partir do ajuizamento da ação, considerando que não houve requerimento administrativo de revisão. 4. Apelação cível provida. (TRF-2 - AC: 200651015244040 RJ 2006.51.01.524404-0, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 15/07/2010, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data:06/08/2010 - Página:165/166).*

Quanto ao pedido da apelante de **reajuste da pensão para percepção de sua cota parte em valor equivalente a cinquenta por cento da totalidade dos proventos de aposentadoria do ex-servidor falecido (integralidade)**, também não lhe assiste razão, diante de expresso comando constitucional instituído no art. 40, § 7º, I, da CF.

O Plenário do colendo STF, recentemente (20/05/2015), apreciando o **tema 396 da repercussão geral**, deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário nº 603.580/RJ, nos termos do voto reajustado do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), fixando-se a tese nos seguintes termos:

*“Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC nº 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC nº 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC nº 47/2005. Não tem, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, inciso I)”.*

Com ementa a seguir transcrita:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INSTITUIDOR APOSENTADO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003, PORÉM FALECIDO APÓS SEU ADVENTO. DIREITO DO PENSIONISTA À PARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. EXCEÇÃO: ART. 3º DA EC 47/2005. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.*

*I – O benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor.*

*II – As pensões derivadas de óbito de servidores aposentados nos termos do art. 3º da EC 47/2005 é garantido o direito à paridade. III – Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.*

No caso em tela, o cerne da questão está em saber se a autora, beneficiária de pensão por morte de ex-servidor militar, aposentado em 5/3/1971, mas falecido (em 16/11/2010), após a promulgação da EC 41/2003, tem direito a revisão de sua pensão, a fim de que correspondesse à integralidade dos proventos de aposentadoria do instituidor.

Como se sabe, a **EC 41/2003** pôs fim à “paridade” – garantia constitucional que reajustava os proventos de aposentadoria e as pensões sempre que se reajustassem os vencimentos dos servidores da ativa. A regra estava prevista no **art. 40, § 8º, da CF**, incluído pela EC 20/98. O texto atual prevê apenas o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real.

Dessa forma, como o óbito do instituidor da pensão ocorreu em 16/11/2010, após a vigência da EC 41/2003, que estabeleceu novo regime jurídico para o pensionamento de dependentes de servidores, não tem a autora pensionista direito à paridade, nem à integralidade. Isso porque, assim como a aposentadoria se rege pela legislação vigente à época em que o servidor implementou as condições para sua obtenção, a pensão igualmente regula-se pela lei vigente por ocasião do falecimento do segurado instituidor. Tudo isso em observância ao **princípio *tempus regit actum***.

A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica, conforme se observa do julgamento do RE 499.464/RJ, assim ementado:

*“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI NOVA AUMENTO DO BENEFÍCIO. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. I - O benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor. II - Impossibilidade de retroação de lei nova para alcançar situações pretéritas. III - Recurso extraordinário conhecido e provido”.*

De fato, o **direito à integralidade**, na redação anterior à EC 41/2003, encontrava-se contemplado no **art. 40, §7º, CF**, que estipulava que a pensão por morte seria igual ao valor dos proventos do servidor falecido.

O **direito à paridade**, por sua vez, encontrava-se previsto na redação do **art. 40, §8º, CF**, segundo a qual as pensões seriam revistas na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.

A EC 41/2003 alterou a redação dos referidos dispositivos. No que respeita ao valor das pensões, previu que estas corresponderiam ao montante dos proventos do servidor falecido, até

o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS), acrescido de 70% da importância excedente deste limite.

A nova regra adere à tendência de conceder pensão menor do que a remuneração percebida pelo falecido, ao fundamento de que as necessidades de manutenção da família diminuem com o falecimento de um membro.

No que respeita ao critério de reajuste das pensões, a EC nº 41/2003 previu que este deveria preservar, em caráter permanente, o seu valor real, conforme critérios estabelecidos em lei, afastando a revisão na mesma data e sem distinção de índices no que respeita aos servidores em atividade, que vigorara até então.

O surgimento da **EC nº 47/2005** alterou mais uma vez as normas que regem a previdência e trouxe nova regra de transição sobre a matéria, prevendo, que a paridade subsistirá, ainda que o falecimento do instituidor da pensão se dê após o marco temporal de 31.12.2003, desde que sejam preenchidos pelo servidor os requisitos de: i) 35 anos de contribuição, ii) 25 anos de efetivo exercício no serviço público, iii) 15 anos de carreira e iv) 5 anos no cargo em que se deu a aposentadoria.

O art. 6º da EC 47/2005, por sua vez, conferiu à nova norma de transição efeitos retroativos à data da vigência da EC 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.” (Grifou-se)*

Assim, de acordo com o parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, as pensões derivadas de aposentadorias que tenham atendido aos requisitos elencados no caput do mesmo artigo obedecem ao critério de revisão previsto no art. 7º da EC 41/2003. O art. 7º, por sua vez, trata exatamente da concessão de revisão para inativos e pensionistas com paridade de critérios no que respeita aos servidores em atividade.

Assim, falecido o servidor público após 19/12/2003, data da publicação da EC 41/2003, a pensão por morte de seus dependentes deve ser reajustada nos termos da lei, conforme dispõe o art. 40, § 8º, do Texto Constitucional.

Há, contudo, uma exceção a essa regra, que foi trazida pela EC 47/2005, a chamada “PEC paralela”, no processo de reforma da previdência. Dita Emenda Constitucional garantiu a paridade às pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47, ou seja, para aqueles que tenham ingressado no serviço público até 16/12/98 e preencham os demais requisitos ali consignados, que não é o caso dos autos, pois o servidor instituidor da pensão faleceu após a entrada em vigor das regras que puseram fim a paridade, conforme se observa à fl. 17.

É importante notar, contudo, que a EC 47/2005 estendeu aos pensionistas apenas o direito à paridade. Não lhes concedeu o direito à integralidade. Previu que os pensionistas na situação ali estabelecida teriam direito à revisão do valor de sua pensão nos termos do art. 7º da EC nº 41/2003. Mas não estabeleceu que perceberiam o mesmo valor dos proventos percebidos pelo servidor falecido.

Dessa forma, a recorrente não tem direito à integralidade nem à paridade pleiteada nos autos.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO**, para afastar a prescrição acolhida pelo juízo *a quo*, e **JULGAR IMPROCEDENTES** os pedidos da exordial pelos fundamentos acima transcritos.

\*\*\*\*\*



**TJBA – Apelação Cível nº 0000400-26.2014.8.05.0190, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Des. Augusto de Lima, julgado em 4/7/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROFESSORA APOSENTADA PELO MUNICÍPIO DE PAU BRASIL. EQUIPARAÇÃO AO PISO SALARIAL NACIONAL IMPLEMENTADO PELA LEI 11.738/2008. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003 E APOSENTADA APÓS EMENDA 41/2003. PARIDADE. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NOS ARTS. 2º E 3º DA EC 47/2005. PRECEDENTE DO STF. DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO POSTULATÓRIA E CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

### **ACÓRDÃO**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0000400-26.2014.8.05.0190**, em que é apelante **EDMEIA CARREGOSA DE ARAÚJO SANTANA** e, apelado, o **MUNICÍPIO DE PAU BRASIL**,

Acordam os Desembargadores, componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à **unanimidade** de votos, em **rejeitar as preliminares de defeito de representação postulatória e cerceamento de defesa, conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo a sentença**, nos termos do voto do Relator.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Apelação Cível interposta em face da sentença de fls. 197/200, prolatada pelo Juízo da Vara Cível da Comarca de Pau Brasil, nos autos da Ação de Complementação de Aposentadoria nº 0000400-26.2014.8.05.0190, proposta por EDMEIA CARREGOSA DE ARAÚJO SANTANA, em face do MUNICÍPIO DE PAU BRASIL, que, ante a ausência de previsão legal, julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC/1973.

Por força da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ficando a cobrança suspensa, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

A autora, **na exordial**, afirma que trabalhou como professora municipal do ensino fundamental, no período de 1/3/1973 a 30/3/2004, e que, em 26/9/2005, requereu sua aposentadoria por tempo de contribuição de professor, sendo que o INSS, de forma equivocada, lhe concedeu o benefício de aposentadoria por idade.

Sustenta que, embora tenha sido vitoriosa em ação ajuizada perante a Justiça Federal (nº 0002368-21.2013.4.01.3311), através da qual foi reconhecida sua aposentadoria especial de professor, continuou recebendo apenas um salário mínimo por mês, não sendo seus proventos equiparados ao valor do piso salarial nacional dos professores implantado pela Lei nº 11.738/2008, equivalente a R\$ 1.917,18 (um mil novecentos e dezessete reais e dezoito centavos) no ano de 2015.



**A sentença foi prolatada às fls. 197/200, julgando improcedente o pedido da autora.**

Inconformada, a autora interpôs **recurso de apelação às fls. 203/221**, aduzindo preliminarmente defeito de representação postulatória do advogado do apelado, por ausência de cópia do contrato de prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica e/ou ato de nomeação, com o consequente pedido de aplicação dos efeitos da revelia ao município acionado, bem como alega cerceamento de defesa por omissão do Juízo sentenciante no tocante à petição de fls. 201/202. No mérito, reiterou ser uma professora aposentada do Município de Pau Brasil, percebendo aposentadoria no valor de R\$ 788,00 (em setembro de 2015), quando o piso salarial nacional para o ano de 2015 seria de R\$ 1.917,18 (um mil novecentos e dezessete reais e dezoito centavos), razão pela qual pretende a complementação do valor de R\$ 1.129,78 pelo apelado, com a devida aplicação do índice de correção a cada ano, conforme o valor estabelecido pela Lei 11.738/2008.

Pede, ao final, o provimento do recurso e, por conseguinte, a reforma da sentença, para reconhecer a procedência do pedido.

O recorrido, apesar de devidamente intimado, não apresentou **contrarrazões ao apelo, conforme certificado à fl. 223 verso**.

Encaminhados os autos a esta superior instância e sendo distribuídos para a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, coube-me a relatoria do feito.

**Em cumprimento ao art. 931 do CPC de 2015, restituo os autos à Secretaria, com relatório, salientando tratar-se de recurso passível de sustentação oral, nos termos do art. 937 do CPC de 2015.**

### VOTO

**A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.**

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Inicialmente, cumpre afastar a alegação da recorrente de **defeito de representação postulatória** do advogado do apelado, por ausência de cópia do contrato de prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica e/ou ato de nomeação, visto que a procuração e o termo de posse do representante legal do Município se encontram anexados às fls. 184/196 dos autos, inexistindo previsão legal para juntada dos documentos mencionados pela recorrente. Por tal razão, não deve prosperar o pedido de aplicação dos efeitos da revelia ao município acionado.

Também não pode prosperar a alegação da recorrente de que houve **cerceamento de defesa**, por omissão do Juízo sentenciante no tocante à petição de fls. 201/202, visto que conforme certificado à fl. 202 verso, tal petição somente foi protocolizada após a prolação da sentença recorrida, quando já havia esgotado a jurisdição do juízo de primeiro grau.

Dessa forma, **rejeitam-se as preliminares** suscitadas, passando-se à análise da questão de fundo do recurso.

A autora propôs a presente ação objetivando a condenação do réu/apelado ao pagamento de complementação de aposentadoria com base no piso salarial da Lei 11.738/08.

O magistrado de piso consignou que *“percebe-se que os servidores municipais do município de Pau Brasil não possuem regime previdenciário próprio, sendo os seus benefícios vinculados ao regime geral de previdência social executado pelo INSS. Verifica-se ainda que, como não foi invocada pela parte autora legislação municipal prevendo a possibilidade de complementação pelo município dos proventos pagos pelo INSS, não há como esse Juízo deduzir pela sua existência. Não é sequer o caso de aplicação do art. 37 do CPC, que estabelece que “a parte, que alegar direito municipal, estadual,*

*estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.” Assim, não há qualquer comprovação de que o Município Requerido possua um Sistema de Previdência complementar com a finalidade de satisfazer os direitos previdenciários garantidos pela Constituição Federal, dentre eles a isonomia entre os proventos da aposentadoria e os vencimentos dos servidores ativos, como pretende a requerente” (fl. 198).*

A matéria dos autos tem por fundamento a complementação de aposentadoria para fins de equiparação ao piso nacional instituído pela **Lei nº 11.738/08**, que regulamenta a alínea “e” do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No particular, o referido diploma legal dispõe, em seu **art. 2º, § 5º** que:

*As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão **aplicadas a todas as aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005 (grifo nosso).***

A referida lei federal teve a sua constitucionalidade questionada à luz do pacto federativo, por se compreender que a fixação, por meio de lei federal, de um piso nacional, a atingir servidores estaduais e municipais, ofenderia a autonomia dos entes federados.

Ocorre que a questão foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da **ADI 4167/DF**, asseverou a fixação do piso salarial com base no vencimento, e não na remuneração global, bem como a “*competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador*” (**ADI 4167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 27/04/2011, DJe 23-08-2011**).

Destarte, na esteira do quanto asseverado pelo Pretório Excelso no julgamento dessa ação direta, não há espaço para a legislação local estabelecer diversamente, visto que a Lei nº 11.738/2008 tem caráter nacional e é válida e eficaz para obrigar a todos os entes federados (União, Estados membros, Municípios e Distrito Federal), estando a produzir efeitos pecuniários, como posteriormente assentado pelo mesmo STF, em sede de modulação de efeitos, a partir de 27/4/2011.

Note-se que, como decorre do que estabelece o art. 102, § 2º, da Carta Republicana, as decisões de mérito do STF, em ações diretas de constitucionalidade, tem efeitos erga omnes e vinculante não apenas às demais instâncias do Poder Judiciário, como às administrações públicas federal, estaduais e municipais.

Cabe aos entes federados e, pois, ao Município cumprir a lei, nos seus exatos termos, o que afasta por inteiro a necessidade de qualquer lei local que estabeleça regulamentação para que se dê cumprimento ao referido regramento, que é autoaplicável.

No caso em tela, o cerne da questão está em saber se a autora, professora do Município de Pau Brasil/BA, aposentada em 26/9/2005, por tempo de serviço prestado, no período de 1/3/1973 a 30/3/2004, após a promulgação da EC 41/2003, que pôs fim à paridade, tem direito a complementação da sua aposentadoria pelo município acionado, para fins de equiparação ao piso nacional instituído pela Lei nº 11.738/08, enquadrando-se na hipótese do art. 2º, § 5º.

Como visto, o § 5º do artigo 2º da Lei nº 11.738/2008, estendeu o valor do piso nacional a todas as “*aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005*”.

Todavia, para fins de alcance da aludida legislação aos aposentados, deve ser observado o que foi decidido pelo **Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 590260/SP, com repercussão geral** reconhecida, no sentido de que os “*servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005*”.

A ementa do voto da lavra do ilustre Min. Ricardo Lewandowski, datado de 24/6/2009, é a seguinte:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE DE MAGISTÉRIO, INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR 977/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. DIREITO INTERTEMPORAL. PARIDADE REMUNERATÓRIA ENTRE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DA EC 41/2003 E SE APOSENTARAM APÓS A REFERIDA EMENDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 6º E 7º DA EC 41/2003, E ARTS. 2º E 3º DA EC 47/2005. REGRAS DE TRANSIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Estende-se aos servidores inativos a gratificação extensiva, em caráter genérico, a todos os servidores em atividade, independentemente da natureza da função exercida ou do local onde o serviço é prestado (art. 40, § 8º, da Constituição). II - Os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005. III - Recurso extraordinário parcialmente provido.*

Em outro julgado, o **Pleno do STF**, em voto da relatoria do Min. Dias Toffoli, datado de 21/8/2014 (**RE 596962/MT**), decidiu neste mesmo sentido:

*Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Administrativo e Constitucional. Mandado de segurança. Pretendida extensão a servidora inativa de gratificação atribuída a professores em efetivo exercício da docência na rede pública estadual de ensino. Possibilidade de extensão da verba aos servidores inativos, por ser ela dotada de caráter geral. Inteligência do art. 40, § 8º, da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal aplicáveis ao caso. Fixação das teses. Recurso não provido. 1. A Verba de Incentivo de Aprimoramento à Docência, instituída pela LC nº 159, de 18/3/04, do Estado de Mato Grosso, constitui vantagem remuneratória concedida indistintamente aos professores ativos, sendo, portanto, extensível aos professores inativos e pensionistas, nos termos do art. 40, § 8º, da CF. 2. A recorrida, na condição de professora aposentada antes da EC nº 41/2003, preencheu os requisitos constitucionais para que seja reconhecido o seu direito ao recebimento dessa verba. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 4. Fixação das teses do julgado, para que gerem efeitos erga omnes e para que os objetivos da tutela jurisdicional especial alcancem de forma eficiente os seus resultados jurídicos, nos seguintes termos: i) as vantagens remuneratórias legítimas e de caráter geral conferidas a determinada categoria, carreira ou, indistintamente, a servidores públicos, por serem vantagens genéricas, são extensíveis aos servidores inativos e pensionistas; ii) nesses casos, a extensão alcança os servidores que tenham ingressado no serviço público antes da publicação das Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003 e se aposentado ou adquirido o direito à aposentadoria antes da EC nº 41/2003; iii) com relação àqueles servidores que se aposentaram após a EC nº 41/2003, deverão ser observados os requisitos estabelecidos na regra de transição contida no seu art. 7º, em virtude da extinção da paridade integral entre ativos e inativos contida no art. 40, § 8º, da CF para os servidores que ingressaram no serviço público após a publicação da referida emenda; iv) por fim, com relação aos servidores que ingressaram no serviço público antes da EC nº 41/2003 e se aposentaram ou adquiriram o direito à aposentadoria após a sua edição, é necessário observar a incidência das regras de transição fixadas pela EC nº 47/2005,*

*a qual estabeleceu efeitos retroativos à data de vigência da EC nº 41/2003, conforme decidido nos autos do RE nº 590.260/SP, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24/6/09.*

Assim, relativamente aos servidores que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 41/03, mas que se aposentaram após a sua edição, é preciso observar a incidência das regras de transição estabelecidas pela EC 47/2005, como aludiu o Min. Ricardo Lewandowski no julgamento do **RE nº 590260/SP**, com a seguinte fundamentação:

*“Nesses casos, duas situações ensejam o direito à paridade e à integralidade de vencimentos: (i) servidores que ingressaram, de modo geral, antes da EC 41/2003, e (ii) servidores que ingressaram antes da EC 20/1998.*

*Na primeira hipótese, o art. 2º da EC 47/2005, ao estabelecer que se aplica “aos proventos de aposentadoria dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da EC nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda”, garantiu a integralidade e a paridade aos servidores que ingressaram no serviço público até a publicação da EC 41/2003, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, (ii) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher, (iii) vinte anos de efetivo exercício no serviço público, e (iv) dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.*

*Ressalte-se, ainda, que os limites de idade e de tempo de contribuição são reduzidos em cinco anos para os professores do ensino infantil, fundamental (como na espécie) e médio.*

*De outro lado, na segunda situação, o art. 3º, parágrafo único, da EC 47/2005 estendeu aos servidores públicos que ingressaram no serviço até a publicação da EC 20/1998 o direito à paridade e à integralidade, desde que preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições: (i) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher, (ii) vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria e, por fim, (iii) idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Republicana, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder os limites acima descritos.”*

Como se sabe, a **EC 41/2003** pôs fim à “paridade” – garantia constitucional que reajustava os proventos de aposentadoria e as pensões sempre que se reajustassem os vencimentos dos servidores da ativa. A regra estava prevista no **art. 40, § 8º, da CF**, incluído pela EC 20/98. O texto atual prevê apenas o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real.

Conforme consta nos autos, a parte autora ingressou no serviço público municipal como professora de ensino fundamental em 1/3/1973, trabalhou até 30/3/2004, e aposentou-se em 26/9/2005, por tempo de serviço em efetivo exercício na função de magistério, conforme sentença prolatada pela Justiça Federal, às fls. 42/45, nos autos nº 0002368-21.2013.4.01.3311.

Assim, não resta dúvida de que a recorrente tem direito à paridade pleiteada (art. 2º, § 5º, da Lei 11.738/2008), visto que ingressou no serviço público antes da publicação das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 e se aposentou após a EC 41/2003, visto que foram observados os requisitos estabelecidos nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005.

Ademais, na hipótese dos autos, tratando-se de professora do ensino fundamental, aplica-se o redutor do art. 40, § 5º, da Carta Política.

Deste modo, a ex-servidora faz *jus* à paridade no pagamento do piso salarial nacional, devendo tal complementação ser feita pelo acionado.

Ante o exposto, o **voto** é no sentido de **rejeitar as preliminares de defeito de representação postulatória e cerceamento de defesa, CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO**, para condenar o Município acionado ao pagamento da complementação da



aposentadoria da autora em valor equivalente a diferença recebida por ela pelo INSS a título de aposentadoria e o piso salarial nacional, bem como as diferenças não percebidas, retroativamente a 2/6/2014, corrigidas monetariamente, a partir do inadimplemento de cada parcela, e com juros de mora, a partir da citação, ambos com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, visto que a partir do advento da Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, **uniformizaram-se a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública**. Condena-se, também, o Ente Municipal em honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, I, do NCPC.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0317398-83.2011.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator (a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 26/1/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEITADA. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. IMPEDIMENTO DE ACESSO À PROMOÇÃO. AÇÃO PENAL EM CURSO. LEI 7.990/2001. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA. RESSARCIMENTO NO CASO DE ABSOLVIÇÃO. ENTENDIMENTO DO STF E STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.**

1. Rejeita-se a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir na modalidade da inadequação da via eleita, uma vez que a pretensão é inteiramente compatível com o instrumento processual escolhido e os documentos colacionados aos autos são suficientes para a verificação da ocorrência ou não da legalidade e à perfeita compreensão da controvérsia fático-jurídica, viabilizando o julgamento do feito.

2. Segundo entendimento pacífico do STF e STJ, inexistente violação ao princípio da presunção da inocência, o impedimento previsto na legislação ordinária para promoção do militar denunciado em processo crime, se previsto o ressarcimento em caso de absolvição. Art. 130, IV § 5º da Lei 7.990/2001 e art. 5º da CF. **RECURSO IMPROVIDO.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL nº 0317398-83.2011.8.05.0001**, em que figuram, como apelante, **ALEXANDRE SANTOS FERREIRA** e, como apelado, o **ESTADO DA BAHIA**.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, pelas razões que integram o relatório e voto do Relator:



## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível movida em face da sentença de fls. 44/47, proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, que, nos autos do Mandado de Segurança, denegou a ordem pretendida, por não vislumbrar qualquer situação de ilegalidade no ato administrativo que inviabilizou a promoção do apelante ao cargo de 1º Sargento da PM/BA, em virtude de ação penal contra ele intentada, em curso na 11ª Vara Crime.

Adoto como próprio o relatório da sentença recorrida, acrescentando que, irredutível, o autor apelou alegando que o *decisum*, em total afronta à Constituição Federal de 1988, ofendeu ao princípio da presunção de inocência. Pugna pelo provimento do apelo, reformando-se a sentença vergastada.

O Estado da Bahia, às fls. 57/64, apresenta contrarrazões defendendo, preliminarmente, a carência de ação por falta de interesse de agir na modalidade da inadequação da via eleita, sob o argumento de que a via mandamental só pode ser manejada por quem detenha o direito líquido e certo suficientemente comprovado no ato da propositura da ação. No mérito, aduziu a inexistência do direito alegado, diante do impedimento legal de promoção de policial militar com registro de ação penal, pugnando pelo improvimento do recurso, com a manutenção da sentença vergastada.

Parecer Ministerial de fls. 71/76, pelo improvimento do recurso.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado o preparo em razão da gratuidade da Justiça deferida pelo Juízo de 1º grau.

Examinados, encaminhem-se os autos à Eminente Desembargadora Revisora.

## VOTO

Prefacialmente, cumpre apreciar a preliminar suscitada pelo Estado da Bahia, posto que prejudicial ao exame do mérito.

Não merece acolhimento a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir na modalidade da inadequação da via eleita, uma vez que a pretensão é inteiramente compatível com o instrumento processual escolhido e os documentos colacionados aos autos são suficientes para a verificação da ocorrência ou não da legalidade e à perfeita compreensão da controvérsia fático-jurídica, viabilizando o julgamento do feito.

### **Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar ventilada.**

No que tange ao mérito, razão não assiste ao apelante. A sentença recorrida encontra-se acertada em todos os termos, merecendo ser mantida incólume por seus próprios fundamentos.

Compulsando atentamente os autos, verifica-se que o ato de inabilitação temporária do apelante à promoção guardou obediência aos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, não havendo qualquer ilicitude na exigência de conduta em conformidade com o ordenamento jurídico.

Resta evidente que para a promoção de policiais militares é necessário o cumprimento de alguns requisitos essenciais, estabelecidos pelo art. 130 da Lei nº 7.990/2011 – Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia – que assim dispõe:

“Art. 130 – O Oficial ou o Praça não poderá constar da Lista de Pré- qualificação, quando:

I – não satisfizer aos requisitos de:

(...)

II – for considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, a juízo da Subcomissão de Avaliação de Desempenho (SAD), por incapacidade de atendimento aos requisitos de:  
(...)

III – encontrar-se preso por motivação processual penal ou penal;

**IV – for denunciado ou pronunciado em processo crime enquanto a sentença final não transitar em julgado.** Grifos nossos.

Insta salientar que contra o apelante foi instaurada a Ação Penal nº 0041489-68.2001.8.05.0001, em trâmite na 11ª Vara Criminal da Capital, estando ele respondendo por roubo, de acordo com a Certidão de fl. 15. Enquadra-se, portanto, o apelante, no art. 130, IV, da Lei nº 7.990/2001.

Diversamente do quanto defendido pelo recorrente, não há qualquer incompatibilidade entre o art. 5º, LVII, da Constituição Federal e o art. 130, IV do Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia, já que, como bem salientou o *Parquet* à fl. 74, este dispositivo não estabelece uma presunção de culpabilidade, mas apenas impõe critérios para que militares com conduta em desacordo com os objetivos da Corporação não venham a ser premiados com a promoção. Assim, não constitui ofensa ao princípio da presunção de inocência o impedimento de promoção de policial militar que esteja respondendo judicialmente por eventual prática de crime.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. NÃO INCLUSÃO NO QUADRO DE ACESSO A PROMOÇÕES. DENUNCIADO EM PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que, estando os respectivos militares respondendo a processo penal, ainda que não tenha havido a condenação, restam impossibilitados de participar da lista de acesso a promoções, fato que não viola a garantia constitucional da presunção de inocência. Recurso desprovido.” (STJ, RMS 23.811/PA, Rel.Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Dje 02/06/2008).

Ademais, a Lei nº 7.990/2001 prevê a promoção efetuada pelo critério de ressarcimento de preterição, resguardando, em seu art. 126 §5º, o direito do militar vir a ser automaticamente promovido e ressarcido, caso venha a ser absolvido:

“Art. 126 – As promoções serão efetuadas pelo critério de:  
(...)

V – ressarcimento de preterição  
(...)

§5º – Em casos extraordinários, poderá haver promoção em ressarcimento de preterição, outorgada após ser reconhecido, administrativa ou judicialmente, o direito ao policial militar preterido à promoção que lhe caberia, observado o seguinte:  
(...)

**3. for absolvido ou impronunciado no processo a que estiver respondendo, quando a sentença transitar em julgado.** Grifos nossos.

Desta forma, não há que se falar em impossibilidade definitiva à promoção, mas uma postergação temporária enquanto perdurar a incerteza da situação jurídica do militar no processo crime a que estiver respondendo, garantindo-lhe o direito de vir a ser automaticamente promovido e ressarcido, caso venha a ser absolvido.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal ressalta que, havendo absolvição, após o trânsito em julgado, é garantido ao apelante o devido ressarcimento.

“Agravamento Regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo. Militar. Não inclusão no quadro de acesso à promoção quando denunciado em processo criminal. Previsão de ressarcimento da preterição. Violação do princípio da presunção de inocência não configurada. Agravamento regimental a que se nega provimento. 1. Não há direito líquido e certo a ser amparado em mandado de segurança quando a pretensão veiculada está condicionada ao êxito no mandado de segurança anterior. 2. Não viola o princípio da presunção de inocência a previsão normativa que não permite a inclusão de oficial militar no quadro de acesso à promoção quando denunciado em processo criminal, desde que haja previsão de ressarcimento da preterição. 3. Agravamento regimental não provido”. (STF, AgR no RMS 31750, Rel.: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 02/06/2014).

Assim, correta a sentença do Juízo *a quo* que denegou a segurança, em conformidade com o firme entendimento das Cortes Superiores.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Mandado de Segurança nº 0006135-28.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 25/5/2016**

**MANDADO DE SEGURANÇA. CERTAME PROMOCIONAL NA CARREIRA DE INVESTIGADOR DE POLÍCIA. CLASSE I PARA CLASSE ESPECIAL. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO ANUAL. PRÉ-REQUISITO PARA ELEVAÇÃO EXTRAORDINÁRIA POR MERECIMENTO. PREVISÃO NO ART. 8º DA LEI 12.601/12. REQUISITO REGULAMENTADO PELO ART. 2º DO DECRETO N.º 14.474/13. DURAÇÃO DE TRÊS MESES A SER REALIZADA PELO CHEFE IMEDIATO DO SERVIDOR. ART. 9º DO DECRETO N.º 14.474/2013. VERIFICAÇÃO OCORRIDA NO MESMO PERÍODO DA LICENÇA-PRÊMIO DO POLICIAL. DIREITO DE SE AFASTAR POR TRÊS MESES, EM VISTA DA CONDUTA ILIBADA E DO EFETIVO EXERCÍCIO NA PROFISSÃO NA CONDUÇÃO DE SUAS ATIVIDADES. IMPETRANTE NÃO PODE SER PREJUDICADO POR ESTAR AFASTADO NO PERÍODO EM QUE FOI PREMIADO COMO BOM POLICIAL. ATO DE EXCLUSÃO INDEVIDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 118, XI, “d”, DA LEI 6677/94. PROMOÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO PARA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO PROMOCIONAL, QUE NÃO IMPLICA A INSERÇÃO AUTOMÁTICA DO NOME DO CANDIDATO NA LISTA. DIREITO, APENAS, DE SER SUBMETIDO A UM NOVO EXAME. CONCEDE-SE PARCIALMENTE A SEGURANÇA PLEITEADA.**

1.O Poder Público deve obedecer aos princípios que norteiam a Administração pública, em especial, ao da Legalidade, que é, inconteste, o norte que deve conduzir os atos dos agentes da Administração. Este princípio determina que o Administrador deve agir em total consonância com a lei, só sendo legítimo aquele ato que estiver de acordo com o estabelecido na norma; caso

seja verificada qualquer discordância com a norma legal, o ato Administrativo será viciado e, portanto, passível de anulação pela própria Administração no exercício da autotutela ou pelo Poder Judiciário.

2. Afigura-se defeso ao Judiciário analisar o mérito do ato administrativo no âmbito de sua conveniência e oportunidade, podendo, apenas e excepcionalmente, examiná-lo no que tange à sua legalidade.

3. Infere-se, a partir da situação descrita na inicial, que a ausência do nome do Impetrante da lista de promoção de Investigadores de Polícia da Classe I para a Classe Especial violou o princípio da legalidade, no momento em que a avaliação de desempenho, que deveria ter sido feita pela sua chefia imediata, pelo período de 3 (três) meses, não ocorreu em vista do gozo da licença prêmio do servidor. Art. 8º e 9º, do Decreto n.º 14.474/2013.

4. A inclusão do nome do policial civil na lista do Quadro de Acesso para possíveis promoções só ocorrerá se o servidor preencher os requisitos estipulados na legislação especial, nos termos do art. 10, da Lei 12.601/12, regulamentado pelo art. 2º, I e II do Decreto n.º 14.474/13, que especifica como pressupostos para a ascensão na carreira de Investigador, a ***“prática de 6 (seis) anos ininterruptos de efetivo exercício da carreira e avaliação de desempenho anual”***.

5. O referido decreto, em seu art.4º, parágrafo único, explicita que ***“para efeito do disposto neste artigo, considera-se de efetivo exercício na carreira a execução de atividades em órgãos da estrutura da Secretaria da Segurança Pública do Estado da Bahia ou em disponibilidade para cumprimento de mandato eletivo em entidade de classe”***.

6. O art.10 da Lei nº 13.471/2015 alterou os dispositivos da Lei n.º 6.677/94 relativos à licença-prêmio ao determinar que ***“(…) fica assegurado o direito a licença-prêmio por assiduidade, consistente na autorização para o afastamento total do serviço, concedida a título de reconhecimento da Administração pela constância de frequência ao expediente ou às atividades da missão militar, relativa a cada quinquênio de tempo de efetivo serviço prestado, sem qualquer restrição para a sua carreira ou redução em sua remuneração”***.

7. *In specie*, constata-se que a inabilitação provisória à referida promoção se deve ao fato de que a avaliação de desempenho ocorreu no mesmo período em que o policial estava em gozo da licença-prêmio por assiduidade, que se traduz em conduta ilibada e efetivo exercício na carreira na condução de suas atividades. Deste modo, o ato de exclusão perpetrado pela Administração configura a violação ao princípio da legalidade, visto que o impetrante não pode ser prejudicado por estar afastado na época em que foi premiado como bom policial. Art. 118, XI, “d”, da Lei 6677/94.

8. A anulação do ato que invalidou a avaliação não confere ao Impetrante, automaticamente, a inclusão do seu nome na lista de promoção, mas, apenas, o direito de ser aferida dessa vez, respeitando-se os requisitos insertos no Decreto Estadual n.º 14.474/2013, de modo que a segurança pleiteada deve ser parcialmente concedida, apenas para possibilitar que o Impetrante seja devidamente avaliado.

9. O presente remédio constitucional não é meio processual adequado para o recebimento de valores pretéritos, já que não se confunde nem é substituí-

to da Ação de Cobrança, por obediência às Súmulas 269 e 271 do Excelso Supremo Tribunal Federal, devendo ser garantido o pagamento dos valores advindos da promoção, acaso deferida, a partir do ajuizamento da presente ação. Precedentes do STJ.

10. **Concede-se, parcialmente, a segurança pleiteada**, para determinar à autoridade coatora que convoque o Impetrante para nova avaliação de desempenho funcional.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **por maioria** de votos, em **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA** vindicada, para reconhecer o direito líquido e certo do Impetrante à nova avaliação de desempenho funcional com vistas a promoção à Classe Especial, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra**.

### RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **JOSÉ HAMILTON CARVALHO FERREIRA**, contra ato tido como ilegal, atribuído ao Sr. **SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA**, aduzindo, em síntese, que o certame extraordinário para promoção funcional à Classe Especial do cargo de provimento permanente da carreira de Investigador de Polícia Civil do Estado da Bahia, do qual foi excluído o impetrante, está eivado de ilegalidades, tendo em vista que a sua inaptidão na avaliação de desempenho anual ocorreu por estar em gozo de licença-prêmio, donde emerge a necessidade de sua imediata reavaliação e, por via de consequência, a sua promoção.

Adiante, pontua que a promoção à Classe Especial do cargo de Investigador de Polícia Civil foi regulamentada pelo Decreto nº 14.474/2013, que previu, em seu artigo 26, a elaboração de lista de promoção.

Aduz o Impetrante que preenche todos os requisitos legais indispensáveis à promoção prevista no Decreto em epígrafe, pois conta com 30 (trinta) anos na carreira de Investigador de Polícia Civil, possuindo *“conduta ilibada e assiduidade na condução de suas atividades, o que lhe rendeu, inclusive, uma licença prêmio, gozada no período de avaliação para efeito da referida promoção”*. (fl.04)

Assevera, ainda, que *“um servidor que possui o direito adquirido de tal promoção, por atender os requisitos estabelecidos no Decreto de Lei 14.474/2013, não pode ser punido por estar gozando de licença no período de avaliação e, consequentemente, ter sido esquecido pelos servidores responsáveis pelo processamento dos atos relativos à promoção”*. (fl.05)

Com base nesses argumentos, pede liminar no sentido de determinar que a *“autoridade coatora inclua o Impetrante no quadro de promoções a que se refere o Decreto de Lei 14.474/2013, para avaliação e promoção”*. No mérito, pleiteia que seja concedida a segurança vindicada.

Submetidos os autos à deliberação da Primeira Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, foi concedida ao impetrante a assistência judiciária gratuita vindicada na exordial (fls. 49/50).

Regularmente distribuídos os autos, postergou-se a análise da liminar pleiteada para momento posterior à formação do contraditório, por se tratar de medida que se confunde com o próprio mérito da impetração, *ex vi* da decisão de fls. 53/53-v.



O Estado da Bahia interveio no feito, às fls. 58/81, suscitando, que o *“Impetrante não pode ser submetido à avaliação de desempenho funcional, eis que, conforme reconhece na própria exordial, no período discriminado no art. 9º do Decreto n.º 14.474/13, encontrava-se afastado das suas atividades por licença-prêmio, não estando, dessa forma, no efetivo desempenho das suas funções, o que, portanto, impediu a sua avaliação funcional por superior hierárquico”*. (fl.62)

No mérito, assevera que *“somente é possível avaliar a pontualidade/assiduidade, a disciplina, a competência técnica, a produtividade, o relacionamento interpessoal, a conduta ético-funcional, a capacidade de iniciativa e a responsabilidade do servidor que, de fato, esteja desempenhando as atribuições inerentes ao cargo que ocupa. Eventual afastamento do desempenho das atividades funcionais inviabiliza tal avaliação por razões óbvias”*. (fl.63)

Salienta que, *“não há controvérsia quanto ao fato de que o Impetrante esteve afastado de suas atividades durante o processo de promoção, daí porque não se viabilizou a sua participação no processo de promoção, não havendo qualquer censura à atuação da Administração”*. (fl.64)

Defende, por fim, a ausência de requisito essencial ao deferimento da liminar e, por conta disso, requer o indeferimento do pedido. No mérito, pugna pela denegação da segurança postulada, pois *“inexistente qualquer ato ilegal e/ou abusivo de direito praticado pela Administração, devendo o Impetrante ser condenado inclusive ao pagamento das custas processuais”*. (fl.65)

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou, às fls.89/90, no sentido de denegar a segurança vindicada.

Prestadas informações, às fls.92/104, pela Autoridade Coatora, que reiterou a defesa apresentada pela Procuradoria do Estado.

Devidamente intimado para manifestar-se sobre os documentos encartados aos autos pelo Estado da Bahia, o Impetrante deixou transcorrer *in albis*, conforme certificado à fl. 108 dos autos.

A douta Procuradora de Justiça, Cleonice de Souza Lima, no parecer de fl. 112, reitera, *in totum*, o quanto expendido às fls. 84/90, no sentido de que seja denegada a segurança vindicada.

Conclusos os autos a esta Relatoria, estando em ordem para julgamento, determinei, na forma regimental, sua inclusão em pauta, em face de ser, no caso, desnecessária a atuação de Revisor.

No que relevante se apresenta, **é o bastante a relatar.**

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal e inexistindo questões preliminares, passo ao exame do cerne recursal.

No mérito, a questão controvertida consiste em decidir se o policial civil poderia ser submetido a avaliação de desempenho anual, com vistas a ser promovido por merecimento, estando em gozo de licença-prêmio.

Pois bem.

Sabe-se que o Poder Público deve obedecer aos princípios que norteiam a Administração pública, em especial, ao da Legalidade, que é, incontestemente, o norte que deve conduzir os atos dos agentes da Administração. Este princípio determina que o Administrador deve agir em total consonância com a lei, só sendo legítimo aquele ato que estiver de acordo com o estabelecido na norma; caso seja verificada qualquer discordância com a norma legal, o ato Administrativo será viciado e, portando, passível de anulação pela própria Administração no exercício da autotutela ou pelo Poder Judiciário.

Neste contexto, acrescente-se, entretanto, que, afigura-se defeso ao Judiciário analisar o mérito do ato administrativo no âmbito de sua conveniência e oportunidade, podendo, apenas e excepcionalmente, examiná-lo no que tange a sua legalidade.

A respeito do controle judicial dos atos administrativos, o ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, preceitua:

**“Todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário do princípio da legalidade. (...) O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine o própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. (...) Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador (...)”** (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, ano 2010, páginas 56/57).

No caso dos autos, insurge-se o Impetrante contra decisão proferida pela sua chefia imediata, que não concedeu a promoção ao cargo de Investigador, Classe Especial, por estar em gozo de licença-prêmio violando, dessa forma, o princípio da legalidade. Veja-se.

Infere-se, a partir da situação descrita na inicial, que a ausência do nome do Impetrante da lista de promoção de Investigadores de Polícia da Classe I para a Classe Especial violou a legalidade estrita, no momento em que a avaliação de desempenho, que deveria ter sido feita pela sua chefia imediata, nos termos do art. 8º, do Decreto n.º 14.474/2013, não ocorreu sob o argumento de que o servidor estava em gozo da licença-prêmio, *in verbis*:

## **CAPÍTULO II**

### **DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO ANUAL**

**Art. 8º - A avaliação de desempenho anual será realizada pelo chefe imediato do servidor,** mediante o preenchimento do formulário constante no Anexo I deste Decreto, ao fim dos períodos estabelecidos nos artigos 9º e 10º deste Decreto, devendo submeter ao Delegado Geral Adjunto, para validação.

Há que se ressaltar, por oportuno, que a promoção ao cargo pretendido demanda o preenchimento de certos requisitos, dentre os quais o período da avaliação de desempenho anual, o que ocorreu no presente caso, nos termos do art. 9º do referido Decreto.

**Art. 9º - O período da avaliação de desempenho dos servidores das carreiras de Investigador de Polícia Civil, Escrivão de Polícia Civil e Perito Técnico de Polícia Civil, posicionados na Classe I, terá duração de 03 (três) meses, com início em 13 de maio de 2013.**

Por sua vez, alega o Impetrado que a inclusão do nome do policial civil na lista do Quadro de Acesso para possíveis promoções só ocorreria se o servidor preenchesse os requisitos estipulados na legislação especial, nos termos do art. 10 da Lei 12.601/12, regulamentado pelo art. 2º, I e II, do Decreto n.º 14.473/13, que especifica:

**Lei 12.601/2012:**

**Art. 10** – Os servidores ocupantes dos cargos de Investigador de Polícia Civil, Escrivão de Polícia Civil e Perito Técnico de Polícia Civil, **posicionados na Classe I**, que cumprirem o previsto no inciso I do art. 66 da Lei n.º 11.370, de 04 de fevereiro de 2009, **e tiverem, no mínimo, 06 (seis) ininterruptos de efetivo exercício na carreira**, serão promovidos para a classe imediatamente em 1º de abril de 2013.

**Decreto n.º 14.474/13:**

**Art. 2º** - Excepcionalmente, para efeito das promoções estabelecidas no art. 1º deste Decreto, serão considerados os seguintes requisitos:

**I - Avaliação de Desempenho Anual;**

**II - 06 (seis) anos ininterruptos de efetivo exercício na carreira.**

Prosseguindo na análise da impetração, verifica-se que o mencionado decreto, em seu art.4º, parágrafo único, explicita que “*para efeito do disposto neste artigo, considera-se de efetivo exercício na carreira a execução de atividades em órgãos da estrutura da Secretaria da Segurança Pública do Estado da Bahia ou em disponibilidade para cumprimento de mandato eletivo em entidade de classe*”.

Pois bem.

Da atenta leitura dos argumentos deduzidos na irresignação recursal, vislumbro, a ilegalidade perpetrada pela autoridade coatora, uma vez que a licença-prêmio, responsável pela sua inabilitação a referida promoção, é um direito concedido ao servidor, que cumpriu com suas obrigações funcionais, dentre eles, o efetivo exercício no cargo.

*In specie*, cumpre esclarecer que a licença-prêmio (licença por assiduidade) se encontra regulamentada no art. 107 e ss. da Lei Estadual nº 6.677/94 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado da Bahia), muito embora a aludida lei estadual não contenha expressa previsão para o pagamento de indenização por licença-prêmio não usufruída.

**SEÇÃO VI**

**Da Licença Prêmio por Assiduidade**

**Art. 107** - O servidor terá direito à licença-prêmio de 3 (três) meses em cada período de 5 (cinco) anos de exercício efetivo e ininterrupto, sem prejuízo da remuneração. (...)

**Art. 109** - O direito de requerer licença-prêmio não prescreve, nem está sujeito a caducidade.

**Art. 110** - O servidor que estiver em regime de acumulação, nas hipóteses previstas na Constituição, terá direito a licença-prêmio correspondente a ambos os cargos, contando-se, porém, separadamente, o tempo de serviço em relação a cada um deles.

Isto posto, constata-se que a licença-prêmio é um direito do servidor, assegurado pela Administração, concedida a título de reconhecimento, nos termos estipulados pela Lei nº 13.471 de 30 de Dezembro de 2015, que alterou os dispositivos da Lei n.º 6.677, de 26 de setembro de 1994, *in verbis*:

**Art. 10** - Ao militar estadual que tenha ingressado na Corporação até a data da publicação desta Lei fica assegurado o direito a licença prêmio por assiduidade, consistente na autorização para o afastamento total do serviço, **concedida a título de reconhecimento da Administração pela constância de frequência ao expediente ou às atividades da missão militar**, relativa a cada quinquênio de tempo de efetivo serviço prestado, **sem qualquer restrição para a sua carreira ou redução em sua remuneração.**

**§ 1º - A licença prêmio por assiduidade tem a duração de 03(três) meses** e, ressalvada a hipótese do § 8º deste artigo, deve ser fruída, obrigatoriamente, dentro dos 05 (cinco) anos subsequentes àquele em que foi completado o período aquisitivo de referência.

**§ 2º - A licença prêmio por assiduidade será concedida no prazo previsto no § 1º deste artigo, observada a necessidade do serviço. (grifo nosso)**

Ademais, nos termos esposados pelo § 7º, do art. 10º da Lei nº 13.471/15, o “**período de licença-prêmio por assiduidade não interrompe a contagem de tempo de efetivo serviço**”.

Dito isso, observa-se que a autoridade impetrada alega que a inabilitação no certame promocional ocorreu, porque o gozo da licença-prêmio, no período da avaliação, demonstrou que ele não estava “**em efetivo exercício**”, a contrário sensu do que o art. 3º da Lei nº 13.471/15 afirma, in verbis:

*Ao servidor que tenha sido investido em cargo público efetivo estadual até a data da publicação desta Lei fica assegurado o direito a licença prêmio de 03 (três) meses em cada período de 05 (cinco) anos de exercício efetivo e ininterrupto, sem prejuízo da remuneração”. (grifo nosso)*

Com efeito, do minucioso cotejo dos autos, observa-se que o Decreto 14.474/13, no art. 2º, inciso II, estipulava como requisito à promoção por merecimento ter o servidor, pelo menos, 6 anos de efetivo exercício na carreira, que significa dizer que o policial deverá ter, no mínimo, esse lapso temporal na corporação, o que efetivamente ocorreu, pois o Impetrante ingressou nos quadros da Polícia Civil em 1980 e, por via de consequência, possui, hoje, 36 (trinta e seis) anos de efetivo exercício.

Frise-se, ainda, que o período de três meses dado à chefia imediata, com vistas a viabilizar a apreciação do desempenho anual, se refere, como o próprio nome diz, a avaliação que tem como base o ano civil, de dizer, 12 (doze) meses, com vistas a se averiguar a vida funcional de todos os policiais aptos à promoção. Desta forma, os 3 meses, em verdade, referem-se ao tempo que o Chefe imediato tem para proceder a análise da vida pregressa dos funcionários, que são subordinados a ele.

Nesse sentir, constata-se que o “**desempenho anual**”, não está adstrito apenas aos três meses, ao contrário, este período é juntamente o tempo necessário que o superior hierárquico tem para aplicar o exame funcional, nos exatos termos do art. 9º do Decreto 14.474/13, *ipsis litteris*:

*O período da avaliação de desempenho dos servidores das carreiras de Investigador de Polícia Civil, Escrivão de Polícia Civil e Perito Técnico de Polícia Civil, posicionados na Classe I, **terá duração de 03 (três) meses, com início em 13 de maio de 2013.** (grifo nosso)*

Sob outro aspecto, constata-se que haveria impedimento na licença-prêmio e, por conseguinte, ao direito à promoção requerida, caso ele se enquadrasse em uma das seguintes opções, nos termos da Lei n.º 13.471/2015, que repetiu os dispositivos da Lei n.º 6.677/1994, in verbis:

**Art. 4º - Não se concederá licença prêmio a servidor que, no período aquisitivo:**

**I - sofrer penalidade disciplinar de suspensão;**

**II - afastar-se do cargo em virtude de:**

- a) licença para tratamento de saúde em pessoa da família;
- b) licença para tratar de interesse particular;
- c) condenação a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- d) afastamento para acompanhar cônjuge ou companheiro;

**III - faltar injustificadamente, ao serviço, por mais de 15 (quinze) dias por ano ou 45 (quarenta e cinco) dias por quinquênio.**

Nestes termos, configura-se a violação do direito líquido e certo do Impetrante no momento em que a Administração não procede com a avaliação de desempenho do funcionário, que determinou a sua inabilitação a promoção requerida.

Deste modo, verificando-se a inexistência de impedimento que obste o servidor de ser promovido, afigura-se a necessidade de que a autoridade coatora proceda a referida avaliação de desempenho anual.

Ao reverso do defendido pela Administração Pública, o judiciário não ingressou no âmbito do mérito administrativo, substituindo a Comissão de Promoção, mas, observando irregularidades no processo de avaliação do funcionário, que contrariava a norma que dispunha sobre a matéria, determinou a realização da exame funcional, pela própria Administração, respeitando os exatos termos do Decreto Estadual nº 14.474/2013.

Por fim, a anulação da avaliação não confere ao Impetrante, automaticamente, a inclusão do seu nome na lista de promoção, mas, apenas, o direito de ser aferido, respeitando-se os requisitos insertos no Decreto Estadual nº 14.473/2014, de modo que a segurança pleiteada deve ser parcialmente concedida, apenas para possibilitar que o autor seja novamente avaliado.

De outro turno, ressalte-se que o presente remédio constitucional não é meio processual adequado para o recebimento de valores pretéritos, já que não se confunde, nem é substituto da Ação de Cobrança, por obediência à Súmula n. 269 do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

**“Súmula 269.** O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”

Nessa senda, frise-se que o Impetrante deveria ter buscado o ressarcimento do valor pretérito reclamado pela via processual própria, já que encontra óbice, ainda, no quanto disposto na Súmula 271 do Pretório Excelso, que dispõe:

**“Súmula 271.** Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRODUÇÃO DE EFEITOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO A PERÍODO QUE ANTECEDE O AJUIZAMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 271 DO STF. 1. No presente mandado de segurança, ajuizado em janeiro de 2010, a impetrante relata que é portadora de moléstia grave e que já teve reconhecida, na instância administrativa, a isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria a partir de fevereiro de 2009 (mês da emissão do laudo pericial pelo serviço médico do órgão público pelo qual se dera a sua aposentação no ano de 1987), porém pleiteia a isenção do imposto de renda com efeitos retroativos a junho de 2007. Diante das circunstâncias dos autos, deve ser mantida a denegação do mandado de segurança, ainda que por outro fundamento, qual seja o óbice enunciado na Súmula 271 do STF, do seguinte teor: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.” 2. Recurso ordinário não provido. (RMS 35.291/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/06/2012).



Dessa forma, deve ser garantido apenas o pagamento dos salários advindos da promoção, acaso deferida, a partir do ajuizamento da presente ação.

Confluyente às razões expostas, voto no sentido de **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA VINDICADA**, para determinar que o Estado da Bahia possibilite ao Impetrante o direito de realizar a avaliação funcional, com vistas a promoção à Classe Especial, respeitando os exatos termos do Decreto Estadual nº 14.473/2014.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, de acordo com o art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0006118-55.2015.8.05.0000, Câmara Cível do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Raimundo Sérgio Sales Cafezeiro, julgado em 19/7/2016**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O servidor público estável somente pode perder o cargo mediante processo administrativo que lhe garanta a ampla defesa ou sentença judicial transitada em julgado.

2. É ilegal o ato que exonera servidor sem oportunizar-lhe o direito ao contraditório e ao devido processo legal, por violar princípios constitucionais aplicáveis à administração pública.

3. Não é satisfativa a liminar que determina a reintegração do funcionário ao quadro de pessoal, por tratar-se de medida perfeitamente reversível, caso a ação seja inexitosa ao final.

4. Agravo ao qual nega-se provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO**, e o fazem de acordo com o voto do Relator.

### RELATÓRIO

Vistos.

Tratam os autos de Recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Taboas do Brejo Velho, contra decisão proferida nos autos do processo 0000408-63.2013.8.05.0246, em trâmite perante Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Serra Dourada, que deferiu liminar para determinar a reintegração da servidora Vânia Porto Oliveira ao quadro de servidores da administração municipal.

De acordo com as razões do Agravante, não foi observado pelo Juízo a quo o fato de tratar-se de exoneração ocorrida desde o ano de 2013, não mais impugnável através de Mandado de Segurança, assim como as vedações legais à concessão de liminar contra atos do Poder Público que esgotem no todo ou em parte o objeto da ação.

Pugna, assim, pelo acolhimento de suas razões, para que seja revogada a liminar ora combatida.

De acordo com as informações produzidas nos autos, a Agravada foi exonerada de forma verbal pelo Prefeito, sem que lhe fosse oportunizado o direito a processo administrativo e a possibilidade de apresentação de defesa. Inconformada, ajuizou ação ordinária requerendo a antecipação da tutela, para que fosse reintegrada ao serviço público municipal.

Analisando a questão, o Juízo *a quo* acolheu o pleito, vindo a proferir medida liminar com ordem impositiva ao ente municipal, para que, no prazo de 72 horas, reintegrasse a servidora, ora recorrida.

O Agravo foi interposto tempestivamente.

Não houve concessão de efeito suspensivo.

A Agravada apresentou resposta, pugnando pela manutenção da liminar. Reafirma ter sido vítima de ato ilegal praticado pelo Município, que não lhe concedeu o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O Juízo Singular não prestou informações.

É o relatório.

### VOTO

A decisão atacada através do presente Agravo teve por origem ação ordinária ajuizada em razão de ato administrativo praticado pelo Prefeito de Tabocas do Brejo Velho, que de forma verbal teria determinado a exoneração da Agravada, sem o devido processo legal.

Baseou-se o Juízo Singular na tese de ilegalidade do ato praticado, que malferiu princípios constitucionais aplicáveis à administração pública.

A Constituição Federal, em seu art. 37, define que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (**grifei**)

Nas palavras de Alexandre de Moraes<sup>1</sup>,

*o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.*

No caso concreto relatou a Agravada ter sido vítima de exoneração feita de forma verbal, sem o devido processo legal, o que caracteriza expressa violação a vários princípios consagrados na Carta Magna.

A Constituição define todas as regras para acesso ao serviço público e para perda do cargo, em seu art. 41, a seguir transcrito:

*Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.*

**§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:**

**I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;**

**II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;**

1 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 304.

**III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (grifei)**

No caso concreto, a autora demonstrou ser servidora pública estável, que ingressou no quadro de pessoal do Município no ano de 2003, após concurso público, contando, portanto, com aproximadamente dez anos de serviço.

O Agravante sustenta apenas questões legais, a exemplo da inviabilidade de concessão de liminar contra o Poder Público, mas não traz outros elementos capazes de demonstrar que houve obediência ao devido processo legal.

De acordo com o escólio de Alexandre de Moraes<sup>2</sup>,

*o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quando no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa. (omissis)*

*O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.*

Ao agir sem a observância aos princípios do devido processo, contraditório e ampla defesa, o Município colocou em risco a Agravada, por tê-la privado de sua fonte de sustento, ao exonerá-la de maneira sumária do cargo de professora.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça vem manifestando-se no sentido de que a concessão de liminar para reintegração provisória de servidor público ao cargo não é medida satisfativa, por ser plenamente reversível. Sobre o tema, vide jurisprudência:

**AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REINTEGRAÇÃO PROVISÓRIA NO CARGO. LIMINAR SEM EFEITO SATISFATIVO. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

- 1. Tendo-se presente o basilar princípio da proporcionalidade, considerado a pedra-de-toque da jurisdição equitativa, é imposição essencial que a penalidade aplicada ao servidor faltoso seja apta a reprimir-lhe a conduta, mas sem ultrapassar a medida do estritamente necessário; caso haja desproporção entre a sanção adotada e a conduta do servidor, aquela deve ser revista, para a adequação entre os dois pólos da sancionabilidade.*
- 2. No caso em tela, a reintegração, in limine, no cargo público não importa na satisfação total do objeto da demanda, já que resguarda a possibilidade de o servidor vir a ser definitivamente afastado, caso sucumba na demanda, ao final.*
- 3. A concessão da liminar se justifica frente ao inegável periculum in mora sofrido pelo agravado; não se há de falar, absolutamente, em periculum in mora inverso, sofrido pela Administração, porquanto, à primeira vista, não se pode assegurar que o servidor apenas tenha efetivamente cometido o ilícito que se lhe imputou, devendo essa conclusão ser obtida por meio de maior análise dos docu-*

2 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95.

*mentos acostados à inicial do mandamus, tarefa postergada para o julgamento do mérito.*

*4. Agravo Regimental conhecido e improvido, mas sem qualquer antecipação ou juízo quanto ao mérito da presente impetração.*

*(AgRg no MS 12.957/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2007, DJ 27/09/2007, p. 221)*

A Agravada demonstrou que estavam conjugados em seu pedido os elementos autorizados da concessão da liminar, não apenas por estar pleiteando direito legítimo, por ter a perda do cargo ocorrido em ofensa a princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, como também pela privação da percepção de verbas de natureza alimentar, fruto do trabalho por ela exercido, abruptamente interrompido ao arbítrio do gestor municipal.

Concluo, assim, que agiu de forma acertada o Juízo *a quo*, ao determinar a imediata reintegração da Agravada ao quadro de pessoal do Município, por ser perfeitamente viável a concessão de liminar no presente caso.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos transparece, voto no sentido de **conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento**.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Mandado de Segurança nº 0024771-08.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Carmem Lúcia dos Santos Pinheiro, julgado em 16/6/2016**

**MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA ULTRAPASSADA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. ABANDONO DE FUNÇÃO. CONFIGURAÇÃO DOS ELEMENTOS: OBJETIVO (ABANDONO POR PERÍODO SUPERIOR A 30 DIAS) E SUBJETIVO (ANIMUS ABANDONANDI). PRELIMINAR REJEITADA. SEGURANÇA DENEGADA.**

1. No que concerne à preambular de decadência, suscitada pelo Estado da Bahia, não deve prosperar. Termo inicial da contagem do prazo decadencial de 120 dias que começou a correr a partir do primeiro dia útil subsequente à publicação do decreto de demissão no Diário Oficial. Art. 224, CPC.

2. Alegação da impetrante de extrapolação dos limites legais de atuação do Exmo. Procurador Geral do Estado que não merece prosperar. O oferecimento de pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado a respeito do mérito do processo administrativo disciplinar encontra respaldo na Lei Complementar Estadual nº 34/2009.

3. Arguição de ausência de motivação do ato pela autoridade coatora. Não ocorrência. Ato decisório do Governador do Estado que lastreou-se em parecer anterior, exarado pelo Procurador Assistente e aprovado integralmente pelo Procurador Geral do Estado (fls. 138/139. Art. 120, p. Único, da Lei Estadual 12.209/2011, que prevê que a motivação pode consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres que, nesta hipótese, consistirão em parte integrante do ato decisório.

4. Inafastabilidade da jurisdição. Controle de legalidade acerca da atuação administrava, especialmente no que toca a configuração dos elementos necessários à aplicação da pena de demissão.

5. Impetrante que não logrou êxito em comprovar qualquer circunstância apta a afastar a situação de abandono do cargo.

6. Legitimidade da penalidade aplicada, mormente pois precedida do devido procedimento administrativo, no qual foi assegurado à servidora o contraditório e ampla defesa, e devidamente analisados os elementos necessários para a configuração da sanção disciplinar.

7. **PRELIMINAR REJEITADA. SEGURANÇA DENEGADA.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº **0024771-08.2015.8.05.0000**, tendo como impetrante Elza Soares de Souza e como impetrado o Governador do Estado da Bahia.

Acordam os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em **REJEITAR A PRELIMINAR E, no mérito, DENEGAR A SEGURANÇA**, nos termos do voto condutor.

### RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Elza Soares de Souza contra ato reputado ilegal que atribui ao Governador do Estado da Bahia, consistente na sua demissão do cargo de Professora, com fundamento no art. 192, II c/c art. 198, ambos da Lei 6.677/1994, referentes a situação de abandono de cargo.

Alegou a impetrante que ingressou no quadro do Magistério Público do Estado da Bahia em 18 de março de 1991, por meio de concurso público, vindo a ser lotada em diversas unidades de ensino ao longo deste período, sendo por fim no Município de Encruzilhada.

Salientou que fora regularmente licenciada para concorrer ao cargo de vice-prefeita nas eleições municipais de 2008, no Município de Macarani, para o qual veio a ser eleita, tomando posse em 1º de janeiro de 2009, ressaltando a sua reeleição para o mesmo cargo nas eleições seguintes, no ano de 2012.

Asseverou que “aguardou a sua lotação para o exercício de suas funções no Estado desde a nova posse, sem que jamais houvesse sido regularmente lotada em quaisquer unidades de ensino do Estado” (fl. 03), destacando que “jamais abandonara ou tivera intenção de abandonar seu cargo, mesmo porque são nada menos do que 24 anos de serviços prestados, estando próximo a atingir o tempo suficiente para sua aposentadoria” (fl. 03).

Sublinhou que no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apuração das supostas irregularidades, e após regular instrução, “proferiu a Comissão Processante seu relatório e parecer final, reconhecendo que não houvera a necessária intenção de abandono do cargo pela acusada” (fl. 03), opinando pela não aplicação da pena de demissão.

Contudo, acrescentou que o Dr. Procurador Assistente, em seu parecer, pugnou pela aplicação da pena de demissão da servidora e, ato contínuo, o opinativo foi aprovado pela Procurador Geral do Estado, em seguida acolhido pelo Secretário de Educação e, por fim, pelo Governador do Estado, que publicou o decreto de demissão.

Nesta toada, aduziu a existência de extrapolação dos limites legais de atuação do Exmo. Procurador Geral do Estado, defendendo que “o representante da Procuradoria Geral do Estado tem, no processo administrativo disciplinar, as funções exclusivas de *custus legis*, ou seja, cabe-lhe, ao examinar os autos, após o Relatório Conclusivo da Comissão, verificar da regularidade processual, nunca da conclusão quanto ao mérito” (fl. 07).



Ademais, apontou a ausência de fundamentação pela autoridade impetrada no ato administrativo guerreado, em desacordo com a exigência contida na Lei Federal 9784/99.

Alegou ainda, que não existe nos autos do procedimento administrativo instaurado comprovação da intenção de abandono do cargo, requisito indispensável para a caracterização da aludida infração e que, segundo afirma, não se encontra presente na espécie.

Afirmou que se encontra afastada das funções de seu cargo desde janeiro de 2009, pois “sem solução de continuidade, exerceu, exercia e continua exercendo, as funções de seu cargo de vice-prefeita, posto que, terminado o primeiro mandato em 31 de dezembro de 2012, logo no dia 1º de janeiro de 2013, tomou posse para o segundo mandato” (fl. 10).

Outrossim, apontou a presença dos requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, requerendo a concessão de medida liminar para determinar à autoridade coatora que reintegre a impetrante imediatamente, procedendo-se à sua lotação ou mantendo-a em disponibilidade remunerada até ulterior decisão. E, ao final, a concessão da segurança com a reintegração definitiva da impetrante ao seu cargo e funções.

Acostou os documentos de fls. 25/204.

A gratuidade foi deferida às fls. 206.

Intervindo no feito, o **Estado da Bahia** manifestou-se às fls. 213/227, arguindo, preliminarmente, a configuração de decadência, nos termos do art. 23, da Lei 12.016/09, “pois quando da impetração do presente *Mandamus*, já haviam decorrido mais de 120 dias da suposta violação do Direito, qual seja a demissão da impetrante, que foi disponibilizada no DOE de 18 de julho de 2015” (fl. 215-216).

No mérito, propriamente dito, defendeu a legalidade do ato impugnado, destacando que “a acusada permaneceu afastada do exercício do cargo, sem nenhuma justificativa, por mais de 30 dias consecutivos, ao cabo de licença obtida para concorrer a mandato eletivo nas eleições gerais do ano de 2012 (07/07 a 07/10), utilizando-se do pretexto de que ainda estava de licença por estar ocupando o cargo de vice-prefeita (fl. 51 do PAD).” (fl. 219).

Asseverou ainda, quanto a legitimidade dos pareceres exarados pela Procuradoria Geral do Estado, que a PGE, através dos procuradores que opinaram no PAD, não extrapolou as suas funções, atuando, outrossim, na forma da Lei Complementar 34/2009.

Por outro lado, apontou que na espécie deve prevalecer a proteção ao interesse público, indisponível por essência, em detrimento do interesse privado “na medida em que restaram demonstrados os requisitos que ensejaram a punição administrativa da impetrante, segundo procedimento disciplinar legítimo.” (fl. 223).

Por fim, argumentou que diante da regularidade do procedimento administrativo instaurado, “resta obstada a suspensão do ato administrativo de instauração, ante a impossibilidade de análise, pelo Judiciário, dos critérios de conveniência e oportunidade da administração na análise das provas e na aplicação da punição prevista em lei, máxime quando respaldado em elemento fáticos e na legislação vigente” (fl. 223).

Concluiu pugnando pelo acolhimento da preliminar e, eventualmente, pela denegação da segurança.

Acostou os documentos de fls. 228/371.

O **Governador do Estado da Bahia**, apresentou as informações solicitadas às fls. 372/375, sustentando, em síntese, a inexistência de ilegalidade na ato de aplicação da pena, especialmente ao se constatar que o procedimento administrativo instaurado assegurou o exercício do contraditório e ampla defesa à impetrante, acrescentando que “a verificação das provas colhidas e o reexame dos fatos são incabíveis nos estritos limites da ação mandamental” (fl. 373).

Instada a se manifestar, a **douta Procuradoria de Justiça** opinou pela denegação da segurança pleiteada, consoante se extrai do parecer acostado às fls. 378/388.

À Secretaria para inclusão em pauta de julgamento.

### VOTO

Inicialmente, no que concerne à preambular de decadência, suscitada pelo Estado da Bahia, não deve prosperar. Isto porque, em que pese a alegação do ente estatal de que a contagem do prazo de 120 dias deve ter como termo inicial a data em que o impetrante tomou ciência do ato impugnado, tem-se que, na espécie, a publicação no Diário Oficial do Estado ocorreu em 18/7/2015, um sábado (fls. 358), de modo que o prazo decadencial de 120 dias começou a correr a partir do primeiro dia útil subsequente (art. 224, CPC), ou seja, 20/7/2015, somente se findando em 16/11/2015, data em que foi protocolado o presente writ (fl. 02).

Ultrapassa a preliminar e adentrando o mérito propriamente dito, cumpre salientar que se trata de mandado de segurança impetrando contra o Governador do Estado da Bahia em face de ato consistente na demissão da impetrante dos quadros do magistério público do Estado.

Quanto à alegação da impetrante de extrapolação dos limites legais de atuação do Exmo. Procurador Geral do Estado, não merece progredir. Com efeito, como bem apontou a douta Procuradoria de Justiça em seu parecer, o oferecimento de pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado a respeito do mérito do processo administrativo disciplinar encontra fundamento na Lei Complementar Estadual nº 34/2009, especialmente do art. 17, e incisos a seguir transcritos:

Art. 17 - Compete à Procuradoria Administrativa exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico em todas as matérias de interesse do Estado, cabendo-lhe especialmente:

**I - emitir pareceres nos processos que tenham por objeto a aplicação de legislação relativa a matéria de pessoal, inclusive disciplinar, de orçamento, patrimônio público, licitações, contratos, convênios e meio ambiente;**

(...)

VIII- receber e processar reclamações e denúncias de infrações disciplinares ou prática de atos de corrupção e improbidade no âmbito da Administração Pública estadual, instaurando ou propondo a instauração de sindicâncias ou processos destinados à apuração dos fatos;

**IX- emitir pareceres em sindicância ou processo administrativo disciplinar oriundos dos órgãos da Administração Pública estadual, representando ao Ministério Público quando verificar ocorrência que possa caracterizar ilícito penal;**

X- propor às autoridades administrativas a aplicação de sanções disciplinares pela prática de ilícitos funcionais apurados nos processos em que opinar;

XI- solicitar às repartições públicas do Estado informações, documentos, certidões e outros elementos necessários à instrução dos processos e promover a intimação de servidores públicos ou terceiros envolvidos para prestarem depoimento;

**XII- propor às autoridades competentes providências de ordem jurídica reclamadas pelo interesse público e pela aplicação das normas vigentes;** (Grifos adicionados)

Destarte, não há como prosperar a alegação da impetrante de que o parecer da Procuradoria Geral do Estado deveria limitar-se à apreciação dos requisitos de validade e legalidade do procedimento, figurando como *custus legis*, na medida em que fica claro que o órgão possui competência funcional para manifestar-se acerca do mérito do procedimento disciplinar.

No que toca à alegação de ausência de motivação do ato pela autoridade coatora, vale destacar que a motivação, necessária a este ato administrativo, pode consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres que, nesta hipótese, consistirão em parte

integrante do ato decisório. Com efeito, não é outra a previsão do art. 120, p. Único, da Lei Estadual 12.209/2011, que dispõe sobre processo administrativo no âmbito da administração pública estadual, in verbis:

Art. 120- A decisão da autoridade julgadora não se vincula às conclusões da autoridade ou comissão processante, e será motivadamente proferida no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único- **A motivação deve ser explícita e clara, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres**, informações ou decisões, que, neste caso, serão parte integrante do ato decisório. (Grifos adicionados)

Portanto, não há que se falar em nulidade do ato decisório por ausência de fundamentação, haja vista que o mesmo lastreou-se em parecer anterior, exarado Procurador Assistente e aprovado integralmente pelo Procurador Geral do Estado (fls. 138/139).

Outrossim, acerca da alegação de inexistência de configuração de abandono, por ausência de *animus abandonandi*, oportuno assentar as premissas da legislação estadual referente a infração objeto da discussão.

Nesta toada, o Estatuto do Servidor Público do Estado da Bahia, consubstanciado por meio da Lei 6677/94, especificamente no art. 198, estabelece que “configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos”, e nesta hipótese a pena aplicada será a demissão, nos termos do art. 192, II, do mesmo diploma legal.

Convém destacar, portanto, que para que se configure a infração de abandono de cargo necessária se faz a observância de dois elementos, a saber, um objetivo, consistente na ausência do servidor por tempo superior a 30 dias; e outro subjetivo, referente a presença do *animus abandonandi*.

Este último refere-se a verificação da intenção do servidor de não retornar ao serviço, de modo que segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça “(...) para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, faz-se necessário investigar a intenção deliberada do servidor de abandonar o cargo.” (STJ, RMS 21392 / PR, rel. Min. Felix Fischer, DJe 03/03/2008).

Aqui, importa frisar que muito embora lhe seja vedado o exame da discricionariedade do ato administrativo, cabe ao Judiciário examinar a sua legalidade, verificando, *in casu*, se no ato de demissão da impetrante houve observância dos requisitos legais, e, em caso negativo, se justificam a sua anulação.

Neste ponto, não há que se falar em qualquer violação à regra da separação dos poderes, mas sim, na incidência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a interesse jurídico deve ser excluída da apreciação do poder judiciário, conforme se extrai do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Destarte, neste ponto o que se pretende é uma análise de legalidade da atuação administrativa, especialmente no que toca a configuração dos elementos necessários à aplicação da pena de demissão.

Quanto ao tema:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ABANDONO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DO ANIMUS ABANDONANDI. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. EFEITOS PATRIMONIAIS. RETROAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. **1. O ato disciplinar é vinculado, deixando a lei pequenas margens de discricionariedade à Administração, que não pode demitir ou aplicar quaisquer penalidades contrárias à lei, ou em desconformidade com suas disposi-**

**ções.** 2. O art. 140 da Lei 8.112/90 dispõe sobre a necessidade de indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias. 3. Tendo sido o Impetrante demitido em plena vigência de licença para tratamento de saúde, não há como se considerar presente o *animus abandonandi*, elemento subjetivo componente da infração “abandono de cargo”. 4. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que “em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o animus específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia.” (cf. MS nº 6.952/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 2/10/2000) (c) (STJ - EDcl no MS: 11955 DF 2006/0124643-0, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). DJe 02/02/2009).

Compulsando os autos, especialmente a cópia do procedimento administrativo instaurado, à luz da legislação pertinente ao tema, verifica-se que não assiste razão à alegação da impetrante, porquanto houve a devida perquirição acerca de ambos os elementos ensejadores da situação de abandono, no bojo de regular procedimento administrativo.

Com efeito, primeiramente no que se refere a configuração do elemento objetivo, resta incontroverso, uma vez que a licença obtida pela impetrante para concorrer a mandato eletivo nas eleições municipais do ano de 2012 findou-se em 7/10 deste mesmo ano, sem que se verificasse o seu regresso às atividades por prazo em muito superior a 30 dias (fl. 47).

Em seguida, no que pertine ao elemento subjetivo, cumpre averiguar acerca da existência de justificativa para tal falta ao serviço. Aqui, insta salientar que, ao contrário do que afirma a impetrante na sua exordial, incumbe ao servidor afastar o *animus abandonandi*, mediante a demonstração de situações que afastem a vontade de abandonar o cargo, e que, por ventura, ainda não sejam de conhecimento da administração pública.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ATO DEMISSÓRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. **AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI DO SERVIDOR. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.** 1. Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa e de nulidade do ato impetrado se assegurado, no processo administrativo que resultou na demissão do servidor, o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como se devidamente fundamentado o ato demissório. 2. O servidor que se ausenta voluntariamente do serviço por duzentos e seis dias consecutivos sem apresentar qualquer justificativa à Administração e sem comprovar a existência de motivos de força maior ou de coação ilegal que embasem a sua longa ausência deve ser demitido por abandono de cargo, nos termos do artigo 63 da Lei Estadual nº 10.261/68. 3. Recurso ordinário improvido. (STJ - RMS: 19781 SP 2005/0048516-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 20/10/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2009)

“SERVIDOR PÚBLICO DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO ANIMUS ABANDONANDI NÃO CONFIGURAÇÃO. Agente de Segurança Penitenciária Pretensão à anulação da demissão, reintegração ao cargo e seus reflexos, aposentadoria por invalidez e indenização por dano moral Autor que demonstrou possuir a saúde debilitada por transtornos psicológicos e dependência de drogas e álcool Debilidade conhecida pela administração pública Processo administrativo nº 2418/05 no qual se apurava a necessidade de aplicar ao servidor os termos do Decreto 2591/73 Inassiduidade que não tem origem em deficiência volitiva Ato demissório precipitado considerado ilegal Reintegração do servidor ao cargo (...) (TJ-SP - APL: 00267751020118260053 SP 0026775-10.2011.8.26.0053, Relator: Moreira de Carvalho, Data de Julgamento: 15/05/2013, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/05/2013)



*In casu*, verifica-se que a impetrante não logrou êxito em tal prova. Isto porque, conforme adiantado acima, a licença da impetrante findou-se em outubro de 2012, após o realização do pleito, oportunidade em que deveria ter retornado às suas funções, sendo que para refutar a tese de abandono, a impetrante afirma que “compareceu a 20º DIREC, em Vitória da Conquista, entregando, embora sem recolher protocolo, a documentação comprobatória de que, em 1º de janeiro daquele ano reassumira, por força da reeleição obtida em outubro anterior” (fl. 09).

Impede ressaltar, todavia, que já em janeiro estava configurada a situação de abandono do cargo por período superior a 30 dias, sendo que a impetrante não ofereceu qualquer explicação ou motivo razoável para justificar a sua ausência entre o término da licença (em outubro de 2012) e esta data, em que supostamente se dirigiu à DIREC.

Além disso, não há qualquer prova documental de que a impetrante realmente entregou qualquer documentação à DIREC, sendo que a prova testemunhal produzida no procedimento administrativo também não afasta a necessidade de, na espécie, ter havido o protocolo de eventual pedido de licença.

De outro lado, também não há como acolher a alegação da impetrante de que o seu afastamento, nos moldes do art. 104, do Estatuto dos Servidores Cíveis da Bahia, “haveria de ser considerado desde 1º de janeiro de 2009, pois que, sem solução de continuidade, exerceu, exercia e continua exercendo, as funções de seu cargo de vice-prefeita, posto que terminado o primeiro mandato em 31 de dezembro de 2012, logo no dia 1º de janeiro de 2013, tomou posse para o segundo mandato” (fl. 10).

Cumpra asseverar, inclusive, que tal alegação carece de congruência com a própria argumentação tecida pela impetrante. Isto porque afirmou em suas razões que durante o ano de 2012 exerceu regularmente as atividades de magistério, até licenciar-se para disputar a reeleição. Ou seja, a impetrante tinha plena ciência de que tal licença, em razão do exercício do cargo, não se dá de maneira automática, de modo que deveria ter retornado às suas atividades.

Ademais, não milita em favor da impetrante a declaração de existência de vagas no Colégio Normal São Pedro, acostada à fl. 89, haja vista que tal declaração, datada de outubro de 2013, não se presta a provar a intenção da impetrante em não abandonar as atividades. Isto porque é razoável e lógico que as circunstâncias de impedimento, de força maior e de justa causa, para não comparecer ao serviço se reportem ao período em que configurado o suposto abandono.

Nesta toada:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO - ANIMUS ABANDONANDI CONFIGURADO - INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ DO SERVIDOR - POSTURA NEGLIGENTE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO NÃO PROVIDO. O STJ já consolidou a tese de que a demissão de servidor público estável e efetivo, por abandono do cargo, apurado em processo administrativo disciplinar, depende de comprovação do elemento subjetivo: *animus abandonandi*. **Havendo posição desidiosa do servidor público, que se ausenta de maneira deliberada do serviço público e busca de maneira retardatária a solução de seus conflitos com a Administração Municipal, o animus abandonandi encontra-se configurado, havendo ensejo para demissão.** (TJ-MG - AC: 10461080491149001 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 11/02/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/02/2014)

Além disso, deve-se destacar que o elemento volitivo não necessita ser expreso, podendo se extrair das circunstâncias do caso, ou seja, quando o servidor, de modo injustificado, deixa de exercer as suas funções, conforme ocorreu no caso dos autos.



Em suma, não tendo a impetrante logrado êxito em comprovar qualquer circunstância apta a afastar a situação de abandono do cargo, verifica-se a legitimidade da penalidade aplicada, mormente pois precedida do devido procedimento administrativo, no qual foi assegurado à servidora o contraditório e ampla defesa, e devidamente analisados os elementos ensejadores da sanção aplicada.

### CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR E, no mérito, DENEGAR A SEGURANÇA PLEITEADA.**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Mandado de Segurança nº 0013813-60.2015.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator (a): Des. Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 31/8/2016**

**MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EDITAL TJBA Nº 05/2013. QUESTÃO DISCURSIVA DE CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. INCOMPATIBILIDADE DA EXIGÊNCIA APRESENTADA PELA BANCA EXAMINADORA COM AS NORMAS EDITALÍCIAS. EDITAL QUE AUTORIZA ATRIBUIÇÃO DE NOTA ZERO AO CANDIDATO NA HIPÓTESE DE FUGA AO TEMA. INOCORRÊNCIA. ELABORAÇÃO DE RESPOSTA CONTENDO DUAS ESCRITURAS PÚBLICAS, EM VEZ DE UMA ÚNICA. INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO NO ENUNCIADO DA QUESTÃO. FUNDAMENTAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO SE CONFORMA COM O DISPOSITIVO EDITALÍCIO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. ILEGALIDADE CONFIGURADA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DESTA CORTE. RESTABELECIMENTO DA NOTA ATRIBUÍDA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.**

1 – Na linha da jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso com repercussão geral reconhecida, “**não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas (...). Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame.**” (STF, RE 632.853, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, J. 23/04/2015).

2 – *In casu*, mostra-se lícita a intervenção judicial pretendida pelo impetrante, especificamente quanto ao restabelecimento da nota anteriormente atribuída na segunda etapa do concurso público litigioso, pois a banca examinadora, ao atribuir posteriormente, nota zero ao candidato, violou a norma editalícia, que limitava tal possibilidade às hipóteses em que o candidato não tivesse apresentado resposta ou houvesse fugido ao tema proposto.

3 – Sob o fundamento de ter ocorrido erro material na correção, a Comissão do Concurso, por meio do edital nº 50, de 22 de maio de 2015, retificou a

nota atribuída à peça prática do impetrante para 0 (zero), eliminando-o do certame (fl. 61). Em sua fundamentação, a banca examinadora considerou que houve “fuga ao tema” pelo fato de o impetrante ter elaborado duas escrituras públicas (2 atos – um de compra e venda e outro de doação com reserva de usufruto), quando a questão teria lhe exigido a elaboração de apenas uma peça (uma escritura), na qual contemplasse os dois negócios jurídicos.

4 – A correção realizada pelo CESPE, atribuindo nota zero ao impetrante, por fuga ao tema, é inválida por inexistência de motivo. Evidente a ilegalidade praticada na correção da peça prática do Impetrante, sendo imperiosa a necessidade de se decretar a nulidade de tal correção, dada a inexistência do motivo, o qual é pressuposto de validade do ato.

5 – Demonstrado que o candidato se manteve fiel ao tema proposto no enunciado da questão, formalizando a “*totalidade das vontades manifestadas pelos envolvidos*” em peças jurídicas de competência exclusiva de Tabela de Notas, não há que se falar em “*fuga ao tema*”. Ademais, a resposta apresentada em forma de duas escrituras públicas não desobedeceu às regras editalícias, nem ao enunciado da questão, porquanto a lei que rege o certame não indicou, de forma clara e expressa, que somente seria admitida a elaboração de uma peça.

6 – Assim, não pode a banca examinadora do certame considerar errada uma resposta que está em perfeita consonância com a Lei, atribuindo nota 0,0 (zero) ao Impetrante que assim o fez. Dessa forma, se o impetrante utilizou o instrumento adequado (Escritura Pública) para a concretização das vontades das partes (comprar e vender e, em seguida, doar com reserva de usufruto vitalício), atendendo a todos os requisitos legais, o fundamento/motivo utilizado pela banca para atribuir zero ao candidato, ou seja, a alegada “*fuga ao tema*”, não foi correto e deve ser rechaçado.

7 – Assim, o que se observa é que a atribuição de nota zero à resposta elaborada pelo Impetrante representa vício de legalidade, em desobediência ao quanto disposto no edital, assim como à teoria dos motivos determinantes e à segurança jurídica.

8 – Nesse contexto, com fundamento na legalidade administrativa estrita, na segurança jurídica e na teoria dos motivos determinantes, imperiosa a concessão da segurança, para reconhecer a nulidade da nota atribuída ao Impetrante motivada na “*fuga ao tema*”, exclusivamente em razão da feitura de duas peças práticas, com restabelecimento da nota anteriormente atribuída.

9 – Segurança concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança nº 0013813-60.2015.8.05.0000**, da Comarca de Salvador, em que figura como Impetrante, **FERNANDO ROGÉRIO GONÇALVES AMORIM**, e **Impetrados**, o **PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA**, **PRESIDENTE DO CENTRO DE SELEÇÃO E PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA** e **PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONCURSOS PARA PROVIMENTO DAS UNIDADES DOS SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS DE NOTAS E DE REGISTROS**,

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes do Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em **CONCEDER A SEGURANÇA**, para determinar

que não se configura a hipótese de fuga ao tema a elaboração de duas escrituras, determinando o restabelecimento da nota atribuída ao Impetrante na segunda etapa do certame, levando-se em conta a possibilidade de elaboração de duas escrituras na peça prática, sem que seja descontada pontuação referente à estrutura e formalidade, e assim o fazem pelos motivos expendidos no voto vencedor do eminente Desembargador Vistor.

## RELATÓRIO

**Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por FERNANDO ROGÉRIO GONÇALVES AMORIM** em face de ato imputado ao Presidente da Comissão de Concursos para provimento das Unidades dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado da Bahia e ao Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, que eliminou o Impetrante do certame ao atribuir nota 0 (zero) à sua peça prática na segunda etapa do concurso, sob o argumento de que teria incorrido em “fuga ao tema”.

Asseverou que a matéria em questão já foi apreciada por este Tribunal Pleno no dia 8/7/2016, nos autos do **Mandado de Segurança nº 0003384-34.2015.8.05.0000**, com o mesmo objeto deste, no qual foi concedida a segurança para reconhecer a nulidade da nota atribuída à Impetrante daquele *mandamus*, motivada na “fuga ao tema”, exclusivamente em razão da lavratura de duas peças práticas, sendo determinado às autoridades coatoras que procedessem ao reexame da prova.

Submetido o processo a julgamento, após o voto da eminente Relatora no sentido de denegar a segurança e o voto vista da eminente Desembargadora Pilar Célia Tobio de Claro, no sentido de conceder parcialmente a segurança, solicitei vista, para melhor analisar o processo.

Com a devida vênia ao entendimento da eminente Relatora e dos eminentes vistoros Desembargadores Pilar Célia Tobio de Claro e Roberto Maynard Frank, divergi no sentido de conceder a segurança, tendo a maioria do colegiado aderido a este posicionamento, motivo pelo qual passo a emitir o voto vencedor.

## VOTO

**Da análise dos autos, verifico que o impetrante, inscrito no Concurso para Provimento das Unidades dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado da Bahia, realizou a segunda etapa do certame consistente em “uma prova escrita e prática, de caráter eliminatório e classificatório, de responsabilidade do Cespe/Unb”, tendo sido, inicialmente, aprovado na referida etapa.**

Contudo, sob o fundamento de ter ocorrido erro material na correção, a Comissão do Concurso, por meio do edital nº 50, de 22 de maio de 2015, retificou a nota atribuída à peça prática do Impetrante para 0 (zero), eliminando-o do certame (fl. 61). Em sua fundamentação, a banca examinadora considerou que houve “fuga ao tema” pelo fato de o impetrante ter elaborado **duas escrituras públicas** (2 atos – um de compra e venda e outro de doação com reserva de usufruto), quando a questão teria lhe exigido a elaboração de apenas uma peça (uma escritura), na qual contemplasse os dois negócios jurídicos.

Conforme pontuado pelo brilhante voto vista, a impetração se baseou em dois argumentos, quais sejam: inocorrência da hipótese editalícia de fuga ao tema e adequação da resposta apresentada pelo candidato. Da mesma forma que a ilustre Desembargadora Pilar Célia Tobio de Claro, que proferiu o voto vista, tenho que os dois argumentos da impetração podem ser apreciados de forma conjunta, pois a inocorrência da hipótese editalícia de fuga ao tema, bem como a adequa-

ção da resposta apresentada pelo candidato, analisam, em verdade, se o candidato efetivamente fugiu ao tema proposto pela questão prática.

De acordo com o item 9.7.3 do Edital do Concurso, a atribuição de Nota 0,0 (zero) na correção das questões da Prova Escrita e Prática ocorrerá em apenas duas hipóteses: (1) “Fuga ao Tema” e (2) “Inexistência de texto no caderno de resposta”. *In verbis*:

9.7.3 A prova escrita e pratica será corrigida conforme critérios a seguir, ressaltando-se que, em atendimento ao que está estabelecido no Decreto no 6.583, de 29 de setembro de 2008, alterado pelo Decreto no 7.875, de 27 de dezembro de 2012, serão aceitas como corretas, até 31 de dezembro de 2015, ambas as ortografias, isto é, a forma de grafar e de acentuar as palavras vigente até 31 de dezembro de 2008 e a que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2009:

a) **nos casos de fuga do tema ou de inexistência de texto no caderno de texto definitivo**, o candidato receberá nota 0,00 (zero) nas partes da prova escrita e pratica em que houver ocorrência;

Considerando que o Impetrante não deixou o caderno de texto definitivo em branco, restou à banca examinadora a alegação de fuga ao tema para atribuir nota zero ao impetrante.

Para melhor elucidação da questão aqui discutida, importante transcrever o edital do certame, especificamente o item referente à segunda etapa:

#### “9 DA SEGUNDA ETAPA – PROVA ESCRITA E PRÁTICA

9.1 A prova escrita e prática, de caráter eliminatório e classificatório, valerá 10,00 pontos e consistirá da elaboração de uma dissertação, com até 120 linhas; da elaboração de uma peça prática, com até 120 linhas e da resposta a duas questões discursivas, com até 30 linhas cada, a partir de tema proposto pela banca examinadora acerca dos objetos de avaliação de conhecimentos específicos dispostos no item 18 deste edital.”

Por outro lado, observe-se a redação do enunciado da questão formulada:

“João e Maria celebraram contrato de promessa de compra e venda com Manoel, tendo por objeto um imóvel situado na zona urbana de Salvador. Apesar de o casal pretender residir no imóvel enquanto viver, sua intenção é doar imediatamente o imóvel à filha única, Rosana, maior de idade e capaz, e ao filho dela, concebido, mas ainda não nascido. Assim, compareceram ao serviço notarial João, Maria, Manoel e Rosana, e solicitaram ao tabelião de notas a elaboração de documento, dotado de fé pública, que formalizasse juridicamente a vontade das partes, manifestada no ato. Foi apresentado o contrato de promessa de compra e venda e declarada a quitação. A partir desta data, João e Maria pretendem ingressar no feito. Com base nessa situação hipotética e considerando a inexistência de qualquer restrição quanto ao imóvel ou às pessoas envolvidas, **elabore, na condição de tabelião, a peça prática adequada ao caso.** [...]”

A partir dos enunciados acima transcritos, deve-se examinar se era possível ao Impetrante elaborar duas peças práticas para responder adequadamente o quesito ou se tal proceder consiste, efetivamente, como defendem as autoridades coatoras, em “fuga ao tema”.

Ao consultar o Dicionário Michaelis, observa-se que o vocábulo “fuga”, no contexto em que empregado na referida expressão, significa “apartar-se, desviar-se, afastar-se”, enquanto a palavra “tema” corresponde a “assunto, matéria, argumento” ou, ainda, “composição do aluno feita sobre o ponto que lhe foi dado”.

Pela simples leitura do enunciado da peça prática, bem como da resposta dada pelo Impetrante que elaborou a sua peça prática de acordo com o tema proposto no enunciado da questão (uma escritura pública de compra e venda e, posteriormente, uma escritura pública de doação

com reserva de usufruto), conforme se observa nos documentos de fls. 103/106, não se vislumbra possível enquadrar a resposta ofertada como “fuga ao tema”, pois não representa o afastamento da matéria posta à apreciação – elaboração de ato notarial que verse sobre os negócios jurídicos de compra e venda e doação com reserva de usufruto. Não havendo, portanto, motivo apto a fundamentar a atribuição de nota zero à peça prática do impetrante.

A correção realizada pelo CESPE, atribuindo nota zero ao impetrante, por fuga ao tema, é inválida por inexistência de motivo. Sabe-se que o “motivo” é elemento do ato administrativo, sem o qual é considerada ilegal a sua prática. Extrai-se da Lei n. 4.717/65 o conceito de nulidade decorrente de vícios no motivo:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...] d) inexistência dos motivos;

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...] d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

Evidente a ilegalidade praticada na correção da peça prática do impetrante, sendo imperiosa a necessidade de se decretar a nulidade de tal correção, dada a inexistência do motivo, o qual é pressuposto de validade do ato.

José dos Santos Carvalho Filho ao discorrer sobre a Teoria dos Motivos Determinantes em seu Manual de Direito Administrativo, 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118, afirma que:

“Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.

[...]

Se o interessado comprovar que inexistente a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade”.

Demonstrado, portanto, que o candidato se manteve fiel ao tema proposto no enunciado da questão, formalizando a “*totalidade das vontades manifestadas pelos envolvidos*” em peças jurídicas de competência exclusiva de Tabela de Notas, não há que se falar em “fuga ao tema”.

Neste ponto, trago à baila a brilhante lição do festejado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Malheiros Editores, p. 384:

“Parece-nos que a exigência da motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são “donos” da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, “todo o poder emana do povo (...)” (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a “cidadania” (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam”.



Portanto, ausente a pertinência lógica entre o motivo invocado pela banca examinadora e o ato praticado por ela (aplicação da nota zero), urge reconhecer a sua invalidade por ausência de motivação.

Ademais, a resposta apresentada em forma de duas escrituras públicas não desobedeceu às regras editalícias, nem ao enunciado da questão, porquanto a lei que rege o certame não indicou, de forma clara e expressa, que somente seria admitida a elaboração de uma peça.

No edital do certame, constava a informação de que a prova escrita e prática abrangeria “uma peça prática, com até 120 linhas”.

Do ponto de vista jurídico, a forma utilizada pelo impetrante para lavrar as vontades das partes em duas Escrituras Públicas atende ao fim almejado pelos envolvidos na peça prática do enunciado, pois a primeira escritura serviria como instrumento hábil para registro da transmissão da propriedade imóvel. E, de posse deste instrumento público de aquisição do imóvel, as partes poderiam formalizar a doação do referido bem a terceiros.

O Código de Normas dos Serviços Notariais da Bahia, especificamente no artigo 296, parágrafo único, determina que devem ser lavradas Escrituras Públicas autônomas para negócios jurídicos autônomos. No entanto, o mesmo dispositivo autoriza também que os negócios simultâneos ou imediatamente sucessivos sejam lavrados em uma única escritura:

Art. 296. Para a lavratura de escrituras relativas a imóveis, o título anterior deve estar registrado no Registro de Imóveis, a fim de preservar o princípio da continuidade registral.

Parágrafo Único. **Excepciona-se essa obrigatoriedade na hipótese de negócios simultâneos ou imediatamente sucessivos**, quando se observar a exigência da formalidade com referência ao título dominial desses negócios.

Da leitura do supracitado artigo, observa-se que o próprio Código de Normas do Estado da Bahia determina que para a realização de negócios relativos a imóveis, o título anterior deve primeiro ser registrado, a fim de se preservar o princípio da continuidade registral e, somente após o registro, é que será lavrado outro título relativo ao imóvel.

Excepcionalmente, essa obrigatoriedade será relativizada em caso de negócios simultâneos ou imediatamente sucessivos. Portanto, a lavratura de duas escrituras públicas quando há dois negócios jurídicos autônomos é adequada e, excepcionalmente, é permitida a lavratura de uma única Escritura.

Assim, não pode a banca examinadora do certame considerar errada uma resposta que está em perfeita consonância com a Lei, atribuindo nota 0,0 (zero) ao impetrante que assim o fez. Não cabe à Administração Pública limitar onde a lei não limitou, trata-se de aplicação do princípio da legalidade estrita segundo o qual a Administração não pode atuar contra *legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem* (in Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Malheiros Editores, p. 98).

Dessa forma, se o impetrante utilizou o instrumento adequado (Escritura Pública) para a concretização das vontades das partes (comprar e vender e, em seguida, doar com reserva de usufruto vitalício), atendendo a todos os requisitos legais, o fundamento/motivo utilizado pela banca para atribuir zero ao candidato, ou seja, a alegada “fuga ao tema”, não foi correto e deve ser rechaçado.

Neste ponto, peço vênia para divergir do brilhante voto vista proferido pela ilustre Desembargadora Pilar Célia Tobio de Claro, pois entendo que, se o impetrante utilizou uma das formas possíveis para lavrar os negócios jurídicos exigidos na peça prática, não há motivo para que seja descontada pontuação por erro do candidato em relação à forma previsto no item 2.1 do espelho

de correção. Entendo, inclusive, que a forma mais adequada seria a elaboração de duas escrituras públicas, sendo a elaboração de apenas um ato exceção permitida pela legislação baiana.

Importante acrescentar que, em manifestação à **fl. 160**, o CESPE afirmou que *“o tabelião que confecciona dois atos públicos, ao invés de um, quando a situação por sua própria natureza assim requer, mesmo que inconsciente, estaria gerando dois emolumentos e mais de uma contribuição, o que acarretaria ônus extra, desnecessário à parte”*. Tal afirmação demonstra desconhecimento da banca examinadora sobre a matéria, especialmente, sobre a cobrança de emolumentos e taxas.

A Lei Estadual da Bahia nº 12.373/2011, que regulamenta os emolumentos, dispõe no inciso I, alínea “a” (Notas Explicativas da Tabela II), que os emolumentos serão cobrados de acordo com a quantidade de negócios jurídicos, não sendo menos oneroso para os interessados a lavratura de todos os negócios jurídicos em um único ato. Vejamos:

“a) Havendo no instrumento lavrado mais de um ato ou estipulação que, por sua autonomia, possa ser objeto de um instrumento específico, as taxas serão cobradas separadamente, sobre cada um deles, limitado, porém, ao máximo previsto para atos com valor econômico, por escritura”

Por sua vez, o Código de Normas do Estado da Bahia, em seu art. 1144, § 5º, dispõe que:

“§ 5º. Contratados dois ou mais atos numa mesma escritura, (ex. venda e compra e doação, doação, usufruto e cláusulas) deverá proceder ao registro ou averbação pertinente a cada um deles, cobrados os emolumentos e taxas correspondentes a cada um dos atos praticados”

Ressalte-se que, caso fosse cobrado apenas uma contribuição, como sugeriu CESPE, o notário estaria violando o dever funcional constante no inciso VIII do art. 30 da Lei Federal nº 8.935/1994, que determina o dever de “observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício”. O descumprimento do referido dispositivo legal acarretaria ao notário a responsabilização pelo ato.

Percebe-se que o desconhecimento das normas notariais e registrais não parte do impetrante ou de outros candidatos prejudicados pela correção da peça prática pelo CESPE, mas da banca examinadora que não possui domínio acerca da legislação de registros públicos.

Observo que o CESPE tentou se esquivar da sua falha ao elaborar a questão prática, que comporta duas respostas válidas e possíveis (a lavratura de uma escritura pública contendo todos os negócios jurídicos, bem como a lavratura de duas escrituras públicas). E, em flagrante ilegalidade, prejudicou o Impetrante e outros candidatos eliminando-os por suposta fuga ao tema que, em verdade, não existiu.

Não desconheço a orientação jurisprudencial de que o Judiciário não pode substituir a banca examinadora, contudo, no caso *sub judice*, verifico que a banca examinadora incorreu em flagrante ilegalidade ao zerar a peça prática do candidato que a elaborou de forma adequada. Neste caso, pode o Judiciário anular ou reformar ato de banca examinadora, conforme se observa em julgado do Supremo Tribunal Federal no RE com repercussão geral nº 632853, citado no voto vista.

Na oportunidade, transcrevo ementa de julgamento realizado pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível nº 0010703-16.2003.4.02.5101 (TRF-2 2003.51.01.010703-3) pertinente ao caso em baila:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTOS DE SALÁRIOS RETROATIVOS. 1. Há interesse de agir quando a correção das provas discursivas do demandante só ocorre

em virtude da sentença, que deve ainda ser confirmada ou não após a apreciação dos recursos e do reexame necessário. 2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento com repercussão geral reconhecida, firmou entendimento de que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reapreciar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade (Plenário, RE 632.853, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJE 7.5.2015). 3. A afirmação de que o juiz não deve interferir na margem de apreciação das autoridades refere-se a situações em que o magistrado não tem habilitação ou não tem maior habilitação (em relação às autoridades) para controlar o conteúdo (de discricionariedade e de apreciação) das decisões administrativas (O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva. Um novo olhar? Revista de Processo. a. 40, v. 239, jan 2015, p. 313). **Po-rém, isso não ocorre em pedidos de anulação de questões de concurso público realizados na área jurídica, pois, nesses casos, o juiz tem conhecimento técnico do assunto, de modo que pode apreciar matéria de direito, cuja análise dispensa a produção de prova pericial.** 4. **O eventual acolhimento da impugnação judicial proposta por um único candidato não viola o princípio da isonomia. Não há como subtrair do cidadão o direito de invocar do Estado a prestação jurisdicional para satisfazer um direito subjetivo público qualquer ou, ainda, condicionar essa prestação jurisdicional à propositura de uma ação coletiva de iniciativa de terceiros. [...]**” (STF, Pleno, RE 724.347, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, DJe 13.5.2015). No mesmo sentido: STJ, 1ª Seção, MS 19.227, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 30.4.2013. Parcial provimento da remessa necessária apenas para afastar a possibilidade de pagamento de valores atrasados, caso o demandante venha a ser empossado no cargo. 9. Apelações não providas. Remessa necessária parcialmente provida.

Acrescento que, conforme bem pontuado pelo voto vista, a rediscussão da matéria pelo Plenário desta Corte surgiu em razão do posicionamento adotado pelo CESPE no Concurso do Espírito Santo perante o Conselho Nacional de Justiça.

Conforme se verifica nos documentos de fls. 227/236, colacionados aos autos pelo Presidente da Comissão do Concurso, no certame realizado naquela unidade da Federação, o CESPE expôs a interpretação que deveria ser dada ao edital de sua lavra que é idêntico ao do concurso da Bahia. Naquele certame e perante o CNJ, o CESPE defendeu justamente a elaboração da peça prática tal qual realizada pelo Impetrante.

De acordo com o pedido de providências constante às fls. 228/232, ao publicar o espelho de correção da peça prática daquele certame, o CESPE considerou como correta e adequada a resposta que fosse elaborada em 2 (dois) atos notariais separados (fl. 230). Alguns candidatos daquele certame se sentiram prejudicados e se insurgiram contra a atitude da banca, alegando a vinculação ao edital e que deveria ser cobrado 1 única peça.

Narra o documento constante à fl. 230, que tal reclamação foi objeto do Procedimento de Controle Administrativo - PCA nº 000401-38.2014.2.00.0000 perante o Conselho Nacional de Justiça, para que fosse decidido sobre a legalidade de se cobrar 2 (dois) atos notariais na peça prática daquele concurso.

O CNJ pediu explicações ao CESPE e, em sua resposta, a banca expôs o seu entendimento acerca do item 9.1, reproduzido nos editais do concurso da Bahia e do Espírito Santo, afirmando que se tivesse a pretensão de limitar a peça prática a apenas um ato, haveria a indicação do numeral 1 e que “uma peça prática” previsto no edital não representava um numeral, mas sim um artigo indefinido. *In verbis*:

“Desse modo, caso houvesse, em edital, **a pretensão de limitar a prova prática a apenas 1 (um) ato, haveria a indicação do numeral 1, conforme feito ao se especificar que a prova escrita seria composta de 2 questões discursivas.**

Assim sendo, entende-se que o vocábulo “uma” deve ser compreendido como artigo indefinido e não numeral. Ainda que assim não fosse, é pertinente informar, ainda, que a banca examinadora atribui pontuação aos candidatos que realizaram os dois atos em uma peça única.”

No concurso do Espírito Santo, tanto os candidatos que responderam à peça prática elaborando duas escrituras públicas quanto aqueles que responderam com apenas uma escritura, contendo os dois negócios jurídicos obtiveram pontuação. Firmou-se, assim, o entendimento de que as duas formas de responder à peça prática estavam corretas, além de o CESPE ter deixado claro que se quisesse limitar a quantidade de escrituras públicas, teria usado o numeral “1”, e não o vocábulo “uma”.

Desta forma, mostra-se ilegal a conduta do CESPE em defender posicionamentos contraditórios em concursos com editais idênticos. No concurso do Estado do Espírito Santo o CESPE defende que, se o edital, que é idêntico ao do concurso da Bahia, quisesse limitar a quantidade de peças, teria usado o numeral “1” e, no concurso em voga, defende posição oposta. Tal atitude viola o princípio da proteção da confiança, consectário do aspecto material da boa-fé objetiva.

Ademais, frise-se que, naquele certame do Espírito Santo, tanto os candidatos que elaboraram sua peça prática em dois atos quanto os que lavraram apenas um ato obtiveram pontuação, sem qualquer alegação por parte da banca de “fuga ao tema”. O que demonstra com clareza solar que o CESPE pretendeu encobrir falha na sua correção no concurso da Bahia e, para tal desiderato, prejudicou os candidatos que se submeteram ao concurso. Não pretendo aqui afirmar que as questões dos concursos do Espírito Santo e da Bahia são idênticas, mas a banca examinadora não pode adotar posicionamentos contraditórios em relação a editais idênticos que vinculam as partes envolvidas.

Assim, o que se observa é que a atribuição de nota zero à resposta elaborada pelo Impetrante representa vício de legalidade, em desobediência ao quanto disposto no edital, assim como à teoria dos motivos determinantes e à segurança jurídica.

Pelas mesmas razões expostas, esta Corte se manifestou no **Mandado de Segurança nº 0003384-34.2015.8.05.0000**, que teve como Relatora a eminente Desembargadora Regina Helena Ramos Reis, da seguinte forma:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO REJEITADA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA. PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO REJEITADA. MÉRITO. PATENTE ILEGALIDADE. IMPUGNAÇÃO DE CORREÇÃO DA ETAPA SUBJETIVA. FUGA AO TEMA NÃO CARCTERIZADA. CANDIDATA QUE ELABOROU DUAS PEÇAS PROCESSUAIS. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. SEGURANÇA JURÍDICA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. REEXAME DO QUESITO PELA BANCA EXAMINADORA. 1. Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o ordenamento jurídico não veda, em abstrato, a pretensão da impetrante, que alega ilegalidade por ocasião da correção de questão subjetiva atinente a certame ao qual se submeteu. 2. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada, porquanto a impetrante trouxe aos autos os documentos comprobatórios dos fatos por ela alegados, sendo a legalidade da correção questão atinente ao mérito do remédio constitucional. 3. Rejeita-se a preliminar de formação de litisconsórcio passivo necessário, porquanto os demais candidatos, ainda no transcurso do certame, possuem apenas mera expectativa de direito. Entendimento consolidado no STJ. 4. **No mérito, a detida análise do caso concreto denota que não se pode cogitar de “fuga ao tema”, na hipótese dos autos, o que impõe reconhecer como inválida a atribuição de nota zero à candidata, haja vista a**



ausência de pertinência lógica entre o motivo e o ato perpetrado pelas autoridades coatoras. 6. A elaboração de duas peças práticas, como resposta ao quesito transcrito retro, não caracteriza “fuga ao tema”, haja vista que não representa o afastamento da matéria posta à apreciação – elaboração de ato notarial que verse sobre os negócios jurídicos de compra e venda e doação com reserva de usufruto. 7. Considerando o comportamento adotado pela banca examinadora em outro concurso público de idêntica natureza, revela-se imperiosa a tutela da segurança jurídica e, notadamente, a proteção da confiança da impetrante, como um dos consagrados aspectos materiais da boa-fé objetiva, aplicável quando o Direito, deixando a indiferença relativa à crença que suscite determinado comportamento, passe a indagá-la e associar-lhe efeitos. 8. Concessão da segurança, confirmando, por consectário lógico, a medida liminar anteriormente deferida, a fim de reconhecer a nulidade da nota atribuída à impetrante motivada na “fuga ao tema”, exclusivamente em razão da feitura de duas peças práticas, determinando, por via de consequência, que as autoridades coatoras procedam a um reexame do quesito, afastado o respectivo óbice.

Nesse contexto, com fundamento na legalidade administrativa estrita, na segurança jurídica e na teoria dos motivos determinantes, imperiosa a concessão da segurança, para reconhecer a nulidade da nota atribuída ao Impetrante motivada na “fuga ao tema”, exclusivamente em razão da feitura de duas peças práticas.

Por todo o exposto, **VOTO** no sentido de **CONCEDER A SEGURANÇA**, para anular o ato impugnado, por entender que não se configura a hipótese de fuga ao tema a elaboração de duas escrituras, determinando o restabelecimento da nota atribuída ao Impetrante na segunda etapa do certame, levando-se em conta a possibilidade de elaboração de duas escrituras na peça prática, sem que seja descontada pontuação referente a estrutura e formalidade.

Por fim, caso seja aprovado na segunda etapa, após a nova correção da peça prática, deverá a Comissão do Concurso adotar as providências necessárias à participação do impetrante nas fases posteriores à etapa da qual foi eliminado.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Mandado de Segurança nº 0027036-80.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Des. Edmilson Jatáhy Fonseca Júnior, julgado em 28/7/2016**

**MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL SEPLAG Nº. 01/2011. ENFERMEIRO DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA MÓVEL E FIXO - SAUEMF. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO. CANDIDATO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS INICIALMENTE OFERTADAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. ILEGALIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIVULGAÇÃO DE LISTA. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE PREENCHER VAGAS REMANESCENTES. SURTI- MENTO. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM CONCEDIDA.**

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Prefeito do Município do Salvador, pois a referida autoridade detém legitimidade passiva *ad causam* no mandado de segurança em que se pleiteia a assunção em cargo público,



além de ter firmado os editais do certame, competindo-lhe, privativamente, nomear os servidores públicos.

A norma constitucional prevê a possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas àqueles que preencherem os requisitos legais.

O caderno probatório constante dos autos evidencia que a impetrante logrou êxito em demonstrar a situação de preterição denunciada, pois demonstrou a existência de contratação de profissionais da área da Enfermagem, de forma temporária, em número suficiente a alcançar a sua colocação.

Ademais, havendo no certame candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital, sobrevivendo desistência ou desclassificação dos graduados em melhores posições, ante o não preenchimento de determinados requisitos, exsurge para aqueles posicionados nas classificações subsequentes, o direito subjetivo de serem convocados para as fases posteriores, observada a ordem classificatória e as novas vagas disponibilizadas.

Na hipótese, a Administração Pública divulgou lista indicando o interesse em preencher mais vagas, surgidas no decorrer do prazo de validade do concurso, sendo manifesta a possibilidade de convocação da impetrante para realizar os exames pré-admissionais, fase que, se prestada com êxito, ensejará sua nomeação e posse, observada a ordem classificatória.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n.º 0027036-80.2015.8.05.0000, da Comarca de Salvador, em que figuram como Impetrante Nabila Monalisa da Silva Mendes Dantas, e Impetrado, o Prefeito do Município do Salvador.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **rejeitar a preliminar suscitada** e, no mérito, por maioria, **CONCEDER A SEGURANÇA** perseguida, confirmando-se a liminar, no sentido de determinar à autoridade coatora que convoque a impetrante para realização dos exames pré-admissionais e, em caso de aprovação, proceda à sua nomeação e posse, observando a ordem classificatória.

### RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Nabila Monalisa da Silva Mendes Dantas contra ato coator perpetrado pelo Prefeito do Município do Salvador, que se olvidou, até a presente data, de convocar o impetrante para submeter-se às fases subsequentes do certame público em que concorreu ao cargo de Enfermeiro SAUEMF, vinculado ao Edital/1/2011, em virtude das contratações precárias.

Relata o impetrante que o referido instrumento convocatório prevê 193 vagas, tendo ele obtido a 212ª colocação, integrando, assim, o cadastro de reserva. Acrescentou que foram convocados os candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertados no edital de abertura, todavia, em razão das desclassificações e desistências ocorridas no transcurso do processo seletivo, foi publicada convocação dirigida aos habilitados em cadastro de reserva.

Sustenta que são de conhecimento público as contratações precárias de profissionais de saúde realizadas pelo Município de Salvador, para exercer, inclusive, os mesmos cargos oferecidos no concurso municipal - SMS/2011, a que concorreu o impetrante, configurando-se, desta for-

ma, nítida hipótese de preterição que implica o direito líquido e certo a sua imediata convocação, uma vez que o número de profissionais, em atuação, com vínculo precário no referido órgão público, ultrapassa a classificação obtida pelo candidato.

Requer, por fim, provimento liminar para, determinar que o impetrado proceda, imediatamente, a sua convocação para participar das demais etapas do processo seletivo em andamento, vale dizer, submeter-se aos exames pré-admissionais ou, subsidiariamente, a reserva da vaga pretendida. No mérito, pugna pela confirmação da medida antecipatória e a concessão final da segurança.

Com a inicial vieram encartados os documentos de fls. 36/727.

A medida de urgência vindicada foi deferida às fls. 732 e verso, no sentido de determinar, à autoridade coatora, que convocasse o impetrante para participar das etapas subsequentes do certame, consistentes na realização dos exames pré-admissionais.

O Município do Salvador manifestou-se, fls. 736/758, suscitando, preliminarmente a ilegitimidade passiva do Prefeito. No mérito, a ausência de direito líquido e certo, diante da ausência de contratações precárias e a alegada preterição. Apresentou, ainda, Agravo Regimental de fls. 998/1012.

A Procuradoria de Justiça confeccionou parecer, fls. 1015/1017-verso, opinando pela denegação da segurança, sob o argumento de que as vagas excedentes decorrentes da classificação dos candidatos não alcança a classificação da impetrante, bem como não ficou comprovada a existência de contratação precária de servidores temporários.

Relatados os autos, incluía-se em pauta para julgamento.

### VOTO

Cuida-se de Ação Mandamental impetrada por Nabila Monalisa da Silva Mendes Dantas contra ato coator perpetrado pelo Prefeito do Município do Salvador, que deixou de providenciar sua nomeação e posse no cargo de Enfermeiro SAUEMF (Serviço de Atendimento a Urgência/Emergência Móvel e Fixo), 30 horas, do concurso público Edital SEPLAG nº 01/2011, em razão de ter realizado contratações precárias.

De início, cumpre afastar a preliminar alegada, em sede de defesa, de ilegitimidade passiva do Prefeito do Município do Salvador, porquanto é a autoridade que subscreve os editais do certame e detém competência para nomeação de servidores públicos municipais.

Neste sentido é a jurisprudência:

**APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE SANTA ROSA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR TÉCNICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO DE PROVA OBJETIVA. APENAS UMA ASSERTIVA CORRETA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. REPRODUÇÃO EM DUPLICIDADE DE ALTERNATIVAS INCORRETAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Legitimidade do Prefeito Municipal para figurar no pólo passivo da ação mandamental, porquanto é a autoridade que subscreve os editais do certame. 2. O título VII (Da Prova Objetiva), item 3, do edital de abertura do certame (Edital nº 001/2014), determina que “cada questão será estruturada de um enunciado e cinco alternativas das quais considerar-se-á correta apenas uma das alternativas”. (grifo no original) 3. O edital é a lei do processo seletivo, vinculando todos os participantes. Nele constam as regras do certame e os critérios objetivos de julgamento, indispensáveis à garantia de sua legalidade e constitucionalidade. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70065506685, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Ublein, Julgado em 26/08/2015).**

**“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA.**

1. O órgão a quo, oferecendo conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada, manifestou-se de forma clara e harmônica sobre a existência de direito adquirido à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas e o correspondente dever da Administração.
2. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, basta que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.
3. Quanto à aludida violação ao art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil e ao art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09, tem-se que o presente mandado de segurança tem por objeto o direito líquido e certo à nomeação em cargo público de candidato que fora classificado em concurso dentro do número de vagas e esta Corte Superior já apontou pela existência de direito subjetivo à nomeação nessa hipótese. Precedentes.
4. Da mesma forma, não socorre ao recorrente o argumento de ilegitimidade passiva da autoridade coatora, pois é cediço que, em sede de mandado de segurança, deve figurar no polo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais para fazer cessar a ilegalidade.
5. Recurso especial não provido. (REsp 1220685/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 22/03/2011)”.

Assim, constando na peça inaugural pedido de nomeação e posse da impetrante, ressalta clara a legitimidade do Prefeito Municipal para figurar no polo passivo da ação mandamental, em que se pleiteia assunção em cargo público.

**Desta forma, afasta-se a preambular deduzida.**

No mérito, defende a impetrante que foram empreendidas pelo Município do Salvador contratações temporárias, em total desrespeito aos classificados no processo seletivo regido pelo Edital SEPLAG n. 01/2011, configurando notável preterição, motivo que ampara a pretensão de nomeação e posse, ante a existência de vagas suficientes a alcançar sua posição na ordem classificatória. Aduz, ainda, a existência de vagas surgidas posteriormente à abertura do certame, pendentes de preenchimento.

Compulsando detidamente os fólios processuais, nota-se que, após a publicação da norma editalícia, a Administração Pública manifestou a necessidade em preencher as vagas que foram surgindo durante a vigência do certame, sem realizar outro processo seletivo para tanto, encontrando-se as mesmas disponíveis para ocupação.

Assim, conforme a Tabela expedida pela Prefeitura Municipal, o edital previu, inicialmente, 193 vagas, contudo, foram convocados 207 candidatos, sendo que apenas 187 foram nomeados, dos quais 182 foram devidamente empossados (fls.416).

Dessa forma, diante das desistências ou desclassificações surgiram 25 (vinte e cinco) vagas além das inicialmente ofertadas, alcançando a posição da Impetrante aprovada na 212ª.

O ponto nodal da controvérsia trazida à baila pelo presente *writ* refere-se à análise da possibilidade de preenchimento das vagas remanescentes, decorrentes de desistências ou inaptidões dos convocados, pelos candidatos seguintes na ordem de classificação, bem como de ocupação das vagas atualmente preenchidas por servidores temporários.

De início, convém externar que somente os direitos plenamente verificáveis, sem a exigência de dilação probatória, estão aptos a ensejar a impetração do mandado de segurança, não sendo admitidos aqueles de existência duvidosa ou provenientes de fatos ainda não determinados.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Vejamos:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. PRAZO DE VALIDADE. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO NO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE. MATÉRIA DECIDIDA PELA CORTE.**

1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.
2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AgRg no RMS 29.145/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 22/06/2015).

**ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS VAGOS NA ESPECIALIDADE PARA A QUAL CONCORREU. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.**

1. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, não havendo mera expectativa de direito.
2. A jurisprudência do STJ também pacificou-se no sentido de que o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado, caso se comprove: a) quebra da ordem classificatória, b) contratação temporária para preenchimento de vagas existentes ou c) surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância durante o prazo de validade do certame.
3. É cediço nesta Corte Superior que a ação de Mandado de Segurança é meio constitucional posto à disposição do cidadão para a proteção de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade. Não demonstrada de plano a lesão ou ameaça, o pedido deve ser indeferido.
4. Na análise detida dos autos, verifico que a ora agravante não comprovou efetivamente ter havido criação de novas vagas, durante a validade do concurso, na especialidade para a qual concorreu a interessada, tampouco a preterição da candidata em sua ordem de nomeação, não existindo, evidentemente, comprovação da violação de seu direito pessoal.
4. Diante da ausência de prova pré-constituída suficiente à demonstração da liquidez e certeza do direito invocado, a denegação da segurança é medida que se impõe, não merecendo reforma o acórdão impugnado.
5. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS 47.910/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 30/06/2015).

Além disso, exsurge dos autos que o impetrante comprovou ter havido surgimento de novas vagas para a especialidade pretendida, ao longo da validade do concurso, bem como a preterição em sua convocação para as fases subsequentes, restando manifesta a comprovação da violação de seu direito pessoal.



Assim, à luz do que dispõe o art. 37, I, da Constituição Federal “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

Da norma constitucional em referência, infere-se a possibilidade do acesso aos cargos, empregos e funções públicas a todos que preencham os requisitos legais e o impetrante enquadra-se na hipótese legal, pois o direito a prosseguir na também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passa a figurar dentre as vagas em decorrência da preterição ou do surgimento de vagas novas, situações que ocorreram no caso vertente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581113, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJE 30/8/2011, proclamou o entendimento de que a criação de vagas durante o prazo de validade do concurso público garante o direito de nomeação àqueles que foram aprovados fora das vagas originalmente previstas no edital.

Eis a ementa do referido julgado:

*Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei. 1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação. 2. Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso. 3. Recurso extraordinário provido. (RE 581113, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-103 DIVULG 30-05-2011 PUBLIC 31-05-2011 EMENT VOL-02533-01 PP-00168).*

Na espécie, encontra-se latente o direito do candidato habilitado em concurso ainda válido, de ser convocado para as demais etapas do certame, pois comprovadas as alegadas contratações irregulares de pessoal para o exercício de idêntica finalidade, com manutenção nos quadros da Administração Pública Municipal, de servidores temporários, aprovados em processos seletivos, realizados nos exercícios de 2005 e 2006, conforme pode ser observado dos documentos de fls.430/635, tendo-se demonstrado, ainda, a existência de vagas remanescentes, pois não empossados candidatos em numerário suficiente para esgotar as vagas que a Prefeitura Municipal manifestou interesse em preencher, alcançando a sua classificação (212ª).

Nesta conformidade, merece ratificação a decisão liminar porque sintonizada ao entendimento firmado pelo STF e STJ, segundo o qual, comprovado o surgimento de novas vagas ou a contratação de servidores temporários, durante a validade do certame, desponta para os concurrendos, inicialmente aprovados fora do número de vagas, o direito subjetivo de serem convocados, na ordem de classificação, atentando-se para a quantidade de novas vagas disponibilizadas pela Administração Pública.

Por fim, registro que com o julgamento do presente fica prejudicado o agravo regimental de fls. 998/1012 dos autos.

Diante do exposto, voto no sentido de **rejeitar a preliminar suscitada** e, no mérito, **CONCEDER A SEGURANÇA** perseguida, confirmando-se a liminar, no sentido de determinar à autoridade coatora que convoque a impetrante para realização dos exames pré-admissionais e, em caso de aprovação, proceda à sua nomeação e posse, observando a ordem classificatória.



Tendo em vista a isenção do Município, e tratando-se de mandado de segurança, a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF e do art. 25, da Lei 12.016/09, deixo de condenar o impetrado em custas processuais e honorários advocatícios.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 00000285-02.2015.8.05.0018, Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Mário Augusto Albiani Alves Júnior, julgado em 16/8/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL REJEITADAS. PREVISÃO DE VAGAS EXCLUSIVAMENTE PARA FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CANDIDATO APROVADO EM PRIMEIRO LUGAR. EDITAL QUE APONTA GENERICAMENTE A DEMANDA DE VAGAS DAS ESCOLAS DA REGIÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.**

O objetivo precípua do concurso não é saber se há no mercado mão de obra habilitada ao exercício do cargo, mas sim selecionar aqueles candidatos que comprovarem sua aptidão, partindo do pressuposto de que o poder público necessita da mão de obra anunciada. Assim, não se pode admitir que a administração pública veicule edital visando apenas e tão somente à formação de cadastro de reserva, se não houver perspectiva de que exista ao menos uma vaga a justificar a deflagração do certame.

A partir do momento em que é veiculado o edital do concurso, a presunção é de que há absoluta necessidade de pessoas habilitadas para o exercício de funções públicas e cuja habilitação precisa ser reconhecida por meio do concurso, para o eficaz e correto desempenho de atividades no serviço público.

Deve-se pontuar que se violam os princípios da eficiência e da moralidade administrativa quando o poder público se mobiliza para realizar um concurso público para somente após verificar se há ou não necessidade de nomear os candidatos que foram aprovados.

A circunstância justificadora de eventual não convocação do candidato aprovado deve ser a imprevisibilidade e não a imprevidência da administração, circunstância, inclusive, que deve estar devidamente motivada, permitindo a aferição de sua legitimidade.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0000285-02.2015.8.05.0018**, tendo como apelante **MUNICÍPIO DE BARRA**, e apelado **TÚLIO LORRAN DE OLIVEIRA JORGE**,

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste, **à unanimidade de votos, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO, confirmando a sentença em reexame necessário**, pelas razões adiante expostas.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **MUNICÍPIO DE BARRA**, em face da sentença de fls. 206/214, proferida nos autos do presente Mandado de Segurança, impetrado por **TÚLIO LORRAN DE OLIVEIRA JORGE**, pelo Juízo da Vara de dos Feitos de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Barra, que concedeu a segurança pleiteada, determinando ao Município de Barra que proceda nomeação e posse do impetrante no cargo em que foi classificado em primeiro lugar (professor de educação física), até a data de 16/04/2016, momento no qual expirará a validade do certame.

Irresignado, o Município de Barra interpôs recurso de apelação às fls. 216/223, sustentando, preliminarmente, a ausência de direito líquido e certo do impetrante. No mérito, alega a inexistência de qualquer ato ilegal da autoridade coatora, uma vez que o impetrante participou do concurso regido pelo edital nº 01/2011, disputando vaga para o cargo de professor, o qual previu apenas a formação de cadastro reserva, não havendo que se cogitar direito à nomeação.

Sustenta que o apelado não logrou êxito em comprovar a contratação precária de professores, a denotar possível existência de vagas, pois os funcionários indicados por ele jamais exerceram a função de professor de educação física.

Alega que, não havendo comprovação de contratação precária, além de ter sido o impetrante aprovado no primeiro lugar do cadastro de reserva, este possui apenas expectativa de direito à nomeação, de forma que a sentença merece reforma integral.

Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso, com a reforma do decisum guerreado, diante da inexistência de ato ilegal praticado pelo impetrado.

Devidamente intimado, o impetrante apresentou contrarrazões às fls. 233/241, sustentando, preliminarmente, a irregularidade da representação processual do apelante, uma vez que o recurso foi interposto por advogado sem procuração nos autos. No mérito, pugnam pela manutenção integral da sentença hostilizada.

Os autos foram remetidos à Segunda Instância, e uma vez distribuídos a esta Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste, coube-me, por sorteio, a relatoria do feito.

Às fls. 246/251, a Procuradoria de Justiça apresentou seu parecer, opinando pelo não conhecimento do recurso de apelação interposto, e reforma da sentença em reexame necessário, para denegar a segurança.

À fl. 253, foi proferido despacho determinando a intimação do apelante para regularizar sua representação processual, o que foi atendido por meio da petição e documentos de fls. 254/258.

**VOTO**

Conheço do recurso, presentes que se encontram os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

No que diz respeito à irregularidade na representação processual da apelante, não merece acolhimento a alegação, uma vez que o defeito apontado é sanável e foi prontamente regularizado pelo apelante quando intimado para tal (fls. 254/263).

Inicialmente, no que diz respeito à alegada ausência de direito líquido e certo, cumpre asseverar que a preliminar tem por fundamento a alegação de que, no caso em apreço, a pretensão do Impetrante não comportaria mandado de segurança, haja vista a inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado.

Ocorre que, ao arguir, em preliminar, a ausência de direito líquido e certo, o Impetrado confunde sua arguição com o próprio mérito do *writ*, eis que a aferição de existir, na impetração, efetiva violação a direito líquido e certo, somente se promove quando da apreciação de mérito.

O requisito legal para a impetração do mandado, ligado ao interesse processual, reside na demonstração, a *prima facie*, dos fatos que fundam a sua pretensão ou buscam amparar a tutela que almeja, o que, no caso, se verificou, já que o Impetrante traz aos autos prova do ato que diz ilegal e que não foi contestado pela autoridade impetrada, qual seja, a sua aprovação em primeiro lugar no concurso público para o cargo de professor de educação física do Município de Barra, bem como a sua não convocação.

A aferição, em concreto, da efetiva existência do alegado direito, ou seja, de se o ato impugnado, de fato, efetivamente, viola direito do impetrante, depende da análise do mérito do mandado de segurança, levando, a depender do que se conclua a respeito, à concessão ou denegação da ordem.

A jurisprudência em derredor do tema se coaduna com tal entendimento:

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO DA VIA: MATÉRIA DE DIREITO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO: MÉRITO DA AÇÃO MANDAMENTAL - OITIVA MPF: OBRIGATORIEDADE (ART. 12 DA LEI N.º 12.016/2009).

1. Adequado o mandado de segurança para discutir matéria eminentemente de direito. 2. A liquidez e certeza na ação mandamental, que é especial, constituem o mérito do writ, razão pela qual não pode o processo ser extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, I) a tal título, não prestando, o julgador, assim, a jurisdição pretendida, uma vez que verificar se a pretensão não pode, em tese, ser atendida à luz da lei ou do direito, o caso é de eventual “improcedência” em sentença de mérito. 3. Obrigatória a oitiva do MPF (art. 12 da Lei n.º 12.016/2009). 4. Apelação provida: prejudicial afastada. Autos à origem. 5. Peças liberadas pelo Relator, Brasília, 10 de julho de 2012, para publicação do acórdão.

(TRF-1 - AMS: 5561 MG 2009.38.02.005561-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Data de Julgamento: 10/07/2012, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.713 de 20/07/2012)

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO DA VIA: MATÉRIA DE DIREITO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO: MÉRITO DA AÇÃO MANDAMENTAL - OITIVA MPF: OBRIGATORIEDADE (ART. 12 DA LEI N.º 12.016/2009).

1. Adequado o mandado de segurança para discutir matéria eminentemente de direito. 2. A liquidez e certeza na ação mandamental, que é especial, constituem o mérito do writ, razão pela qual não pode o processo ser extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, I) a tal título, não prestando, o julgador, assim, a jurisdição pretendida, uma vez que verificar se a pretensão não pode, em tese, ser atendida à luz da lei ou do direito, o caso é de eventual “improcedência” em sentença de mérito. 3. Obrigatória a oitiva do MPF (art. 12 da Lei n.º 12.016/2009). 4. Apelação provida: prejudicial afastada. Autos à origem. 5. Peças liberadas pelo Relator, Brasília, 10 de julho de 2012, para publicação do acórdão.

(TRF-1 - AMS: 5561 MG 2009.38.02.005561-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Data de Julgamento: 10/07/2012, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.713 de 20/07/2012)

#### **Isto posto, rejeito as preliminares arguidas.**

Na origem, o apelado impetrou mandado de segurança sustentando ter sido aprovado em primeiro lugar no concurso público realizado pela Prefeitura Municipal de Barra, para o cargo de professor de educação física, e que o Município teria contratado cinco pessoas para exercer a função de professor de educação física de forma precária, demonstrando a necessidade destes profissionais na rede pública de ensino, a ensinar o direito à nomeação e posse do impetrante.

A questão controvertida, no caso, refere-se à apuração da existência de direito líquido e certo do impetrante à sua efetiva nomeação e posse, no concurso no qual foi aprovado em primeiro lugar, o qual previu apenas a formação de cadastro de reserva.

Como se sabe, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal consagra os princípios basilares que regem a administração pública, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Dando efetividade sobretudo aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, o inciso II do dispositivo retromencionado disciplina a forma de ingresso dos servidores nos quadros da administração:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Nestes termos, tem-se que o concurso público é a forma de provimento originário pela qual a administração pública seleciona, na sociedade, aquele cidadão que reúne melhores condições técnicas de desempenhar as funções que o poder público necessita para o regular desenvolvimento de suas atividades.

O objetivo precípuo do concurso não é saber se há no mercado mão de obra habilitada ao exercício do cargo, mas sim selecionar aqueles candidatos que comprovarem sua aptidão, partindo do pressuposto de que o poder público necessita da mão de obra anunciada. Assim, não se pode admitir que a administração pública veicule edital visando apenas e tão somente à formação de cadastro de reserva, se não houver perspectiva de que exista ao menos uma vaga a justificar a deflagração do certame.

A partir do momento em que é veiculado o edital do concurso, a presunção é a de que há absoluta necessidade de pessoas habilitadas para o exercício de funções públicas, e cuja habilitação precisa ser reconhecida por concurso, para o eficaz e correto desempenho de atividades no serviço público.

A efetividade da exigência constitucional do concurso público, incomensurável conquista da cidadania no Brasil, está condicionada à observância, pelo poder público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem seu pleno exercício pelos cidadãos.

Deve-se pontuar que se violam os princípios da eficiência e da moralidade administrativa quando o poder público se mobiliza para realizar um concurso público para somente após verificar se há ou não necessidade de nomear os candidatos que foram aprovados.

Na doutrina, Diógenes Gasparini afirma que:

o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago, pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica esse certame. Se não existir cargo vago e se se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, deve-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso.<sup>3</sup>

3 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

Se analisarmos o empenho humano, os candidatos muitas vezes abdicam de diversas coisas de sua vida pessoal, como momentos de lazer e convívio com familiares, para poderem se empenhar física e intelectualmente em prol do concurso que pretendem realizar, a justificar a análise da questão também sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em matéria de concurso público, entendo ser lapidar trazer à colação o seguinte julgamento do Supremo Tribunal Federal, que ressalta a necessidade de a administração pública observar os princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima, senão vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionais que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.



**IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.** Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incommensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

No acórdão, o eminente Relator, Min. Gilmar Mendes, ressaltou que:

O tema da segurança jurídica é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larex, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê o princípio da confiança como aspecto do princípio da segurança:

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”. (Derecho justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91)

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé. Diz:

“Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida, é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público”. (Derecho justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95/96)

Forçoso concluir que a realização de concurso público pela Administração deve obedecer com rigor aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, porquanto cria para o candidato que se inscreve e se prepara para o certame uma confiança de que existe uma necessidade de contratação de pessoal, ainda que não imediata.

A segurança jurídica é necessária para a estabilidade social, pois *“é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos”*<sup>4</sup>.

Ainda que a administração pública não tenha estipulado de forma expressa no edital o quantitativo de vagas para o cargo no qual o impetrante, ora apelado, logrou aprovação, é inarredável a conclusão de que criou no candidato aprovado em primeiro lugar uma legítima expecta-

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 29

tiva de que seria nomeado dentro de seu prazo de validade, sendo ilícita e contrária ao princípio da boa-fé objetiva e da segurança jurídica a atuação omissiva do órgão que movimenta toda a máquina da Administração Pública para a realização de concurso público sem que exista a probabilidade de nomeação sequer do primeiro colocado.

No caso dos autos, um fato notório (art. 374, I, do CPC) que merece menção é que o edital do certame, disponível para consulta pública no sítio eletrônico <<http://concursos.libri.com.br/uploads/25/concursos/3/anexos/f4e8d66c68785d3f32894656889d3242.pdf>>, indicou no seu anexo III a “RELAÇÃO DE ESCOLAS POR POLO DA ZONA RURAL”, indicando o seguinte quantitativo de vagas: POLO 01 – 1 VAGA; POLO 02 – 2 VAGAS; POLO 03 – 10 VAGAS; POLO 04 – 19 VAGAS; POLO 06 – 5 VAGAS; POLO 08 – 13 VAGAS, o que totaliza uma demanda de 50 vagas, conforme consta expressamente no bojo do citado Anexo III.

Considerando que o referido certame previu apenas vagas de professores na área de educação, infere-se que, a despeito da previsão da formação inicial do cadastro de reserva, a própria administração pública já indicou no edital uma demanda de 50 vagas nos polos referidos no Anexo III.

Assim, incogitável a tese de que a nomeação determinada pelo magistrado singular seria ilegal, uma vez que, havendo claro indicativo da demanda existente de professores naquela região, a mera expectativa de direito do impetrante converte-se em direito líquido e certo, amparável pela via processual por ele eleita.

Por outro lado, cumpre registrar que a motivação é um dos elementos que compõem o ato administrativo, conferindo-lhe validade. Assim, quando o poder público deixa de fazer o que lhe é próprio, no caso, a nomeação do candidato aprovado, é preciso que haja motivação expressa e suficiente acerca das circunstâncias que envolvem a questão, inclusive como forma de permitir o controle do ato pelo Poder Judiciário, assim como pela própria sociedade.

É necessário que haja conhecimento prévio da efetiva necessidade administrativa, por parte do poder público, antes de se deflagrar o concurso público, denotando tanto a responsabilidade de quem convocou o concurso como aos cidadãos que dele participarão. A circunstância justificadora de eventual não convocação do candidato aprovado deve ser a imprevisibilidade, e não a imprevidência da administração, circunstância que, inclusive, deve estar devidamente motivada, permitindo a aferição de sua legitimidade.

A máquina pública precisa ser eficiente, e isto também constitui um direito dos administrados.

Por fim, destaco que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 369/2008, de autoria do Senador Expedito Júnior, que veda a realização de concurso público exclusivo para a formação de cadastro de reserva. Segundo o Projeto, nenhum edital de concurso público poderá deixar de prever a especificação do número de cargos a serem providos e a formação de cadastro de reserva somente será permitida para candidatos aprovados em número excedente ao inicialmente previsto.

Na justificação do Projeto, o autor destaca que a adoção de cadastro de reserva permite a realização de concurso mesmo quando não haja qualquer cargo vago, o que pode constituir, muitas vezes, um verdadeiro atentado aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, ludibriando os candidatos, ao criar-lhes falsas expectativas de nomeação.

Destaca, ainda, que não faz o menor sentido a realização de concurso apenas para a formação de cadastro de reserva, pois, “ou a Administração carece de novos quadros, e por isso promove o concurso, ou, não estando necessitada de mais servidores, falta-lhe interesse legítimo para deflagrar o processo seletivo”.

O magistrado singular, de forma muito percuciente, bem registrou que *“é pressuposto lógico para que a Administração Pública publique um edital, mesmo que destinado a formação de cadastro*

*de reserva, que exista ao menos uma vaga a ser preenchida, a fim de justificar a feitura do certame. Partindo dessa concepção, é certo que o candidato aprovado em primeiro lugar tem direito subjetivo à nomeação” (fl. 210).*

Dessa maneira, entendo que é irretocável a sentença proferida nos autos, a qual merece integral confirmação, nos termos já expostos.

**Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação, confirmando integralmente a sentença em reexame necessário.**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000011-21.2002.8.05.0268, Terceira Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 28/6/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES. AGRAVO RETIDO. VALOR DA CAUSA. SOMA DAS PENALIDADES PECUNIÁRIAS. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE. ART. 130, DO CPC/73. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. ART. 330, I, DO CPC/73. MÉRITO. CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO, PARA JUSTIFICATIVA E PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS ESSENCIAIS. VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. VÍNCULO MATRIMONIAL ENTRE O PREFEITO E A SÓCIA MAJORITÁRIA. CONTRATO SUPERFATURADO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 12, I, DA LEI Nº. 8.429/92. GRAVIDADE DO FATO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.**

Tratando-se de ação de improbidade administrativa em que se pleiteia a condenação dos réus pela prática de ato que importou em enriquecimento ilícito (art. 9º, da Lei nº. 8.429/92), o valor da causa deve corresponder à soma dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos demandados com a quantia referente à multa civil em seu grau máximo, ou seja, três vezes o valor do acréscimo patrimonial ilícito (art. 12, I, da Lei nº. 8.429/92). Art. 259, II, do CPC/1973.

De acordo com o art. 130, do CPC/1973, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Assim, se constatar que todas as questões controvertidas nos autos foram devidamente esclarecidas pela prova documental carreada pelas partes, o magistrado deve indeferir o pedido de dilação probatória e julgar antecipadamente o feito, com base no art. 330, I, do CPC/1973, em homenagem ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Precedentes do STJ.

A contratação direta por inexigibilidade de licitação é possível quando houver inviabilidade de competição, como nos casos de serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais de notória especialização. Exige-se, todavia, a instauração de prévio processo administrativo, para a justificativa da contratação e publicação na imprensa oficial. Arts. 25 e 26, da Lei nº. 8.666/93.

Os contratos administrativos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam, ou, se for o caso, atender aos termos do ato que autorizou a contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Além disso, devem conter as cláusulas essenciais previstas no art. 55, da Lei nº. 8.666/93.

Caracteriza ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, na forma do art. 9º, da Lei nº. 8.429/92, a contratação irregular e superfaturada de pessoa jurídica prestadora de serviços médicos, cuja sócia majoritária e representante é esposa do prefeito, sobretudo quando o mandatário também fazia parte do quadro societário antes de assumir o cargo, retornando logo após o encerramento deste, mediante negócio jurídico não oneroso.

Na aplicação das penalidades do art. 12, da Lei nº. 8.429/92, o magistrado deve atentar para a gravidade do fato e para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Atendidos estes parâmetros, não há razão para a modificação quantitativa ou qualitativa pelo Tribunal de Justiça.

**Agravos retidos improvidos. Apelação improvida. Sentença mantida.**

### ACÓRDÃO

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 0000011-21.2002.805.0268, em que figuram, como apelantes, José Humberto Carvalho Rocha, Rocha Serviços Médicos S/C Ltda. e Mônica Cury Oliveira Rocha e, apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia.**

Acordam os Desembargadores integrantes desta Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AOS DOIS AGRAVOS RETIDOS E À APELAÇÃO**, e o fazem nos termos do voto da Relatora.

### RELATÓRIO

**Trata-se de apelação cível interposta por José Humberto Carvalho Rocha, Rocha Serviços Médicos S/C Ltda. e Mônica Cury Oliveira Rocha contra a sentença de fls. 1591/1604, da lavra do Juízo de Direito da Vara Cível da Comarca de Urandi, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público do Estado da Bahia, para condenar os réus, ora apelantes, como incurso nas cominações do art. 12, I, da Lei nº. 8.429/92, por terem violado o art. 9º, caput, do diploma legal, impondo-lhes as seguintes penalidades:**

- a) devolução ao erário do valor acrescido ilicitamente ao patrimônio, equivalente a R\$ 435.302,78, com juros e correção monetária;
- b) suspensão dos direitos políticos pelo período de 8 (oito) anos;



c) pagamento de multa civil equivalente ao dobro do valor ilicitamente acrescido ao patrimônio dos apelantes;

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Irresignados, os apelantes requereram, preliminarmente, a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão de fls. 1.518/1.521, que indeferiu o pedido de dilação probatória, em ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como do agravo retido de fls. 30/31, dos autos da impugnação ao valor da causa em apenso, interposto contra a decisão interlocutória de fls. 25/26, que manteve o valor da causa em R\$ 1.741.211,12. Outrossim, suscitaram as seguintes preliminares: (i) nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado do feito; (ii) “preliminar de reconhecimento da licitude da contratação e da legalidade das providências adotadas para a garantia dos direitos fundamentais do município de Urandi”, haja vista que o próprio Município manifestou-se nos autos pela validade da contratação, de modo que haveria “carência de elementos jurídicos para o prosseguimento válido da ação”; (iii) preliminar de inexistência de dano ao erário; (iv) preliminar de ausência de demonstração do *animus* associativo – ausência de conluio ilícito indispensável para a caracterização da improbidade administrativa.

No mérito, sustentaram a inexistência de elementos configuradores de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito; a licitude da contratação dos serviços médicos especializados; a ausência de dolo, má-fé ou culpa; a ausência de comprovação de dano ao erário; a validade dos contratos de prestação dos serviços médicos especializados; o dever do Poder Público de garantir a saúde; o cumprimento das obrigações pactuadas no contrato; a dispensa de licitação por inexigibilidade; e a imprestabilidade do inquérito civil público como meio de prova por ausência de participação dos apelantes.

No tocante à dosimetria da pena, aduziram que a fundamentação da sentença é deficiente, o que enseja a decretação de nulidade; a impossibilidade de fixação das penas sem a determinação da extensão do dano causado; a necessidade de indicação dos motivos para a aplicação de cada uma das sanções; a impossibilidade de cumulação das sanções de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público; e a impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário; a impossibilidade de imputação direta da responsabilidade civil à pessoa física do ex-Prefeito, tendo em vista que a responsabilização do agente público só poderia ocorrer pela via regressiva

Contrarrazões às fls. 1711/1719.

Às fls. 1728/1737, a Procuradoria de Justiça opinou no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

Por meio da petição de fls. 1766/1778, os apelantes suscitaram “questões de ordem pública”, referentes à incompetência da Justiça Estadual, prescrição, ilegitimidade e falta de interesse do *Parquet*, contra o que se insurgiu a Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 1805/1813.

Em cumprimento ao art. 931 do NCPC, restituiu os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que peço dia para julgamento, ressaltando a possibilidade de sustentação oral, nos termos do art. 937, I, do mesmo diploma legal.

## VOTO

### **Verificada a presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.**

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público do Estado da Bahia, para condenar os apelantes pela prática de



ato de improbidade administrativa que importou em enriquecimento ilícito, tendo em vista a contratação irregular de empresa prestadora de serviços médicos, cuja sócia majoritária era esposa do prefeito.

**Preliminarmente, conheço do agravo retido de fls. 30/31, dos autos da impugnação ao valor da causa nº. 0000028-52.2005.0268, em apenso.**

Cuida-se de agravo interposto contra a decisão interlocutória de fls. 25/26, que manteve inalterado o valor da causa declarado pelo Ministério Público na petição inicial: R\$ 1.741.211,12.

Como bem asseverou a Promotoria de Justiça, às fls. 22/23, tratando-se de ação de improbidade administrativa em que se pleiteia a condenação dos réus pela prática de ato que importou em enriquecimento ilícito (art. 9º, da Lei nº. 8.429/92), o valor da causa deve corresponder à soma dos bens e valores supostamente acrescidos ao patrimônio com a multa civil em seu grau máximo, ou seja, três vezes o valor do acréscimo patrimonial ilícito (art. 12, I, da Lei nº. 8.429/92).

É o que se conclui, aliás, da leitura do art. 259, II, do CPC/1973:

Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

II - havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

Logo, considerando que os apelantes foram acusados de receber indevidamente a quantia de R\$ 435.302,78, constata-se que o valor da causa foi corretamente arbitrado em R\$ 1.741.211,12.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

**Isto posto, conheço do agravo retido de interposto contra o despacho saneador de fls. 1.518/1.521, que indeferiu o pedido de dilação probatória.**

A partir de uma análise atenta dos autos, observo que todos os fatos controversos encontram-se devidamente esclarecidos pela extensa documentação acostada aos autos, composta não só do exaustivo inquérito civil público promovido pelo Ministério Público, com a documentação examinada pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – TCM, como também por dezenas de documentos acostados pelos apelantes.

Nesta senda, o pedido de realização de perícia contábil nos documentos revela-se inteiramente desnecessário e procrastinatório, até porque todas as informações financeiras constantes nas notas de empenho de pagamento expedidos pela Prefeitura de Urandi e os recibos assinados pelos apelantes podem ser facilmente compreendidas sem a necessidade de esclarecimentos por parte de um perito.

O mesmo pode ser dito em relação à prova testemunhal, sendo importante frisar que os apelantes não esclareceram, com exatidão, quais fatos pretendiam provar com o depoimento das testemunhas.

Quanto aos documentos, os apelantes tiveram diversas oportunidades de trazê-los aos autos, inclusive antes do recebimento da petição inicial pelo Juízo *a quo*, junto à manifestação escrita aludida pelo art. 17, § 7º, da Lei nº. 8.429/92, e em momento posterior, junto à contestação.

Logo, diante da desnecessidade de dilação probatória e da possibilidade de formação do convencimento com base na extensa prova documental, agiu com acerto o magistrado ao indeferir o pedido, como previa o art. 130, do CPC/1973:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Inexistindo ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, nego provimento ao agravo retido, para manter a decisão agravada.

**Pelas mesmas razões, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado do feito.**

Como é cediço, o CPC/1973 previa a possibilidade de julgamento antecipado da lide quando as questões de mérito submetidas à apreciação do juiz fossem unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houvesse necessidade de dilação probatória:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Trata-se não de uma faculdade, mas sim de um dever conferido ao juiz, em obséquio ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), sendo oportuno frisar que o juízo sobre a imprescindibilidade dos meios de prova requeridos pelas partes incumbe exclusivamente ao próprio magistrado, que, afinal, é o seu único destinatário.

Não é por outra razão, aliás, que o próprio diploma processual atribuía ao magistrado o poder de indeferir a produção das provas inúteis ou protelatórias, nos termos do art. 130, do CPC/1973, transcrito acima.

Neste sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. (...). 2. **O julgamento antecipado da lide é possível quando o Magistrado, destinatário final da prova, em sintonia com o sistema de persuasão racional, considera desnecessária a produção de outras provas, não configurando, neste caso, cerceamento de defesa. Precedentes.**” (STJ. Sexta Turma. AgRg no Recurso Especial nº 1.185.079 – AM. Min. Conv. Haroldo Rodrigues. j.: 23/08/2011)

Como visto, a controvérsia instaurada entre as partes envolve não apenas questões de direito, mas também questões de fato; no entanto, estas já foram devidamente esclarecidas pela vastíssima prova documental, razão pela qual a dilação probatória mostrava-se dispensável e procrastinatória, sendo corretamente indeferida pelo Juízo *a quo*.

Ausente a alegada violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sendo válido o julgamento antecipado da lide.

No tocante às demais preliminares - “reconhecimento da licitude da contratação e da legalidade das providências adotadas para a garantia dos direitos fundamentais do município de Urandi”; inexistência de dano ao erário; ausência de demonstração do animus associativo; e ausência de conluio ilícito indispensável para a caracterização da improbidade administrativa -, verifico que, em verdade, confundem-se com o mérito da demanda, pelo que serão analisadas no tópico apropriado.

**Antes de adentrar o mérito, passo a examinar as “questões de ordem pública” suscitadas pelos apelantes na petição de fls. 1.766/1.778.**

Primeiramente, os apelantes sustentam a incompetência da Justiça Comum Estadual, tendo em vista que as verbas discutidas seriam oriundas de repasses da União, o que atrairia a competência da Justiça Federal, por força do art. 109, I, da CF/88, e a Súmula nº. 208, do STJ.

A alegação causa perplexidade, afinal, na manifestação escrita que precedeu ao recebimento da petição inicial, os apelantes suscitaram preliminar de incompetência do Juízo de 1º grau, afirmando expressamente que a competência seria do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (fls. 837/873).

Após o acolhimento da alegação pelo magistrado de piso, a questão foi devolvida ao conhecimento do TJBA, por força de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, ao que o Plenário da Corte decidiu que a demanda deveria ser processada pelo Juízo de Direito da Vara Cível da Comarca de Urandi (fl. 1.042). Contra a decisão plenária, não se insurgiram os apelantes.

Vê-se, portanto, que a nova alegação de incompetência absoluta, desta vez fundamentada em suposta competência da Justiça Federal, revela-se incompatível e contraditória com as próprias alegações anteriores dos apelantes, no sentido de que a competência seria do Tribunal de Justiça da Bahia. Essa flagrante ofensa à vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) demonstra o descaso dos apelantes com o princípio da boa-fé processual, sobretudo da forma como foi feita, isto é, quando o processo já se encontrava em pauta para julgamento, sendo evidente o intento procrastinatório, lembrando que a demanda foi ajuizada no ano de 2002, ou seja, há quase 15 (quinze) anos.

Embora compreenda que a alegação não deve ser conhecida, porque a matéria já se encontra preclusa, sendo a alegação extemporânea e contraditória com o próprio comportamento processual dos apelantes, passo a examiná-la, com o objetivo de afastar qualquer dúvida pendente sobre o tema.

Como bem asseverou a Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 1805/1813, trata-se de hipótese da competência da Justiça Comum Estadual de 1º grau, porque o que se discute nos autos é a prática de ato de improbidade administrativa caracterizado pela contratação irregular de sociedade empresária, cuja sócia majoritária era a esposa do ex-prefeito.

**Os apelantes tentam fazer crer, às vésperas do julgamento, que os recursos financeiros utilizados teriam sido objeto de repasse da União no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Ocorre que isso não foi objeto de discussão e nem sequer foi suscitado no curso do processo, não havendo qualquer elemento probatório, mesmo indiciário, que autorize tal conclusão.**

**Ainda que assim não fosse – isto é, ainda que se admita que as verbas são oriundas da União –, resta claro que já estavam incorporadas ao patrimônio do Município, fato que afasta a competência da Justiça Federal, consoante o remansoso entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado no enunciado da Súmula nº 209, in verbis:**

**“Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.”**

Inaplicáveis, portanto, a Súmula nº. 208 do STJ, a qual versa sobre verbas sujeitas à prestação de contas perante órgão federal, não incorporadas ao patrimônio municipal, bem como o art. 33, § 4º, da Lei nº. 8.080/90, e o art. 18, da LC 141/2012, até porque esta Lei Complementar é posterior aos fatos discutidos nos autos, não podendo retroagir para disciplinar situações concretizadas dez anos antes de sua entrada em vigor.

**Por essas razões, rejeito a preliminar de incompetência absoluta, como também rejeito as preliminares de falta de interesse processual e ilegitimidade ad causam do Ministério Público, haja vista que essas questões foram suscitadas na manifestação escrita de fls. 837/873 e também na contestação (fls. 1.076/1.096), sendo expressamente rejeitadas pelo Juízo a quo no despacho saneador (fl. 1.519) e na sentença (fl. 1.593), contra o que não se insurgiram os apelantes por meio do recurso adequado, de modo que sobre elas operou-se a preclusão.**

**Resta-me analisar a alegação de prescrição.**

De acordo com os apelantes, verifica-se o transcurso de mais de 5 (cinco) anos entre a data do término do mandato do recorrente e aquela em que houve o despacho citatório, restando, por-

tanto, ultrapassado o prazo prescricional, nos termos do art. 23, I, da Lei nº. 8.429/92. Ademais, afirmaram que o marco interruptivo aplicável é aquele previsto no art. 219, § 1º, do CPC/1973, vigente à época.

Contudo, não lhes assiste razão.

De acordo com o art. 23, I, da Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), caso o réu seja detentor de mandato, cargo em comissão ou função de confiança, a ação deve ser proposta em até cinco anos, contados do término do mandato, cargo ou função:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:  
I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

**No caso, a ação foi ajuizada em 31/5/2002, menos de dois anos após o encerramento do mandato do ex-prefeito, em 31/12/2000, ao passo que o despacho que determinou a notificação dos réus foi subscrito em 4/4/2003 (fl. 833), realizando-se o ato em 3/6/2003 (fl. 835v.), sendo oportuno registrar que a manifestação escrita do art. 17, § 7º, da LIA (defesa prévia) foi apresentada pelos demandados em 11/06/2003 (fl. 837), pelo que, evidentemente, não há falar em prescrição.**

Rejeito, portanto, a alegação de prescrição.

**Vencidas todas estas considerações, passo ao examine o mérito propriamente dito.**

Como é cediço, a Constituição Federal prevê a punição dos responsáveis por atos de improbidade administrativa em seu art. 37, § 4º, *litteris*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O dispositivo aplica-se aos agentes públicos, inclusive àqueles eleitos pela população, e também aos particulares que concorram com estes, como dispõem os arts. 1º a 3º, da Lei nº. 8.429/92, que regulamentou a previsão constitucional:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

**Parágrafo único.** Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

**Art. 2º** Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

O diploma legal aludido, conhecido como “Lei de Improbidade Administrativa – LIA”, estabeleceu uma gradação dos atos de improbidade em três grandes grupos, em ordem decrescente da gravidade da conduta, na qual os mais graves abarcam os subsequentes: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Fixadas essas premissas básicas, observo que o Ministério Público do Estado da Bahia instaurou inquérito civil para investigar os apelantes, após ser cientificado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia - TCM - acerca da decisão que decretou a nulidade do contrato de prestação de serviços médicos firmado pelo então prefeito do Município de Urandi, José Humberto Carvalho Rocha, e Rocha Serviços S/C Ltda.

Em sua fundamentação, o TCM frisou que a esposa do gestor, Mônica Cury Oliveira Rocha, era sócia majoritária da pessoa jurídica em questão e que o próprio alcaide também fizera parte da empresa, motivo pelo qual o condenou ao pagamento de multa, bem como ao ressarcimento do erário, no valor de R\$ 49.383,59, referente ao montante pago pelo Município à empresa, entre 5/5/2000 e 7/8/2000 (fls. 16/21).

Neste sentido, transcrevo o seguinte excerto da decisão do TCM, que rejeitou o pedido de reconsideração apresentado pelo ex-prefeito:

**“O Contrato foi considerado nulo por esta Casa, em decorrência da empresa Rocha Serviços Médicos S/C Ltda., pertencer a esposa do Prefeito, isto é, o Sr. José Humberto Carvalho Rocha, Alcaide do município de Urandi, gera uma receita a sua cônjuge, Sra. Mônica Cury Oliveira Rocha, com recursos públicos do qual é gestor, receita esta, da qual usufrui, já tendo, inclusive, sido sócio da citada empresa. Tal prática fere frontalmente os Princípios que regem a Administração Pública, da Moralidade, Legalidade, Impessoalidade.” (fl. 19)**

Neste ponto, esclareço que o inquérito civil é um instrumento colocado à disposição do Ministério Público pela própria Constituição Federal, destinando-se à colheita de elementos para a propositura de ação civil pública (gênero do qual a ação de improbidade administrativa é espécie), para a proteção de bens jurídicos de titularidade coletiva, a exemplo do patrimônio público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Trata-se de um procedimento inquisitivo e preparatório, no qual, em regra, não há exercício imediato do contraditório, o que não viola os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, afinal, todos os elementos colhidos nesta fase pré-processual são submetidos ao exercício do contraditório e da ampla defesa, após a propositura da demanda.

Logo, não há qualquer vício decorrente da utilização do inquérito civil na ação de improbidade administrativa.

Assentada a questão, verifico que o inquérito civil público encontra-se instruído com vastíssima prova documental, a partir da qual é possível vislumbrar que a empresa Rocha Serviços S/C Ltda. tinha como únicos sócios o ex-prefeito e a sua esposa, ambos com igual número de cotas.



Em março de 1996, poucos meses antes das eleições municipais nas quais viria a sagrar-se vencedor, o sr. José Humberto Carvalho Rocha doou todas as suas cotas sociais, sendo uma parte para a esposa, sra. Mônica Cury Oliveira Rocha, a qual passou à condição de sócia majoritária, e a outra parte para o sr. Adamastor Silva de Goes, que, a partir de então, passou a integrar a sociedade como sócio minoritário (fls. 962/963).

Adiante que, logo após o encerramento do mandato, no ano de 2001, o ex-prefeito retornou aos quadros da empresa, com o mesmo número de cotas que possuía antes das eleições de 1996, como se observa da segunda alteração do contrato social, por meio da qual o sr. Adamastor Silva de Goes “devolveu” as cotas sociais recebidas gratuitamente do ex-prefeito, mediante doação para o mesmo (fls. 964/965).

**Este fato extremamente significativo será melhor examinado adiante. Por ora, urge registrar que, logo no primeiro ano à frente da prefeitura municipal, o sr. José Humberto Carvalho Rocha contratou, sem licitação ou processo administrativo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação (fl. 29), a Rocha Serviços S/C Ltda. - a mesma da qual fizera parte, e que nesse momento tinha como sócia majoritária a sua esposa - para a “realização de exames clínicos no Hospital Municipal Padre Antônio Manoel da Rocha, em pessoas carentes residentes no Município de Urandi”, o qual foi sucessivamente renovado até o final do mandato (fls. 62/63, 72/73, 137/138)**

Logo à primeira vista, constato que a conduta violou o art. 26, da Lei nº. 8.666/93, afinal, ainda que se tratasse de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o gestor não poderia simplesmente firmar um contrato com a empresa escolhida, sendo imprescindível a instauração prévia de um processo administrativo de dispensa ou inexigibilidade de licitação, com justificativa e publicação na imprensa oficial, como condição para a eficácia do ato:

**Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.**

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Mas não é só. A contratação de uma empresa cuja sócia majoritária era, nada mais nada menos, a esposa do gestor, ofendeu a própria Lei Orgânica do Município de Urandi, como se verifica da leitura do caput do art. 100 (fl. 889):

**Art. 100 – O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os servidores municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção, não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição por até seis meses após findas as respectivas funções.**

Parágrafo Único – Não se incluem nesta proibição os contratados cujas cláusulas e condições sejam uniformes para todos os interessados.

Claramente, não assiste razão aos apelantes, ao sustentar a incidência da exceção prevista no parágrafo único do dispositivo, de modo a tornar lícita a contratação.

**Embora haja nos autos declarações de outros médicos, no sentido de que foram contratados pelo Município com as mesmas cláusulas e condições aplicáveis à empresa Rocha Serviços S/C Ltda. (fls. 894/896), o que se observa, surpreendentemente, é que os contratos firmados diretamente pelo ex-prefeito e sua esposa não discriminavam as condições da contratação e nem apresentavam cláusulas que pudessem ser consideradas “uniformes” para todos os profissionais contratados pelo Município.**

Uma mera leitura dos instrumentos contratuais (fls. 62/63, 72/73, 137/138) revela que estes foram redigidos em apenas uma folha, contendo seis cláusulas extremamente simples, sem qualquer referência, ainda que mínima, aos direitos e obrigações das partes ou condições de execução, tais como carga horária de prestação de serviços, frequência mínima ao Hospital Municipal, tipos de exames clínicos a serem realizados, valor devido por cada um deles, número de atendimentos mínimos, penalidades, hipóteses de rescisão, legislação aplicável etc.

**O que se observa, portanto, é que além do impedimento decorrente do vínculo matrimonial e da irregularidade pertinente à ausência de prévio processo administrativo de inexigibilidade, com justificativa e publicação na imprensa oficial, o contrato foi redigido sem as cláusulas reputadas essenciais pelos arts. 54 e 55, da Lei nº. 8.666/93:**

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

**§1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.**

**§2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.**

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no

§ 6º do art. 32 desta Lei.

**Tudo o que o instrumento contratual dispõe a respeito do objeto contratado é que este consiste na “realização de exames clínicos no Hospital Municipal Padre Antônio Manoel da Rocha, em pessoas carentes residentes no Município de Urandi – BA” (cláusula primeira), de modo que não havia previsão alguma de realização de exames específicos, de natureza singular e que exigissem determinada especialização médica, a ponto de inviabilizar a competição na localidade, o que desconstrói toda a argumentação dos apelantes no sentido de que a contratação da empresa Rocha Serviços S/C Ltda. seria um caso de inexigibilidade de licitação, já que a esposa do ex-prefeito seria a única especialista em ultrassonografia no município.**

Sobre a inexigibilidade de licitação, reza o art. 25, da Lei nº. 8.666/93:

Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

**II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;**

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

**§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.**

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Ao discorrer sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho expõe os requisitos da contratação direta para a prestação de serviços especializados, fazendo um importante alerta sobre a utilização desse instrumento por gestores desonestos:

“Além dos casos de dispensa, o Estatuto contempla, ainda, os casos de inexigibilidade. Não custa repetir a diferença: na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra, inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição. Diz o art. 25 do Estatuto: É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

(...)

Outra situação específica é a necessidade de contratar serviços técnicos especializados, de natureza singular, executados por profissionais de notória especialização (art. 25, II, do Estatuto). Não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação espe-

cífica. A lei faz remissão ao art. 13, onde estão mencionados vários desses serviços, como os de pareceres, auditorias, fiscalização, supervisão, treinamento de pessoal, estudos técnicos ou projetos, patrocínio de causas etc.

Para contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, o seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo da sua atividade. (...).

Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que 'singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização. Diante da exigência legal, afigura-se ilegítima, a contrário sensu, a contratação de serviços cuja prestação não apresente qualquer carga de particularização ou peculiaridade, ainda que também sejam serviços técnicos ou especializados.

Revestindo-se o serviço de todas essas características, pode a Administração contratar diretamente o profissional, e isso porque, em última análise, seria inviável a competição.

Não obstante, é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe aos Tribunais de Contas atuar com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilização penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência." (Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, fls. 248/251)

**Todas as dúvidas a respeito da ausência dos requisitos autorizadores para a contratação direta da Rocha Serviços S/C Ltda. ficam afastadas com a leitura das notas de empenho e recibos de fls. 32/818, as quais revelam que, durante a execução contratual, de 1997 a 2000, a sra. Mônica Cury realizou partos, acompanhamentos de internações e exames clínicos não especificados, sendo possível vislumbrar, de maneira cristalina, que não se tratava de serviços de natureza singular, e muito menos de serviços que só poderiam ser realizados por aquela médica e nenhum outro profissional que atuava na localidade, a exemplo dos médicos indicados às fls. 894/896, que já vinham prestando serviços ao próprio Município.**

Demonstrada a ausência dos requisitos para a contratação direta e a patente viabilidade de competição, conclui-se que a conduta do ex-prefeito violou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de licitação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E, como visto, ainda que o caso fosse realmente de inexigibilidade de licitação (o que não era), o alcaide não poderia ter simplesmente contratado uma empresa para a prestação dos ser-

viços (muito menos a empresa de sua esposa), fazendo-se indispensável a prévia instauração de um processo administrativo de inexigibilidade, com justificativa e publicação na imprensa oficial, conforme o art. 26, da Lei nº. 8.666/93, transcrito acima.

Sem dúvidas, a saúde é direito de todos e dever do Estado, tratando-se de um direito fundamental assegurado pela Carta Magna (arts. 6º e 196), o que, todavia, não autoriza o Poder Público a atropelar todas as formalidades necessárias à contratação de uma empresa para a prestação de serviços de saúde, até porque a licitação também possui status constitucional (art. 37, XXI), configurando uma verdadeira salvaguarda da sociedade e do erário contra o mau gestor, em total consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.

**E é exatamente de um mau gestor que se está a tratar, pois, além de todas as irregularidades perpetradas pelos apelantes, há nos autos provas robustas de que o contrato foi superfaturado, em benefício direto dos apelantes, o que acarretou graves prejuízos financeiros ao Município de Urandi.**

A cláusula segunda do contrato celebrado entre o Município e a Rocha Serviços Médicos S/C Ltda. previu o pagamento mensal fixo de R\$ 7.800,00 à contratada, como contraprestação pela “realização de exames clínicos em pessoas carentes no Hospital Municipal Padre Antônio Manoel da Rocha”.

Porém, as dezenas de notas de empenho e recibos de fls. 32/818 revelam que a contratada não recebeu um valor fixo por mês, mas sim parcelas variadas, por número de procedimentos realizados

Ora, considerando que o contrato não especificou os deveres da contratada ou as condições de execução do contrato, tais como a espécie e os custos de cada exame, e que essas informações também não foram discriminadas nas notas de empenho e recibos de fls. 32/818, o que se verifica, na prática, é que a Prefeitura Municipal assinou um “cheque em branco” para a Rocha Serviços S/C Ltda., a fim de que realizasse qualquer espécie de procedimento, pelo preço que julgasse adequado.

**Na petição inicial da ação de improbidade, o Ministério Público do Estado da Bahia correlacionou cada processo de pagamento com os respectivos valores pagos à contratada, encontrando um resultado estarrecedor: no curso de um mandato (de 1997 a 2000), a Prefeitura pagou à Rocha Serviços S/C Ltda. a quantia total de R\$ 435.302,78 (quatrocentos e trinta e cinco mil, trezentos e dois reais e setenta e oito centavos), o que representa uma média de R\$ 9.068,80 (nove mil, sessenta e oito reais e oitenta centavos) por mês.**

**Apenas para que se tenha uma noção da quantidade de dinheiro gasto, se tomarmos como base a tabela de procedimentos do SUS (fls. 1475/1482), com esses valor, a Prefeitura Municipal poderia realizar mais de 730 (setecentos e trinta) exames de ultrassonografia por mês, número absurdo, considerando que, segundo o IBGE, o Município de Urandi tinha apenas 16.076 habitantes no ano 2000.**

Logo após o encerramento do mandato eletivo - e dessa “sangria dos cofres públicos”, nos accertados termos da Promotoria -, o ex-prefeito, Sr. José Humberto Carvalho Rocha, retornou aos quadros societários da Rocha Serviços S/C Ltda, ao receber de volta as suas antigas cotas sociais, mediante doação feita pelo sr. Adamastor Silva de Goes (fls. 964/965).

Vale lembrar que o ex-prefeito era sócio da empresa até o mês de março de 1996, quando decidiu disputar as eleições municipais, ocasião em que doou as suas cotas sociais para o mesmo sr. Adamastor Silva de Goes (fls. 962/963).

Constata-se, pois, que os apelantes e o sr. Adamastor Silva de Goes realizaram negócios jurídicos gratuitos com o objetivo de dissimular a prática de atos de enriquecimento ilícito: aos olhos da sociedade, o sr. José Humberto Carvalho Rocha deixou a Rocha Serviços S/C Ltda. para



ser Prefeito, oportunidade na qual o sr. Adamastor ingressou como “novo sócio”; ocorre que, na realidade, não houve alienação das cotas sociais, senão uma transferência temporária, desfeita logo após o encerramento do mandato, tão somente para que as cotas não constassem no nome do gestor, permitindo, assim, a famigerada contratação, que rendeu mais de R\$ 430.000,00 à empresa.

**Dessarte, não há dúvidas, de que os apelantes agiram de forma coordenada, com vontade e consciência (dolo) de enriquecer ilicitamente às custas do Município de Urandi, causando grandes prejuízos ao erário e aos seus habitantes, em cabal violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidades e eficiência, que regem a Administração Pública (art. 37, caput, da CF/88).**

**Incidiram, portanto, em ato de improbidade previsto no art. 9º, da Lei nº. 8.429/92, pelo que devem suportar as sanções do art. 12, I, do mesmo diploma legal:**

**Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:**

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser **aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:**

**I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;**

**Em sendo assim, mostra-se irrepreensível a condenação imposta aos apelantes pela sentença vergastada, inclusive no tocante à dosimetria das penas.**

Como é cediço, ao dosar as penas do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA, o magistrado deve atentar para a gravidade do fato, sem perder de vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No tocante à penalidade de ressarcimento aos cofres públicos, esta deve abarcar todo o valor pago à empresa Rocha Serviços Médicos S/C Ltda. pelo Município de Urandi, por força do contrato viciado, totalizando R\$ 435.302,78, ao qual serão acrescidos juros de mora e correção monetária.

Cuida-se de penalidade prevista não apenas no art. 12, I, da LIA, como também no art. 6º do diploma legal, lembrando-se que, na hipótese de falecimento dos apelantes, o montante deverá ser cobrado de seus sucessores, até o limite do valor da herança:

**Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.**

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

A multa civil, que, conforme a dicção legal, pode ser arbitrada em até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, foi corretamente arbitrada em duas vezes o valor recebido indevidamente dos cofres públicos, o que se revela razoável e proporcional à gravidade do fato.

Como visto, os apelantes se utilizaram dos poderes conferidos pelo mandato eletivo para enriquecer ilicitamente, firmando um contrato administrativo eivado de graves vícios, o que revela o completo desprezo pelos princípios republicanos e o bem-estar da população, sobretudo porque o contrato foi superfaturado e as verbas em questão destinavam-se à saúde, lembrando-se que se está a tratar de um Município pobre, com apenas 16.000 habitantes.

Em face dessas circunstâncias, justifica-se a aplicação da penalidade de suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos, porque os apelantes já demonstraram a ausência de pudor em valer-se do mandato eletivo em proveito próprio, bem como a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 (dez) anos, na medida em que os apelantes prestam serviços médicos, muito requisitados pelas prefeituras do interior do Estado da Bahia, de modo que o interesse público impõe o afastamento dos apelantes dos negócios públicos pelo maior espaço de tempo possível.

Logo, não há razão que justifique a intervenção do Tribunal de Justiça, para modificar quantitativa ou qualitativamente as penalidades impostas pelo Juízo a quo, sendo oportuno lembrar que todas elas são perfeitamente cumuláveis entre si, como prevê expressamente o art. 12, caput, parte final, da LIA.

Por todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AOS DOIS AGRAVOS RETIDOS E À APELAÇÃO**, a fim de manter a sentença vergastada em todos os seus termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0018473-97.2015.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator (a): Des. Gesivaldo Nascimento Britto, julgado em 10/5/2016**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO JUSTA E RAZOÁVEL. DEPÓSITO JUDICIAL ATENDIMENTO AOS PARÂMETROS QUE PERMITEM A IMISSÃO PROVISÓRIA. AGRAVO PROVIDO.

A declaração de urgência para efeito de fundamentação do ato de desapropriação por utilidade pública, enquanto ato administrativo discricionário, goza de presunção relativa de legitimidade, cuja motivação é a sua base de legalidade, que, uma vez não questionada, conserva a validade do ato, tal como se verificou no caso em tela, em que a discussão restringe-se, tão somente, ao valor do bem em questão.

Portanto, a presente decisão se firma no art. 5º, inc. XXIV da CRFB-88 c/c art. 15 e 15-A do Decreto nº 3365/41, ponderando-se a necessidade da atenção ao equilíbrio de interesses tidos no caso em tela, sopesando-se a prevalência do interesse público, que, também e, porém, não poderá prejudicar a justa percepção da indenização pertinente ao procedimento em voga, tal como se verificou.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento 0018473-97.2015.8.05.0000, da Comarca Itaparica, em que é Agravante Município de Vera Cruz e Agravado(a) Nicandro Moreira de Macedo, Rogério James de Andrade, Delmiro Ferraz Filho, Jonathan Miranda, Jonilson Oliveira Nunes, ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **EM DAR PROVIMENTO** ao recurso, o que fazem fundados nas razões a seguir delineadas.

### RELATÓRIO

MUNICÍPIO DE VERA CRUZ interpôs o presente Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão da lavra do Exmo. Juiz de Direito da Vara dos Feitos Cíveis e Fazenda Pública da Comarca de Itaparica - BA, cópia às fls. 21/22, que postergou a imissão na posse do imóvel pelo Município para momento posterior à realização do depósito do valor a ser apurado mediante perícia judicial.

Insurgiu-se o Agravante salientando a premente necessidade e interesse público do deferimento imediato do pedido de imissão, cuja prorrogação acarretaria sérios prejuízos à coletividade.

Destacou a existência de decreto expropriatório precedido pela requisição administrativa que foi regularmente motivada. Assim, requereu a atribuição de efeito suspensivo ao presente Agravo, pleiteando, ao final, o seu total provimento, para se reformar a decisão hostilizada.

Às fls. 92/94, foi concedido efeito suspensivo ao recurso para imitar o expropriante/Agravante na posse do referenciado imóvel no prazo de cinco dias mediante o depósito judicial do valor proveniente da avaliação administrativa já referenciada, com a devida atualização.

À fl. 98, foi certificado o transcurso do prazo sem manifestação dos Agravados e sem informações prestadas pelo Exmo. Julgador singular.

À fl. 100, a d. Procuradoria de Justiça manifestou a desnecessidade de sua intervenção.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Recurso próprio e tempestivo.

Isenção de custas à Municipalidade, art. 91 do CPC.

À Secretaria para inclusão do feito em pauta.

## VOTO

Vistos e examinados, conhece-se do recurso para lhe dar provimento com base nas razões que se seguem.

Como dito, o imóvel objeto da lide, no qual funciona uma unidade hospitalar que, então, integra a política municipal de saúde, foi objeto de desapropriação, Decreto municipal nº 926/2012, fls. 84ss., sendo promovidas intervenções e investimentos em prol da sua utilização para o serviço público de saúde.

Todavia, motivado pela recusa dos antigos proprietários ao valor da indenização, o Juiz singular postergou a imissão na posse, cópia da decisão às fls. 21/22

Sendo assim, ponderou-se no anterior julgamento monocrático desta Relatoria a necessidade da atenção ao equilíbrio de interesses tidos no caso em tela, sopesando-se a prevalência do interesse público, que, também e, porém, não poderá prejudicar a justa percepção da indenização pertinente ao procedimento em voga.

Destarte, ressalta-se que a declaração de urgência para efeito de fundamentação do ato expropriatório, enquanto ato administrativo discricionário, goza de presunção relativa de legitimidade, cuja motivação é a sua base de legalidade que, uma vez não questionada, conserva a validade do ato, tal como se verificou no caso em tela, em que a discussão restringe-se, tão somente, ao valor do bem em questão.

Neste sentido, a CRFB-88 estabelece em seu art. 5º, inc. XXIV, que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

O art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que remetia, inclusive, ao rito processual vigente à época, dispõe:

Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens;

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito:

- a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;
- b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;
- c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;
- d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel. § 2º §2º A alegação de

urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias. § 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória. § 3º A imissão provisória na posse será registrada no registro de imóveis competente

Portanto, evidenciado o compasso da realidade em tela com a legislação vigente.

Por fim, ponderou-se que a própria legislação prevê a solução para o caso de divergência entre o valor ofertado e o valor real do imóvel, a não prejudicar o deslinde da questão posta em litígio, ou seja, o interesse particular e pertinente direito ao justo valor da indenização com a salvaguarda do interesse público, senão vejamos:

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social prevista na Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, na hipótese de haver divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, expressos em termos reais, poderão incidir juros compensatórios de até doze por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, contado da data de imissão na posse, vedada a aplicação de juros compostos.

Sendo assim, existindo uma avaliação administrativa prévia alicerçando o pleito constante no presente recurso, em consonância com o art. 15, §1º, alínea 'a', do multicitado decreto, restou legitimado o deferimento do efeito suspensivo pretendido.

Em face do exposto, voto no sentido de **dar provimento ao presente Agravo** para, mantendo a decisão anteriormente prolatada, suspender os efeitos da decisão singular recorrida, imitando o expropriante/Agravante na posse do referenciado imóvel mediante o depósito judicial do valor proveniente da avaliação administrativa já referenciada, com a devida atualização.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0160169-13.2015.8.05.0909, Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Raimundo Sérgio Sales Cafezeiro, julgado em 16/8/2016**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA PARA IMPLANTAÇÃO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA FEITA PELA ANEEL. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO PRÉVIA PELA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE DE AJUSTE DO VALOR A SER PAGO POR OCASIÃO DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO.**

1. É competente a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – para a declaração de utilidade pública, com vistas à desapropriação ou instituição de servidão administrativa, por força do art. 10, da Lei 9.074/1995.
2. A concessão de liminar determinando a imissão na posse da área serviente prescinde da necessidade de prévia fixação do valor da indenização, sendo matéria a ser amplamente debatida nos autos.
3. Não sendo aceito o valor ofertado, a questão será resolúvel por sentença, cabendo à concessionária de serviço público o pagamento da diferença que venha a ser fixada, devidamente atualizada e com acréscimo de juros moratórios.



## 4. Agravo ao qual nega-se provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO**, e o fazem de acordo com o voto do Relator.

**RELATÓRIO**

Vistos.

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por Neuci Adailton Vigna contra decisão proferida nos autos do processo 0000211-51.2015.8.05.0210, que imitiu a empresa ATE XVI provisoriamente na posse de área serviente, para realização dos trabalhos para consecução das obras decorrentes do Contrato de Concessão n.º 001/2013, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

De acordo com as razões do Agravante, não foram observados pelo Juízo singular alguns pormenores que inviabilizariam o deferimento da medida liminar, notadamente porque a Resolução Autorizativa 5.075, da Agência Reguladora, não é documento hábil para a declaração de utilidade pública da área serviente, ato que compete apenas ao chefe do Poder Executivo por força do disposto no art. 6º, do Decreto-Lei 3.365/1941<sup>5</sup>.

De outra parte, sustenta que a indenização oferecida pela ATE XVI não é suficiente para cobrir todos os prejuízos experimentados pelo Agravante, em razão da servidão administrativa a ser constituída em sua propriedade. Sendo assim, informa que se faz necessária a revogação da liminar, para posterior avaliação judicial sobre qual o correto valor a ser pago pela Agravada.

Formulou requerimentos para que fosse atribuído efeito suspensivo ao Agravo e, no mérito, pediu a revogação definitiva da liminar, assim como o reconhecimento da nulidade da Resolução Autorizativa n.º 5.075/2015, da ANEEL.

Pede alternativamente que seja declarada a falta de interesse público da Agravada, ante a ausência de avaliação judicial prévia das áreas e das benfeitorias.

O recurso é tempestivo e está devidamente preparado.

Não houve concessão de efeito suspensivo.

A parte contrária não apresentou resposta.

O Juízo a quo não encaminhou informações.

É o relatório.

**VOTO**

Os questionamentos tecidos no presente Agravo não merecem acolhimento.

Busca o Agravante a desconstituição de uma decisão que autorizou a imissão provisória da ATE XVI na posse de área declarada de utilidade pública pela Resolução Autorizativa 5.075, de 3 de março de 2015, aprovada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

O Agravante ataca a medida liminar mediante dois fundamentos diferentes. No primeiro informa que não teria a ANEEL competência para promover a declaração de utilidade pública, ato que somente pode ser realizado pelo chefe do Poder Executivo Municipal, Estadual, Distrital ou Federal, nos termos do art. 6º, do Decreto-Lei 3.365/1941.

---

5 Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

Olvida-se, porém, que em momento posterior entrou em vigor a Lei 9.074/1995, estabelecendo normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. O art. 10 da referida Lei dispõe que “cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.”

Diferentemente da tese exposta pelo Agravante, a criação da Agência Reguladora provocou a mudança na Lei, que anteriormente definia como sendo competente para a declaração de utilidade pública o chefe do Poder Concedente. Atualmente esta incumbência é da ANEEL.

Mostra-se, portanto, perfeitamente regular a edição da Resolução Autorizativa 5.075/2015, atacada através do presente Agravo, inexistindo qualquer nulidade no ato.

O segundo ponto suscitado no Agravo refere-se ao fato de que não teria sido arbitrada uma indenização justa, levando-se em conta as alterações que precisarão ser feitas na área onde será construída a servidão, consistente em torres de alta tensão. De acordo com o recorrente, o Juízo a quo não teria efetuado uma prévia avaliação judicial para fixação do correto valor a ser pago pela Agravada.

Sustenta que o valor calculado unilateralmente pela ATE XVI está muito aquém do justo e de corresponder ao valor de mercado do hectare do imóvel rural e dos lucros que o Agravante deixará de ter, sem falar nas mudanças que ocorrerão na propriedade, a exemplo de pastos, currais e cercas.

Sob este aspecto, convém ressaltar que a doutrina aponta em sentido oposto ao quanto pleiteado neste Agravo, ao considerar que a indenização pela instituição de servidão administrativa não deve ter por base o valor da propriedade, pois não há perda da área, como nos casos de desapropriação. O que ocorre em verdade é apenas uma limitação de uso do imóvel. Desta forma a indenização somente seria devida nos casos de prejuízo comprovado pelo interessado.

De acordo com o escólio de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>6</sup>,

*“a servidão administrativa implica, tão somente, o direito de uso pelo Poder Público de imóvel alheio, para o fim de prestação de serviços públicos. Não há perda de propriedade por parte do particular, como ocorre na desapropriação.*

*Por esse motivo, a indenização não será pela propriedade do imóvel (não há perda de propriedade, a propriedade não é transferida do particular para o Poder Público), mas sim pelos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel.*

*A regra, portanto, é o não cabimento de indenização por parte do Estado. Se o uso da propriedade particular pelo Poder Público não provocou prejuízo ao proprietário, não há que se falar em indenização. Só o exame de cada caso concreto é que permitirá avaliar se haverá ou não direito à indenização. Se houver prejuízo, deverá o proprietário ser indenizado em montante equivalente ao respectivo prejuízo; se não houver prejuízo, a Administração nada terá que indenizar. O ônus da prova cabe ao proprietário: a ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produziu nenhum prejuízo.*

*A indenização, se cabível, deverá ser acrescida das parcelas relativas a juros moratórios, atualização monetária e honorários de advogado.”*

6 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 1.058

Em igual sentido caminha a jurisprudência, senão vejamos:

*APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. VALOR INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS.*

1. Não se tratando de desapropriação, situação em que o expropriado é privado do domínio sobre o bem, mas de constituição de servidão administrativa, de modo que há apenas restrição ao uso da propriedade, a justa indenização não deve corresponder à totalidade do valor de mercado do imóvel, mas a uma porcentagem de seu preço, que seja proporcional à restrição imposta.
2. Razoável fixar a indenização em 40% do valor referente à fração do terreno sobre a qual foi constituída a servidão administrativa para passagem de linhas de transmissão elétrica, pois se trata de área rural, de uso controlado, inserta em área de proteção ambiental e que não era explorada economicamente.
3. Não há que se falar em lucros cessantes sobre potencial atividade econômica que poderia um dia ser desenvolvida no lote. Os lucros cessantes visam a indenizar a parte pelo lucro que razoavelmente deixou de obter. Para tanto, é preciso que explore alguma atividade econômica, pois não há lucro no inexplorado.
4. O valor de mercado deve ser aquele da época em que houve a imissão provisória na posse, pois foi a partir de tal data que os réus passaram a sofrer limitação em sua propriedade. Tanto é assim, que este é também o termo inicial dos juros compensatórios, os quais objetivam justamente compensar a parte pela restrição antecipada da posse do bem, haja vista que a indenização só será paga ao final do processo.
5. Dispõe o art. 27, § 1º, do Decreto Lei n. 3.365/41, que quando a sentença fixar indenização em valor superior ao ofertado na inicial, o expropriante será condenado a pagar honorários advocatícios em favor do expropriado, os quais serão fixados entre 0,5% e 5% da diferença entre os valores. Tal arbitramento deve levar em consideração o disposto no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.
4. Recursos conhecidos e desprovidos.

*(Acórdão n.º 683047 20020110647710APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/06/2013, Publicado no DJE: 11/06/2013.*

*Pág.: 118)*

A conclusão no presente caso é a de que não se mostra irregular a decisão liminar apenas por não ter havido a prévia fixação da indenização a ser paga ao Agravante.

Deve-se ainda atentar para o fato de que o próprio Decreto-Lei 3.365/1941 permite a imissão prévia, independentemente de fixação do quantum indenizatório, ao dispor o seguinte:

*Art. 15-A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.*

De acordo com a sistemática da norma, por tratar-se de interesse público ou social, poderá haver imissão prévia na posse, ainda que haja discussão sobre o valor a ser pago a título de indenização.

Caso haja divergência entre o valor ofertado pelo concessionário de serviço público e sendo a pretensão acolhida por sentença que vier a fixar um valor maior, terá o interessado direito a receber a diferença acrescida de juros moratórios contados da imissão.

A ação judicial que deu causa ao presente Agravo trata de interesses coletivos, dado o caráter de utilidade pública da implantação das linhas de transmissão. Corretamente considerou o Juízo a quo que o momento de análise do pedido liminar não era adequado para discussão sobre

o correto valor da indenização, que somente poderá ser definido durante o julgamento do feito, após o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes.

Concluo, assim, que não trouxe o Agravante qualquer fundamento ou elemento de informação apto a desconstituir a decisão proferida pelo Juízo de piso, que acertadamente imitiu a concessionária de serviço público Agravada na posse da área que foi declarada de utilidade pública por ato da ANEEL, autarquia competente para esta finalidade.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos transparece, voto no sentido de **conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento**.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0006780-54.2004.8.05.0113, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Gardênia Pereira Duarte, julgado em 24/11/2015**

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. NEGATIVA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL À EMPRESA CUJO SÓCIO TAMBÉM FIGURA NO QUADRO DE OUTRA EMPRESA COM DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. ART. 155, §1º, DECRETO Nº 6.248/97. VIOLAÇÃO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. FORMA INDIRETA DE COBRANÇA DE TRIBUTO. ILEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR OUTROS FUNDAMENTOS.**

**I - Preliminar de inadmissibilidade do apelo. Rejeição.** Consoante entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, *“a reprodução dos termos deduzidos na contestação não obsta ao conhecimento do recurso de apelação quando devidamente demonstrado, nas razões recursais, o interesse na reforma da sentença”* (AgRg no AREsp 184.633/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 10/6/2015).

**II - Mérito.** É ilegítima a exigência constante do art. 155, §1º, do Decreto nº 6.248/97, com a redação vigente ao tempo dos fatos constantes da exordial, tendo em vista que o Código Tributário Nacional não contemplava qualquer dispositivo que condicionasse a inscrição da pessoa jurídica no cadastro de contribuintes à inexistência de débito do sócio, participante também de uma outra pessoa jurídica inscrita em dívida ativa. Trata-se de exigência que afronta o princípio da legalidade/tipicidade e consubstancia forma oblíqua de cobrança de tributos. Inteligência das Súmulas 70, 323 e 547 do STF. Recurso improvido. Sentença confirmada por outros fundamentos.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006780-54.2004.8.05.0113**, de Itabuna, em que figuram, como apelante, Estado da Bahia, e, como apelada, **Tok Comercial de Alimentos Ltda.**

**A C O R D A M** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO ao apelo do Estado da Bahia e, em reexame necessário, CONFIRMAR a sentença pelos fundamentos aqui expostos.**

## RELATÓRIO

Adoto, como próprio, o relatório da sentença de fls. 69/70, proferida pelo **MM. Juiz de Direito da 2ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais de Itabuna**, acrescentando que **Tok Comercial de Alimentos Ltda.** impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pelo Inspetor Fazendário Estadual em Itabuna.

A impetrante alegou, em síntese, que teve o seu pedido de inscrição estadual indeferido e condicionado, pela autoridade impetrada, ao pagamento do valor constante do auto de infração lavrado em face da VT Comércio de Alimentos Ltda., na qual figura como sócio o Sr. Alex Tristão Viana, também sócio da impetrante.

Manifestação da autoridade impetrada às fls. 45/53, assinada em conjunto com o procurador do Estado da Bahia.

Parecer do Ministério Público de primeiro grau às fls. 66/67, pela concessão da segurança.

A sentença concedeu a segurança vindicada para, tornando definitiva a liminar deferida initio litis, determinar à autoridade coatora que **“conceda e proceda imediatamente a inscrição estadual na forma postulada”** (fls. 44).

Após indevido arquivamento em primeiro grau, os autos foram remetidos a este Tribunal para reexame necessário.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 81/88, pela integração da sentença.

Detectada a ausência de intimação do Estado da Bahia acerca da sentença concessiva da segurança, procedeu-se, nesta instância, à sua intimação, após a qual foi pedida a devolução do prazo recursal (fls. 93/94), deferida na forma da decisão de fls. 96/97.

Sobreveio, então, o recurso de apelação do Estado da Bahia, fls. 102/108, consignando que **“toma aqui emprestado parte da peça de informações de fls. 45 e seguintes uma vez que serve referido momento como embaixador desta peça. Onde existe a palavra Impetrante leia-se recorrido e onde existe a palavra Impetrado leia-se recorrente”**.

Alegou, em síntese, que a negativa da inscrição foi correta, pois a apelada possui sócio que participa de outra empresa com débitos inscritos em dívida ativa sem suspensão da exigibilidade, não tendo iniciado nenhum procedimento para sua regularização cadastral.

Sem contrarrazões, fls. 115-v.

Aberta nova vista à Procuradoria de Justiça, esta se manifestou pelo não conhecimento do apelo voluntário e, no mais, pela integração da sentença, fls. 135/138.

Tratando-se de feito imune à revisão, determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

## VOTO

O apelo voluntário manifestado pelo Estado da Bahia, em que pese constitua reprodução das razões lançadas na peça de defesa de fls. 45/53, não encerra hipótese de inadmissibilidade, *data venia* do entendimento esposado pela Procuradoria de Justiça.

É que **“a reprodução dos termos deduzidos na contestação não obsta ao conhecimento do recurso de apelação quando devidamente demonstrado, nas razões recursais, o interesse na reforma da sentença”** (STJ, AgRg no AREsp 184.633/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 10/6/2015).

Assim, ainda que verificado certo comodismo da subscritora da apelação em questão, é patente o interesse do Estado da Bahia na reforma da sentença recorrida, ex vi de suas fls. 108, não havendo razão plausível, assim, para o não conhecimento do recurso.

Afasta-se, pois, a alegada inadmissibilidade.



Quanto à questão de fundo, a controvérsia posta para acerto diz respeito à possibilidade ou não de a Fazenda Estadual poder condicionar o deferimento da inscrição estadual da empresa/apelada à regularização dos débitos fiscais apurados em auto de infração lavrado contra outra empresa, em cujo quadro societário figura sócio comum a ambas, haja vista o que dispunha o art. 155, §1º, do Decreto nº 6.284/1997, com a redação vigente à época:

*“Art. 155. Não será deferida inscrição quando houver outro estabelecimento da mesma empresa com a inscrição cancelada ou ‘suspensa - processo de baixa’, neste caso, se a situação cadastral imediatamente anterior corresponder à situação de inscrição cancelada.*

*§1º A vedação prevista no caput deste artigo se estende aos casos em que sócio ou titular da empresa requerente participe de outra empresa com estabelecimentos com as mesmas irregularidades cadastrais ou com débitos inscritos em dívida ativa sem suspensão de exigibilidade”*

A sentença recorrida deferiu a segurança vindicada, por entender que *“o ato do impetrado feriu direito líquido e certo do impetrante, uma vez que, por inexistir, na época do fato descrito na inicial, débitos apurados definitivamente pela autoridade fiscal (documento de fl.39), relativos à VT Comércio de Alimentos Ltda., se perfaz carente de amparo legal a negativa, pelo impetrado, da inscrição estadual do impetrante, por causa do sócio comum nas ditas empresas” (sic).*

Analizando os documentos que instruem o presente feito, especialmente os de fls. 54/64, verifica-se que, como defendido pelo apelante em suas razões recursais, à época da negativa ao pedido de inscrição formulado pela apelada, **Tok Comercial de Alimentos Ltda.**, já havia débito definitivamente inscrito na dívida ativa da empresa VT Comércio de Alimentos Ltda., em cujo quadro societário figurava sócio comum a ambas, atraindo, assim, aparentemente, a vedação contida no citado art. 155, §1º, do Decreto nº 6.284/1997.

Sucedendo que, ainda que verificado, em tese, o preenchimento das condições necessárias à incidência da referida norma legal, a negativa ao pedido de inscrição estadual da apelada, com base nessa norma, constitui uma forma oblíqua de cobrança de tributos, com embaraço à atividade empresarial, como bem posto pela Procuradoria de Justiça em seu parecer:

*“...tais normas, não obstante compreendidas no conceito de legislação tributária, possuem restrições no sentido de não vincularem a liberdade econômica do sujeito passivo à exigência do pagamento de tributos, condição esta apenas permitida pelo Código Tributário Nacional, nas hipóteses previstas taxativamente nos artigos 191 usque 193.*

*Sucedendo que, o CTN não prevê qualquer dispositivo que condicione a inscrição da pessoa jurídica no cadastro de contribuintes à inexistência de débito do sócio inscrito em dívida ativa. Sendo assim, o preceito legal apresentado como fundamento do ato coator, a pretexto de regulamentar, estabeleceu uma nova penalidade, não prevista nas normas regulamentadas, o que afronta o princípio da legalidade/tipicidade e consubstancia forma oblíqua de cobrança de tributos, pelo que desponta acertada a sentença reexaminada. De fato, o embaraço da atividade empresarial, quando a Constituição garante a livre empresa, não se justifica como maneira de coagir o contribuinte a satisfazer o seu débito. Destarte, é evidente que a restrição de caráter punitivo imposta é incompatível com o entendimento sumulado do Pretório Excelso” (fls. 85/86).*

Analizando matérias semelhantes, já decidiu o STF que:

***Súmula 70***

***É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.***

***Súmula 323***

***É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.***

***Súmula 547***

***Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.***

Neste contexto, afigura-se ilegal a negativa do Fisco ao pedido de inscrição estadual formulado pela apelada, fato reforçado, inclusive, pela redação da legislação atualmente vigente, que não mais contempla a vedação ora em exame, razão por que deve a sentença ser mantida, mas pelos fundamentos aqui expostos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo do Estado da Bahia e, em reexame necessário, CONFIRMA-SE a sentença pelos fundamentos aqui expostos.**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0318029-22.2014.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des. Roberto Maynard Frank, julgado em 8/3/2016**

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. COMUNICAÇÕES. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS ADICIONAIS E ACESSÓRIOS, PREPARATÓRIOS OU INTERMEDIÁRIOS, POSTO QUE NÃO SE CONFUNDEM COM O SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não incide ICMS sobre atividades acessórias, preparatórias ou intermediárias à efetiva prestação do serviço de comunicações, pois com este não se confundem.

2. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, julgado sob a sistemática dos Recursos Repetitivos: “A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.” (REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

3. A sentença está alinhada ao quanto proferido pelos Tribunais Superiores, não merecendo reforma.

**4. Recurso improvido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Apelação nº 0318029-22.2014.8.05.0001** da Comarca de Salvador, nos quais figuram, como Apelante, Estado da Bahia e, Apelado, **Claro S/A**.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **em conhecer e negar provimento ao recurso** pelas razões alinhadas no voto do Relator.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra sentença de fls. 253/259 proferida pelo MM. Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que julgou procedente Ação Anulatória de débito fiscal, anulando execução fiscal e extinguindo a cobrança de ICMS-Comunicação sobre os serviços de valor adicionado, por não se confundirem estes com a efetiva prestação do serviço de comunicação, e condenou o Estado ao pagamento de honorários advocatícios de R\$10.000,00 (dez mil reais).

No Recurso de fls. 971/990, o Estado da Bahia alega que os serviços adicionais devem ser tributados, pois o ICMS incide sobre a atividade de fornecimento de condições da comunicação; defende que a cobrança é válida com base no disposto no art. 4º, §4º, do RICMS/BA e Cláusula 1ª do Convênio ICMS 69/98; defende a validade dos valores cobrados e multas aplicadas. Requer a reforma da sentença para manter válido o lançamento fiscal nº 274068.0017/11-3 e determinar o prosseguimento da execução fiscal.

Foram apresentadas contrarrazões de fls. 993/1.015

Distribuídos os autos, vieram-me conclusos para análise, elaborando-se o relatório que restou submetido ao crivo da revisão.

## VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra sentença, de fls. 253/259, proferida pelo MM. Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que julgou procedente Ação Anulatória de débito fiscal, anulando execução fiscal e extinguindo a cobrança de ICMS-Comunicação sobre os serviços de valor adicionado, por não se confundirem estes com a efetiva prestação do serviço de comunicação e condenou o Estado ao pagamento de honorários advocatícios de R\$10.000,00 (dez mil reais).

No Recurso de fls. 971/990, o Estado da Bahia alega que os serviços adicionais devem ser tributados, pois o ICMS incide sobre a atividade de fornecimento de condições da comunicação; defende que a cobrança é válida com base no disposto no art. 4º, §4º, do RICMS/BA e Cláusula 1ª do Convênio ICMS 69/98; defende a validade dos valores cobrados e multas aplicadas. Requer a reforma da sentença para manter válido o lançamento fiscal nº 274068.0017/11-3 e determinar o prosseguimento da execução fiscal.

O caso em apreço trata de matéria exclusivamente de direito relativa à incidência tributária do ICMS em sua modalidade aplicável à prestação do serviço de Comunicação, em especial, o de Telecomunicações.

A celeuma instaurou-se quanto à possibilidade de incidência do tributo em relação ao preço de Serviços Adicionais, não integrantes da prestação do serviço de comunicação em si, mas apenas preparatórios, acessórios ou intermediários.

A matéria não comporta maiores discussões, porquanto delimitada em entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em julgamento de Recurso Repetitivo.

Consolidou a Corte Superior que as atividades acessórias, preparatórias e intermediárias da comunicação não se confundem com a prestação da atividade-fim do serviço de comunicação, não podendo incidir ICMS sobre elas.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL); TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).

2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INOBSERVANTE SEJAM ESSENCIAIS E SUJEITOS À COBRANÇA DE TARIFA, OS SERVIÇOS CONEXOS AO DE COMUNICAÇÃO (PREPARATÓRIOS, ACESSÓRIOS OU INTERMEDIÁRIOS) NÃO SE CONFUNDEM COM A ATIVIDADE FIM DE TRANSMISSÃO (EMIÇÃO OU RECEPÇÃO) DE INFORMAÇÕES DE QUALQUER NATUREZA, ESTA SIM, SUJEITA AO ICMS. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: RESP. 1.176.753/RJ, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 19.12.2012. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A prestação de serviços conexos ao de comunicação (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim do processo

de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS.

2. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS. Precedente: REsp. 1.176.753/RJ, Rel.

Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.12.2012, representativo da controvérsia. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1197495/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 30/08/2013)

QUESTÃO DE ORDEM O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: O presente recurso especial foi julgado por esta Primeira Seção em 25/11/2009, sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, tendo recebido a seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS SOBRE HABILITAÇÃO, LOCAÇÃO DE APARELHOS CELULARES E ASSINATURA (ENQUANTO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO). SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. “FACILIDADES ADICIONAIS” DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. SÚMULA 07 DO STJ. ART. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS. (Precedentes: REsp 945037/AM, Rel.

Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/2009; REsp 666.679/MT, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/12/2008; REsp 909.995/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 25/11/2008; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 17/03/2008) REsp 703695 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006; REsp 418594 / PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 09/02/2005).

2. “Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação.” 3. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexistência do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a “procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço”, serviços “meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita”, “meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação” (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004).

4. Outrossim, a própria 1ª Seção no RMS n.º 11.368/MT consagrou o entendimento no sentido de que: [...] I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço



efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

[...] (RMS 11368/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005 p. 182) 4. A doutrina do tema assenta que: a) “o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação”;

b) “a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam”;

c) “a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato impositivo do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros.” 5. O Convênio ICMS nº 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu espectro as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*.

6. Destarte, em recentes decisões, concluiu o Egrégio STJ: “RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI KANDIR. LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES.

NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS. INEXISTÊNCIA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO PELO CONVÊNIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELA FAZENDA ESTADUAL. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REFORMATIO IN PEJUS INDEVIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade,

pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo *reformatio in pejus* contra a parte recorrente.

4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.

5. Recurso especial desprovido.”(REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006) PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1º DA LEI N.º 1.533/51. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ICMS. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. ATIVIDADES MERAMENTE PREPARATÓRIAS OU DE ACESSO AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, CONVÊNIO N.º 69/98, CLÁUSULA PRIMEIRA. ILEGALIDADE.

(omissis) 2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como “serviço de telecomunicação” propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17/05/2006) 7. O Convênio do ICMS 69/88, antes da LC 87/96, na visão do E. STF, representava instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar referida pela Constituição em seu art. 146, III, “a”, nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Consequentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escopo constitucional e de seus princípios.

8. À minguia de detalhamento, in casu, pelas decisões prolatadas na instância de origem, sobre os serviços que estariam inseridos no amplo conceito de “facilidades adicionais”, não cabe a este Tribunal Superior o exame da questão, porquanto escapa à competência do E.

STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ, sem prejuízo de a vagueza do pleito descaracterizar o direito líquido e certo.

(Precedentes: REsp 945037/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009; REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

9. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

**10. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a incidência do ICMS sobre as atividades de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, consoante jurisprudência pacificada desta Corte Superior, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 816512/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 01/02/2010)** Não obstante, do compulsar dos autos, verifica-se que a recorrente utilizou-se de expediente írrito, com vistas a obter a subida do recurso especial, o qual restara inicialmente inadmitido pelo Tribunal a quo, em decisão publicada na data de 06/10/2004 (fls. 378/380 e 383/384). Em face dessa decisão, manejou a recorrente agravo de instrumento, que, registrado nesta Corte Superior sob o nº 654963, não

foi conhecido pela Min. Eliana Calmon, cuja decisão, publicada em 03/03/2005, foi objeto de recurso extraordinário inadmitido pela Presidência deste Tribunal Superior.

Com efeito, após cerca de 8 meses, em 23/11/2005, a recorrente protocolou pedido de reconsideração junto ao Tribunal a quo (fls. 386/401), cuja jurisdição já se tinha esgotado, obtendo o acolhimento do pleito e, por conseguinte, o juízo positivo de admissibilidade recursal (fls. 402), resultando na distribuição do recurso a este relator, que o submeteu ao regime dos recursos repetitivos. Deveras, ressoa manifesta a nulidade do referido acórdão, ante a impossibilidade jurídica do Juízo de reconsideração, o que arrasta a incompetência desta Corte Superior, bem como afronta à preclusão gerada pelo não conhecimento do Ag 654963. Com essas considerações, proponho a presente questão de ordem, de modo a anular o aresto proferido por esta Seção às fls. 470/496 e, por conseguinte, NÃO CONHECER do recurso especial, aplicando multa por litigância de má-fé à Telepisa Celular, nos termos do art. 18, do CPC. Outrossim, PROponho a anulação de todas as demais decisões prolatadas no recurso especial, quais sejam: (i) a decisão de submissão ao procedimento encartado no art. 543-C do CPC, às fls. 451; (ii) o aditamento à decisão anterior (fls. 464); (iii) a decisão de não-conhecimento dos EDCL opostos pela recorrente (fls. 557/564). Consectariamente, restam PREJUDICADOS os embargos de declaração opostos pela Fazenda Estadual, às fls. 506/510, e o agravo regimental interposto pela recorrente às fls. 577/587. Deveras, considerando-se a relevância do tema versado no presente recurso especial, bem assim a multiplicidade de recursos a respeito da matéria, qual seja, a ilegitimidade da incidência do ICMS sobre serviços suplementares aos serviços de comunicação (atividade-meio), sob pena de violação ao princípio da tipicidade tributária, informo que o substitui pelo Resp 1176753/RJ, o qual já foi submetido à sistemática encartada no art. 543-C, do CPC.

(REsp 816.512/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 08/09/2010, DJe 13/10/2010)

Com efeito, a incidência do ICMS é permitida pela legislação pátria, a saber a Constituição Federal, em seu art. 155, inciso II, e art. 2º da Lei Complementar n. 87/96, quando houver prestação onerosa de serviço de comunicação, não se enquadrando como tal os serviços acessórios, adicionais, preparatórios e intermediários.

A análise dos autos revela que o juízo *a quo* proferiu sentença alinhada ao entendimento dos Tribunais Superiores, não merecendo, portanto, reforma, porquanto exaustivamente demonstrado que a cobrança do ICMS sobre serviços adicionais ou acessórios à prestação de comunicação não é devida, já que com esta não se confundem.

Desta forma, deve ser mantida a sentença

Diante do exposto, nego provimento do Recurso.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0021940-21.2014.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator (a): Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 10/5/2016**

**DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO MANDAMENTAL. CONCESSÃO DA LIMINAR PELO JUIZ PRIMEVO. SUSPENSÃO DA SEGURANÇA PELO STF. PENDÊNCIA DE AGRAVO INTERNO INTERPOSTO. INTERESSE RECURSAL PERSISTENTE SOBRE ESTA INSURGÊNCIA. ITIV. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS. MUNICÍPIO DE SALVADOR. INCORPORADORA IMOBILIÁRIA. PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO. ART.150, §7º DA CF. APARENTE INAPLICABILIDA-**

**DE A IMPOSTOS DE CARÁTER MONOFÁSICO. POSSÍVEL ILICITUDE DA CORREÇÃO MONETÁRIA EXIGIDA ANTES DO FATO GERADOR - TRANSCRIÇÃO DO IMÓVEL NO CARTÓRIO DE REGISTRO. AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA* INVOCADO PELO ENTE FISCAL. RELEVÂNCIA DA TESE DA PARTE CONTRIBUINTE. DECISÃO OBJURGADA PRESERVADA QUANTO AOS SEUS ASPECTOS JURÍDICOS. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.**

1. Ao compulsar o presente feito, sob um juízo de cognição sumária, não vislumbro configurados os requisitos necessários à reversão da medida liminar concedida pelo Juiz *a quo*, impondo-se, com isso, o desprovimento deste agravo.

2. *In casu*, a decisão objurgada reconheceu, em fase liminar, a relevância das alegações da ora Agravada, diante da possível inconstitucionalidade do ato coator praticado pelo Secretário da Fazenda Soteropolitano, que exigira, de forma antecipada, o recolhimento de ITIV, sobre todas as unidades para entrega futura da Incorporadora, inobstante a não ocorrência do fato gerador tributário (transcrição da compra e venda em registro imobiliário, art.1.227 do CC/02).

3. Inicialmente, destaque-se que, inobstante a ordem de suspensão da liminar agravada pelo Presidente do STF, nos autos da S.S. n.º5.008, persiste interesse recursal do Município de Salvador, em ver apreciados os aspectos jurídicos da decisão primeva, diante da pendência de inúmeros Agravos Internos interpostos, que ainda não foram submetidos ao Plenário da Corte Suprema.

4. Do minucioso cotejo dos autos, não entrevejo, ao menos por ora, a plausibilidade do direito alegado pela Agravante, eis que o fato gerador tributário do ITIV apenas se implementa com a efetiva transcrição da alienação do bem tributado no pertinente Registro Imobiliário, mostrando-se, num prisma prelibatório, ilícita a antecipação do recolhimento da exação, com a imputação de tal ônus fazendário à Incorporadora.

5. Ademais, denota-se, neste estágio processual, a aparente inaplicabilidade da substituição tributária progressiva inserta no art.150, §7º da Constituição Federal, cujo intento é autorizar o adiantamento do pagamento de impostos **plurifásicos**, isto é, aqueles decorrentes de uma cadeia produtiva multifacetada. Objetivou-se, com isso, criar um sistema otimizador da arrecadação fiscal, diante da dificuldade ínsita à individualização do exato momento do fato gerador e do tributo, forçando que a Fazenda Pública venha a presumir a sua ocorrência futura.

6. A esta excepcionalidade, todavia, não parece se perfilar o imposto sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis, cujo fato imponible se configura em ato único e indivisível, com sujeito passivo e base de cálculo de fácil identificação, uma vez que a aquisição de propriedade imobiliária se opera tão logo haja a transcrição do título alienativo no Ofício de Imóveis.

7. Por tais razões, à primeira vista, infiro irretocável a fundamentação jurídica tecida pelo Juiz *a quo*, que suspendera a exigibilidade do crédito tributário, com base no art.151, IV, do CTN, diante da aparente ilegalidade do ato inquitado de coator. Contudo, ante a Suspensão de Segurança ordenada pelo



Presidente do STF, cuja decisão política atinge o *writ* de origem, **a liminar recorrida há de se manter sobrestada, até a definição do tema pela Suprema Corte.**

**8. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS ASPECTOS JURÍDICOS. SUSPENSÃO DA SEGURANÇA ORDENADA PELO STF, QUE DEVE SER OBSERVADA, ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade** de votos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, para manter inalterada a decisão objurgada quanto aos seus aspectos estritamente jurídicos, cuja eficácia, no entanto, encontra-se suspensa por ordem do Presidente do STF (S.S. n.º5.008), até ulterior deliberação pela Suprema Corte, na forma do quanto fundamentado no **voto** da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra.**

### RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo **Município de Salvador**, em face da decisão interlocutória proferida pelo Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que, nos autos do *writ* impetrado por **Barão do Triunfo Incorporadora Ltda.**, concedera a liminar vindicada, para “... *determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo ao ITIV em discussão, nos termos do art.151, IV do CTN, a fim de que a Autoridade Coatora, por si ou por seus subordinados hierárquicos, se abstenham de exigir o pagamento antecipado do aludido crédito tributário, de inscrevê-lo em Dívida Ativa do Município de Salvador, bem como obstando a aplicação de qualquer sanção política como meio indireto e ilícito de cobrança de tributo*”.

Irresignado, o Agravante recorreu ao argumento de que “... *o legislador soteropolitano, ao exigir do incorporador imobiliário (substituto tributário) o pagamento do ITIV em até 30 (trinta) dias, contados da assinatura do contrato de promessa de compra e venda para entrega futura – comumente antes, portanto, da ocorrência do fato gerador – conforme previsão dos artigos 119, parágrafo único, e 122, II, §1º, I, ambos do CTRMS – o fez não por considerar que a promessa de compra e venda consubstancia o fato gerador do ITIV, mas com apoio no artigo 150, §7º da Constituição Federal*”. Suscitou, para tanto, precedentes do STF (ARE 759.964/RJ e ARE 793.919/RJ).

Em seguida, defendeu que, “*a antecipação do pagamento do ITIV, na hipótese de ‘promessa de compra e venda de unidade imobiliária para entrega futura’ é uma possibilidade aberta ao legislador pelo 150, §7º da CF/88 e, no âmbito local, está prevista no artigo 122, §1º, I c/c parágrafo único do art.119, ambos do CTRMS*”. Destacou, ainda, que o art.123, I do CTRMS estabelece a devolução da exação recolhida, na hipótese de não configuração do fato gerador tributário.

De igual sorte, afirmou que a correção monetária deve ser apurada pelo IPCA, nos moldes do art.327 da Lei n.º7.186/2006, a ser devida após 30 dias da celebração do contrato de promessa de compra e venda, pois “... *o pagamento do tributo fora do prazo importa evidente prejuízo ao credor, que fica privado do numerário que receberia ao tempo certo*”.

Pugnou, então, pela suspensividade recursal, sob alegação de que, caso não sejam sobrestados os efeitos da decisão agravada, advir-lhe-á risco de lesão grave e de difícil reparação, diante do impacto orçamentário causado pelo não recolhimento da exação líquida e certa. Ao final, visou



ao provimento do recurso, com a consequente reforma da decisão agravada. Juntou documentos de fls.26/206.

Indeferida, às fls.209/210, a tutela recursal vindicada.

A parte Agravada contra-arrazou o recurso às fls.213/223, defendendo a existência de provas pré-constituídas do seu direito líquido e certo, consubstanciadas pela certidão de matrícula do imóvel, contrato preambular tributado e DAMs - documentos de arrecadação municipal. No mérito, sustentou que o fato gerador do ITIV não pode ser presumido, configurando-se, apenas, com a transcrição imobiliária pertinente, além de ter ressaltado o posicionamento isolado do Min. Ricardo Lewandowsky nos arestos citados pela Municipalidade.

Por fim, questionou a cobrança de juros e consectários legais de exação antecipada, cujo fato gerador ainda não se implementara.

A Doutra Procuradoria de Justiça apresentou o parecer de fls. 226/229, em que opinou pelo desprovimento do agravo.

Em cumprimento ao despacho de fl.230, o Município de Salvador colacionou a decisão da Suprema Corte, emanada na Suspensão de Segurança n.º 5008/BA, que sobrestara o curso do *mandamus de origem* (fls. 232/247).

O contribuinte, por sua vez, manifestou-se às fls.252/253, no sentido de que o julgado do STF não impede o julgamento desta insurgência, além de ele contrariar os precedentes proferidos nos ARE 805.859, AI 780/791 e ARE 798.004.

Este é o relatório que encaminho à Secretaria da Segunda Câmara Cível, para oportuna inclusão em pauta de julgamento, nos termos dos artigos 931, *caput* e 934, *caput*, ambos do CPC/15.

## VOTO

Trata-se, em suma, de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Salvador**, contra decisão liminar concedida nos autos da ação mandamental ajuizada por **Barão do Triunfo Incorporadora Ltda**, que visa afastar a tributação antecipada do ITIV sobre os imóveis para entrega futura, pertencentes ao **“Condomínio Pátio Arvoredo”**.

Inicialmente, destaque-se que, inobstante a ordem de suspensão da liminar agravada pelo Presidente do STF, nos autos da S.S. n.º5.008, persiste interesse recursal do Município de Salvador em ver apreciados os aspectos jurídicos da decisão interlocutória primeva, diante da pendência de inúmeros Agravos Internos interpostos contra tal pronunciamento do Min. Ricardo Lewandowsky, que ainda não foram submetidos ao Plenário da Suprema Corte.

Isto porque o sobrestamento da tutela mandamental ainda pode ser revisto pelos demais Ministros do STF, o que tornaria inaplicável o quanto previsto na Súmula 626 do STF e art. 4º, §9º da Lei n.º8.437/92, que, por seu turno, perpetuam os efeitos da decisão política, até o trânsito em julgado da sentença de mérito da ação principal.

Remanesce, pois, a esta Turma Estadual, o dever jurisdicional de apreciar as argumentações jurídicas do *decisum* singular, contrapondo-se as leis de regência e a suposta verossimilhança do direito líquido e certo alegado pelo contribuinte, ora agravado, que culminaram na concessão da liminar agravada.

Tecidos esses esclarecimentos, a teor do art.150, I, da Carta Magna, constitui-se, como pressuposto essencial ao nascimento e incremento da obrigação tributária, a existência de lei formal que a institua (*nullum tributum sine lege*), 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. Para tanto, quadra transcrever as suas indeclináveis disposições:

***“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”;***

Desse modo, para o nascimento da relação jurídica fazendária, revela-se imprescindível, o implemento de uma das situações abstratas descritas na tipificação do imposto, cujo acréscimo há de ser disciplinado em **lei em sentido formal**, à luz do princípio da estrita legalidade, estatuído no art.150, I da Carta Magna.

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.***

***“Art.116 - A base de cálculo do imposto é o valor:***

***I - nas transmissões em geral, dos bens ou direitos transmitidos”.***

***“Art.117: “A base de cálculo do imposto em nenhuma hipótese poderá ser inferior ao valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado”.***

Da literalidade do texto constitucional e do CTMS, deflui-se, num juízo de cognição sumária, 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 em registro de imóveis, senão vejamos:

***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”.***

Destarte, à primeira vista, vislumbra-se a pertinência da tese autoral, no sentido da possível ilegalidade da cobrança antecipada, contra a Incorporadora Imobiliária agravada, do imposto pertinente a alienações de domínios dos apartamentos que se encontram para entrega futura.

Ademais, ainda sob um juízo de cognição sumária, denota-se relevante o fundamento da impetração, quanto à tese de ilegitimidade da cobrança de ITIV sobre contrato de promessa de compra e venda, porquanto a aquisição de direitos reais apenas se opere através da sua transcrição no respectivo Registro de Imóveis (art.1.245 do CC/02).

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em vários arestos, sobre a não incidência da tributação de ITIV ou ITBI sobre tais contratos preambulares. Neste sentido:

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.

(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)

Noutra senda, não vislumbro, sob um viés perfunctório, a pertinência da argumentação tecida pelo Município de Salvador, quanto à suposta possibilidade de ser antecipado o pagamento do ITIV, nos moldes previstos 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.*

Isto porque, do que se extrai do retrocitado artigo, o instituto da substituição tributária progressiva objetiva, sobretudo, instituir um método que facilite a arrecadação da Fazenda Pública, notadamente quando houver dificuldade na individualização do momento exato do fato gerador, tal como ocorre com impostos polifásicos (v.g. ICMS e IPI), autorizando-o a presumir a sua ocorrência futura, diante da cadeia produtiva em que se insere este diferenciado tipo de tributação.

A esta excepcionalidade, no entanto, não aparenta se perfilhar o imposto sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITIV/ITBI, cujo fato impositivo se configura em ato único e indivisível, com sujeito tributário e base de cálculo de fácil identificação, porquanto a aquisição de propriedade imobiliária se opere tão logo haja a transcrição do respectivo título alienativo no Ofício de Registro de Imóveis.

Evidencia-se, destarte, a relevância das alegações da agravada – que embasaram a liminar combatida – haja vista a aparente ilegalidade da norma municipal que, transmutando o real intento do Constituinte, previu 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.

Sob outro viés perfunctório, a Carta Magna apenas autoriza a exigência adiantada de tributo do seu sujeito passivo tributário, condição aparentemente não ostentada pela Incorporadora Imobiliária quanto às unidades para entrega futura que negociar, em face do caráter monofásico do ITIV, já que a ora Agravada não participará, em **nenhum** momento, do ato fenomênico único e indivisível, de que nasce a obrigação tributária em cotejo: a averbação da escritura pública pelo adquirente do bem, no cartório de registro de imóveis.

Deste modo, enquanto perdurar a lide mandamental, mostra-se escorreita a decisão a quo, que suspendeu a exigibilidade do respectivo crédito tributário, por se revelar verossímil a tese de ilegitimidade da exação fazendária (art.151, IV do CTN).

O *periculum in mora* inverso do agravado, por sua vez, mostra-se de pronto configurado, haja vista que o prosseguimento da demanda, sem que sejam antecipados os efeitos da tutela mandamental, poderá causar danos irreparáveis ao Impetrante, diante das prováveis cobranças pela Fazenda Municipal, tendentes à satisfação dos créditos tributários discutidos, como a inscrição em dívida ativa, protestos de títulos e ajuizamento de execuções fiscais.

Por tais razões, à primeira vista, infiro irretocável a fundamentação jurídica tecida pelo Juiz Primevo, que suspendera a exigibilidade do crédito tributário em questão, com base no art.151, IV, do CTN, diante da aparente ilegalidade do ato inquinado de coator.

Entretanto, considerando a Suspensão de Segurança ordenada pelo Presidente do STF (SS n.º5.008), cuja decisão política atinge o *writ* de origem, **a liminar recorrida há de se manter sobrestada, até a definição do tema pela Suprema Corte.**

Confluyente às razões expostas, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO**, para manter inalterada a decisão objurgada quanto aos seus aspectos estritamente jurídicos, cuja eficácia, no entanto, encontra-se suspensa por ordem do Presidente do STF (S.S. n.º5.008), até ulterior deliberação pela Suprema Corte.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0518256-28.2014.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julgado em 01/8/2016**

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO RECURSAL DE 30 (TRINTA) DIAS PARA A FAZENDA PÚBLICA. TRANSCURSO. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA CONFERIDA AOS PROCURADORES ESTADUAIS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTEMPESTIVIDADE DO APELO RECONHECIDA. REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. ITIV. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ILEGALIDADE NA COBRANÇA ANTECIPADA. FATO GERADOR, TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA. ENTENDIMENTO SEDIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APELAÇÃO CÍVEL NÃO CONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

*I- Compulsando-se os autos, verifica-se que a disponibilização da sentença ocorreu no dia 9 de setembro 2014 (terça-feira), sendo publicada no dia 10 de setembro de 2014 (quarta-feira), afigurando-se a apelação cível como intempestiva, por conseguinte, haja vista que o prazo se iniciou em 11 de setembro de 2014*



*(quinta-feira) e a protocolização da peça recursal ocorreu 13 de outubro de 2014 (segunda-feira), quando já ultrapassado o prazo estabelecido na legislação processual, considerando-se, inclusive, o privilégio do prazo em dobro, hipótese que obsta o prosseguimento do recurso, em face de sua manifesta intempestividade.*

*II- Diante de tais considerações, não se conhece do aludido recurso de apelação e, por conseguinte, cumpre analisar o reexame necessário cabível no presente caso.*

*III- O cerne da questão posta nos presentes autos gira em torno da apontada ilegalidade pelos impetrantes, acerca da cobrança do Imposto de Transmissão “Inter Vivos”, de forma antecipada e sem a ocorrência do fato gerador do tributo, quando da celebração do contrato de promessa de compra e venda do imóvel por estes adquirido.*

*IV- No termos do art. 156, II, da Carta Magna, nota-se que o legislador constituinte indicou como necessário a prévia inscrição no registro imobiliário para que seja permitida a atuação normativa tributária do Município. E, em sendo assim, não se vislumbra, na hipótese, que tenha a norma constitucional concedido ao ente municipal competência para instituir imposto de transmissão “inter vivos”, sobre acerto de promessa de compra e venda.*

*V- Na esteira dos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, tem-se que apenas a transmissão do bem com o respectivo registro no Cartório Imobiliário gera a obrigação do tributo, o que, in casu, não ocorreu.*

*VI- Nada mais é necessário agregar para confirmar integralmente a sentença que deu justa e jurídica solução à controvérsia, concedendo a segurança postulada, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de cobrar o ITIV antes do momento da concretização do fato gerador, qual seja, Registro do Imóvel no Cartório de Imóveis, devendo tal cobrança se efetivar sem qualquer acréscimo.*

*VII- Ante o exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso interposto e MANTER a sentença em sede de reexame necessário.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº **0518256-28.2014.805.0001**, Salvador/Bahia, em que são Apelantes e Apelado, respectivamente, o **MUNICÍPIO DE SALVADOR e CRISTIANO SAMPAIO TELES e OUTRO**.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NÃO CONHECER** do apelo interposto e **MANTER** a sentença em sede de reexame necessário, pelos motivos adiante expendidos.

### RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível interposto contra sentença prolatada em mandado de segurança impetrado por Cristiano Sampaio Teles e Aline Cristina da Hora Pereira contra ato do Secretário da Fazenda do Município de Salvador, perante o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.

Adota-se, como próprio, o relatório da sentença impugnada (fls. 112/116), a qual julgou procedente o presente *mandamus*, ratificando a medida liminar e concedeu em definitivo a segurança para determinar que a Autoridade Coatora se abstenha de cobrar o ITIV antes do mo-



mento da concretização do fato gerador, qual seja, Registro do Imóvel no Cartório de Imóveis, e que essa cobrança se dê sem qualquer exigência de acréscimo legal, juros ou correção monetária.

Inconformado, apelou o Município do Salvador, com razões de fls. 119/151, arguindo, preliminarmente, a ausência de prova pré-constituída, haja vista a não comprovação da ocorrência do ato dito coator, razão pela qual, pleiteou a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

No mérito, sustentou a necessidade de reforma da sentença hostilizada, considerando a possibilidade da cobrança antecipada do ITIV, na forma do art. 150, §7º da CF/88, porquanto o art. 119, §único da Lei nº 7.186/2006 (CTRMS) dispõe que a incorporadora imobiliária será substituta tributária, nas hipóteses do §1º do art. 122 do mesmo diploma legal, em relação às unidades imobiliárias para entrega futura que negocias.

Asseverou que, ao contrário do quanto alegado pela parte apelada, a lei municipal não pretende antecipar o fato gerador, posto que antecipa apenas o momento do pagamento do imposto, diante de fato indiciário de provável ocorrência futura do correspondente fato imponible.

Argumentou quanto a possibilidade da cobrança de multa e juros de mora, conforme previsto no art. 17 da Lei nº 7.186/2006, bem como salientou que o IPCA-E é o índice oficial de correção dos tributos municipais, aduzindo, ainda, que, a teor do Decreto 24.058/2013, é de 30 (trinta) dias da data da assinatura do contrato, o prazo para pagamento do ITIV – Incorporação Imobiliária.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso com a consequente reforma da sentença hostilizada.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões às fls. 191/200, rebatendo as alegações do Apelante e pugnando pela manutenção do comando sentencial.

Preparados, os autos vieram à Superior Instância, e sendo distribuídos à Primeira Câmara Cível, coube-me, por sorteio, a função de relatora.

Instado a se manifestar às fls. 212/220, a Douta Procuradoria de Justiça, manifestou-se pela adoção do procedimento inerente à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Em despacho de fl. 232, entendendo esta Relatora que a adoção do procedimento inerente à declaração incidental de inconstitucionalidade se mostra despiciendo, haja vista que já houve pronunciamento sobre a matéria pelo STF, bem como pelo Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça, foram encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça para parecer conclusivo de mérito.

Submetido os autos ao crivo da Douta Procuradoria de Justiça, o seu ilustre representante opinou, através do parecer de fls. 248/251, *“pelo não conhecimento do recurso face à sua intempestividade, sendo prescindível a sua remessa, em razão da norma do art. 496, §3º, do CPC/15. Todavia, adentrando ao mérito, nos termos do art. 1.013 do CPC/15 opina esta Procuradoria pelo seu improvimento, confirmando os termos da sentença hostilizada.”*

É o relatório.

## VOTO

Inicialmente, da análise dos pressupostos de admissibilidade, cumpre reconhecer a intempestividade do apelo interposto pelo Município de Salvador.

Considerando o prazo de interposição de recurso, o Código de Processo Civil estabelece o limite de 15 (quinze) dias para a interposição de apelação cível, sendo em dobro para a Fazenda Pública.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a disponibilização da sentença ocorreu no dia 9 de setembro 2014 (terça-feira), sendo publicada no dia 10 de setembro de 2014 (quarta-feira), afigurando-se a apelação cível como intempestiva, por conseguinte, haja vista que o prazo se

iniciou em 11 de setembro de 2014 (quinta-feira) e a protocolização da peça recursal ocorreu 13 de outubro de 2014 (segunda-feira), quando já ultrapassado o prazo estabelecido na legislação processual, considerando-se, inclusive, o privilégio do prazo em dobro, hipótese que obsta o prosseguimento do recurso, em face de sua manifesta intempestividade.

Cumpra salientar, ademais, que a Procuradoria do Município não detém a prerrogativa de ser intimado pessoalmente, conforme se extrai do entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que dispõe:

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - PROCURADORIA DO ESTADO - PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL - INEXISTÊNCIA - INDUÇÃO A ERRO PELO JUIZ - PREJUÍZO AO JURISDICIONADO - TEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO.

1. A Corte de origem dirimiu a controvérsia de forma clara e fundamentada, embora de maneira desfavorável à pretensão do recorrente. Não é possível se falar, assim, em maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil.
2. A prerrogativa da intimação pessoal só é conferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, não se aplicando aos Procuradores Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios.
3. Hipótese em que a nota de expediente publicada no Diário de Justiça Eletrônico fazia referência apenas a intimação da parte embargada. Verificado o equívoco, determinou o Juízo a intimação da Procuradoria do Estado mediante vista dos autos no dia 28/1/2011, data a ser considerada, na espécie, para fins de contagem do prazo recursal.
4. Tem entendido esta Corte que não pode o jurisdicionado responder por erro induzido pelo magistrado. Precedentes.
5. Recurso especial provido. (STJ – 2ª Turma Julgadora, REsp nº. 1349832/RS, Rel. Mina. Eliana Calmon, julgado em 16.05.2013, publicado em 24.05.2013).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EQUÍVOCO QUANTO À DATA DE INÍCIO DO PRAZO RECURSAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PRAZO RECURSAL QUE SE INICIA COM A JUNTADA DO MANDADO AOS AUTOS. TEMPESTIVIDADE.

1. A Procuradoria do Município não goza da prerrogativa de intimação pessoal, sua intimação ocorre por publicação no órgão oficial. Precedentes.
2. Na hipótese dos autos, a intimação pessoal do Procurador do Município foi determinada pelo Juízo de primeiro grau, diante das peculiaridades do caso concreto.
3. O prazo para a interposição da apelação, quando a intimação for por oficial de justiça, inicia-se com a juntada do mandado cumprido aos autos.
4. A apelação é tida como extemporânea quando interposta antes do julgamento dos embargos de declaração, sem ratificação no prazo de quinze dias.
5. Apelação interposta após a intimação pessoal, mas antes da juntada do mandado aos autos, deve ser tida como tempestiva.
6. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 2ª Turma Julgadora, REsp nº. 1225108/RS, Rel. Mina. Eliana Calmon, julgado em 14.05.2013, publicado em 20.05.2013)

Por fim:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA. INTIMAÇÃO PESSOAL. PRERROGATIVA QUE NÃO SE ESTENDE AOS PROCURADORES ESTADUAIS. PRECEDENTES DO STJ.

1. “A prerrogativa da intimação pessoal só é conferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, não se aplicando aos Procuradores Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios. Precedentes desta Corte” (AgRg no Ag 1384493/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 28/2/2012).
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – 1ª Turma Julgadora, AgRg no AREsp nº. 173985/BA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 07.05.2013, publicado em 13.05.2013).

Assim, evidenciada a interposição tardia do recurso após o encerramento do prazo, restou desatendido um dos pressupostos de sua admissibilidade, a tempestividade, acarretando a preclusão temporal.

Neste sentido:

Diz-se preclusão temporal quando um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo. (Vários Autores. Leituras Complementares de Processo Civil. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007).

Diante de tais considerações, não conheço do aludido recurso.

Noutro giro, considerando a disposição contida no §1º do art. 14, da Lei nº12.016/09, cumpre, por conseguinte, analisar o reexame necessário cabível no presente caso.

Não há o que alterar na sentença proferida pelo juiz *a quo*, que, após detido exame dos fatos e direitos que emergem dos autos, atuou com acerto ao julgar procedente o pedido contido na inicial.

O cerne da questão posta nos presentes autos gira em torno da apontada ilegalidade pelos impetrantes, acerca da cobrança do Imposto de Transmissão “*Inter Vivos*”, de forma antecipada e sem a ocorrência do fato gerador do tributo, quando da celebração do contrato de promessa de compra e venda do imóvel por estes adquirido.

A Constituição Federal de 1988, dispõe no seu art. 156, inciso II, sobre o fato gerador do ITIV, senão vejamos:

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;

(...)

Nesse sentido, nota-se que o legislador constituinte indicou como necessária a prévia inscrição no registro imobiliário para que seja permitida a atuação normativa tributária do Município. E, em sendo assim, não se vislumbra, na hipótese, que tenha a norma constitucional concedido ao ente municipal competência para instituir imposto de transmissão “*inter vivos*”, sobre acerto de promessa de compra e venda.

Ademais, vale acrescentar que é cediço que a tradição do bem imóvel somente é concretizada com o registro do título translativo no Registro de Imóveis, seguindo a dicção do art. 1.245, do Código Civil:

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.  
(...)

Como se vê, depreende-se dos dispositivos supramencionados, que o fato gerador do ITIV somente se implementa com a efetiva transcrição da alienação do bem tributado no Registro Imobiliário, sendo certo que a antecipação do recolhimento da exação, revela-se indevida e ilegal.

A este respeito, aliás, encontram-se assentados precedentes jurisprudenciais no E. Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. 1. A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e dos limites da coisa julgada, quando a violação é debatida sob a ótica infraconstitucional, não apresenta repercussão geral. Precedente: RE-RG 748.371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º.8.2013. 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. (ARE 807255 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 29-10-2015 PUBLIC 03-11-2015)

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. (ARE 759964 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 28-09-2015 PUBLIC 29-09-2015)

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. (ARE 805859 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 06-03-2015 PUBLIC 09-03-2015)

Na esteira dos precedentes jurisprudenciais apontados, tem-se que apenas a transmissão do bem com o respectivo registro no Cartório Imobiliário gera a obrigação do tributo, o que, *in casu*, não ocorreu.

Neste diapasão, traz-se à baila o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITIV/ITBI. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. INADMISSIBILIDADE. FATO GERADOR. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA. INCOMPATIBILIDADE COM OS ELEMENTOS E REQUISITOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS NO ART. 150, § 7º DA CARTA MAGNA CIDADÃ. INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO DISPOSITIVO DA LEI MUNICIPAL QUE LHE DÁ FUNDAMENTO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACOHLHIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EFETIVA TRANSMISSÃO DO BEM, QUE SE PERFAZ COM O REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. RECONHECIMENTO INTRA PARTES. APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA INTEGRADA EM REEXAME NECESSÁRIO. Preliminarmente se reconhece a inconstitucionalidade do art. 122, § 1º, I, da Lei do Município de Salvador nº 7.186/2006- CTRMS, ante a inaplicabilidade do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, no âmbito do ITIV, sendo medida de política fiscal, que pelos seus próprios contornos normativos constitucionais, afigura-se, de fato, adequada a tributos de incidência decorrente de operações subsequentes, como no caso do ICMS, cuja dinâmica é totalmente diversa do ITIV, bem como pela sua inadequação ao art. 156, inciso II, da Constituição Federal que autoriza a instituição pelo Município de imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis, cujo fato gerador se perfaz com o registro imobiliário, não havendo previsão para a antecipação do recolhimento. A incidência do ITIV diz respeito a fato gerador compra e venda de imóvel, e tal evento somente se implementa com a efetiva transcrição imobiliária, não há como se considerar como momento do fato gerador a assinatura do instrumento contratual de promessa de compra e venda, muito menos considerar válida a cobrança antecipada, referente a tais valores, com inserção de encargos moratórios devidos desde a celebração do contrato pelo contribuinte. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0503489-48.2015.8.05.0001, Relator (a): Lisbete M. Teixeira Almeida César Santos, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 25/05/2016 )

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE RATIFICAÇÃO. ITIV. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL PARA ENTREGA FUTURA. COBRANÇA ANTECIPADA DA EXAÇÃO. ASSINATURA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CTN. APLICABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELO IMPROVIDO. 1. De fato, não se pode conhecer do agravo retido interposto pelo órgão ministerial, em razão da sua falta de ratificação quando do pronunciamento posterior ao apelo em comento, consoante disposto no art. 523, § 3º do Código de Processo Civil. 2. Feitos tais esclarecimentos, segundo a norma de regência, a obrigação tributária somente se perfaz exigível mediante a transmissão do bem imóvel, que, segundo o ordenamento jurídico em vigor, ocorre quando da transcrição do respectivo registro no cartório competente. 3. Nessa linha de raciocínio, assim é que, a pretensão do Fisco em impor ao autor o pagamento do imposto em comento em razão da assinatura de mero instrumento particular de promessa de compra e venda traduz-se em manifesta conduta abusiva, em ordem a legitimar o decreto liminar expedido pelo juízo monocrático. 4. Agravo retido não conhecido. Apelo improvido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0543290-05.2014.8.05.0001, Relator (a): Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 26/02/2016 )

Desse modo, não há que se falar em recolhimento do tributo em espécie, antes da ocorrência do fato gerador, posto que ainda não houve o devido registro imobiliário.

Outrossim, não resta configurada a hipótese de antecipação tributária, prevista no art. 150, §7º da CF/88, haja vista que tal modalidade é mais compatível aos impostos que abrangem ope-



razões que propiciam incidências tributárias subsequentes, a exemplo do ICMS, o qual possui operação que não se assemelha à do ITIV.

Com efeito, é certo que não se pode considerar a existência de uma obrigação tributária, pela simples possibilidade do fato gerador vir a ocorrer, sendo este o raciocínio aplicável ao caso em tela, considerando que a pactuação da promessa de compra e venda não confere plena certeza de que ocorrerá o registro do contrato e, por conseguinte, a transferência do imóvel.

Nada mais é necessário agregar para confirmar integralmente a sentença que deu justa e jurídica solução à controvérsia, concedendo a segurança postulada, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de cobrar o ITIV antes do momento da concretização do fato gerador, qual seja, Registro do Imóvel no Cartório de Imóveis, devendo tal cobrança se efetivar sem qualquer acréscimo.

Ante o exposto, voto no sentido de **NÃO CONHECER** do recurso interposto e **MANTER** a sentença em sede de reexame necessário.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0020595-20.2014.8.05.0000, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Desª. Maria de Lourdes Pinho Medauar, julgado em 18/4/2016**

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. LEGITIMIDADE DO PROMITENTE COMPRADOR DO IMÓVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO AVERBADA. DESNECESSIDADE. ART. 34 DO CTN. CABIMENTO DO INCIDENTE. SÚMULA 393 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

- O art. 34 do CTN considera como contribuinte do IPTU o “*proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*”, pelo que resta dispensada a averbação de título de transferência de imóvel, conforme asseverado na decisão agravada;

- Nos termos da Súmula 393 do STJ, “*a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*”

- “*Sendo o promitente comprador responsável pelo pagamento do IPTU, nada obsta que lhe seja autorizada a oposição de exceção de pré-executividade*”. (TJ-RS - AC: 70062095864 RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Data de Julgamento: 09/12/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/12/2014)

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Agravo de Instrumento nº 0020595-20.2014.8.05.0000**, em que figura como agravante **ASOEC – ASSOCIAÇÃO SALGADO DE OLIVEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA** e, agravado, **MUNICÍPIO DE SALVADOR**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo, pelas razões alinhadas no voto de sua relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de *Agravo de Instrumento*, interposto por **ASOEC – ASSOCIAÇÃO SALGADO DE OLIVEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA**, contra decisão de fls. 19/21, proferida pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que, nos autos da Execução Fiscal movida pelo **MUNICÍPIO DE SALVADOR**, em face de BANCO ALVORADA S/A, rejeitou a Exceção de Pré-Executividade oposta pela Agravante, sob o seguinte fundamento:

*No caso em tela, o Excipiente aduz a presente exceção de pré-executividade sob o argumento de sua legitimidade passiva, uma vez que seria o atual proprietário do imóvel objeto da exação, desde 2005, conforme Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra, juntado às fls. 96/100. Contudo, verifica-se que o instrumento particular trazido pelo excipiente não é suficiente para desconstituir a propriedade da parte executada BANCO ALVORADA S/A sobre o bem. Dessa forma, para demonstrar a transmissão da propriedade relativa ao bem imóvel seria necessário o Registro de Averbação do título de transferência no Ofício Imobiliário, o que não ocorre na hipótese dos autos. [...] Neste diapasão, na hipótese dos autos, se configura a impossibilidade do manejo da exceção de pré-executividade, dada a abrangência da matéria discutida e à ausência de prova documental que a fundamente. [...] Diante da situação supra mencionada, as razões alegadas pela executada mostram-se inadequadas, pois tratam de matéria que se confunde com a questão de mérito, devendo ser apreciadas por meio de embargos à execução. Sendo assim, rejeito a presente Exceção de Pré-executividade e determino que o prosseguimento do feito. (grifo nosso)*

Inconformada, a agravante argui, em síntese, que possui legitimidade passiva para figurar na execução fiscal, na medida em que se trata de promitente compradora e possuidora do imóvel objeto da cobrança de IPTU.

Assevera que a promessa de compra e venda foi celebrada em abril de 2005, e que consta no sistema da Prefeitura Municipal de Salvador, como destinatário do referido endereço, a UNIVERSO, que é mantida pela Agravante.

Sustenta que a jurisprudência do STJ reconhece a legitimidade do promitente comprador, titular de compromisso de compra e venda não registrado, para ingressar na execução fiscal.

Ainda, sendo possuidor e promitente-comprador, é considerado contribuinte do IPTU, conjuntamente com o proprietário do imóvel, a teor dos arts. 32, 34 e 130 do CTN.

Não obstante, informa que a arguição de sua imunidade tributária é matéria de ordem pública, que dispensa dilação probatória e, portanto, arguível em sede de exceção de pré-executividade, bem como que teve a referida imunidade, relativa ao IPTU, declarada pela Prefeitura, publicada no Diário Oficial do Município em 6/1/2010.

Diante disso, sendo vedada a instituição de impostos em face da agravante, especialmente quanto ao IPTU, a partir do exercício de 2006, a certidão da dívida ativa, objeto da execução fiscal, não tem poder executório, nos termos do art. 586 do CPC.

Quanto a Taxa de Limpeza Pública, aduz a agravante que *“a base de cálculo não fornece o elemento fundamental para identificação, classificação e diferenciação dos tributos, ela não se presta para fixar o valor da espécie tributária, sendo considerada inconstitucional”*.

Por tais motivos, pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, requerendo a suspensão da execução fiscal até que seja conhecido e provido o recurso de exceção de pré-executividade oposto pela agravante, reconhecendo sua legitimidade passiva e, no mérito, seja declarada sua imunidade tributária para o pagamento do IPTU do ano de 2006, bem como reconhecida a inconstitucionalidade da taxa de limpeza.

Nos termos do despacho de fls. 94, a Relatora reservou-se à apreciação posterior do requerimento liminar, requisitando informações do juízo singular e intimando a agravada para se manifestar sobre os termos do agravo.

O juízo de base se manteve silente, conforme certidão de fl. 114, tendo a parte agravada apresentado contrarrazões às fls. 43/47.

### VOTO

Conheço do recurso, presentes que se encontram os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

A controvérsia do presente agravo cinge-se ao fato de ser ou não cabível a interposição de exceção de pré-executividade, em sede de execução fiscal, por terceiro, requerendo a agravante, além do processamento do referido incidente, uma vez declarada sua legitimidade passiva para atuar no feito, o reconhecimento da sua imunidade tributária relativa ao IPTU, objeto da cobrança perpetrada pela Fazenda Pública Municipal.

Primeiramente, cabe-nos analisar a questão da legitimidade da agravante para figurar no polo passivo da demanda, levando-se em consideração que não se trata de legítimo proprietário do bem imóvel objeto da cobrança do tributo, mas apenas de promitente comprador.

A decisão agravada suscitou a controvérsia da legitimidade da agravante, sob o argumento de que ***“para demonstrar a transmissão da propriedade relativa ao bem imóvel seria necessário o Registro de Averbação do título de transferência no Ofício Imobiliário, o que não ocorre na hipótese dos autos”***.

Entretanto, da prova constante dos autos, observa-se que a agravante não é apenas promitente compradora do imóvel em questão, mas é, também, detentora de sua posse, o que se vê nos documentos de fls. 47/55.

Ademais, destaca-se que o documento de fls. 55, emitido pelo Secretaria da Fazenda do Município, ora Agravado, atesta o deferimento de imunidade tributária, relativa ao IPTU, em favor da agravante, para o imóvel em questão, o que se depreende dos números de inscrição imobiliária ali consignados.

Ou seja, o próprio agravado, em âmbito administrativo, já reconheceu a responsabilidade tributária da agravada quanto ao bem imóvel sobre o qual se executa o referido tributo, não havendo controvérsia, portanto, acerca de sua legitimidade.

Não obstante, o art. 34 do CTN considera como contribuinte do IPTU o *“proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”*, pelo que resta dispensada a averbação de título de transferência de imóvel, conforme asseverado na decisão agravada.

A jurisprudência também é nesse sentido:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO POSSUIDOR (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO (PROMITENTE VENDEDOR). - Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. - Em sessão realizada em 10.6.2009, a Primeira Seção do STJ julgou o Recurso Especial 1.110.551/SP, representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, em que reafirmou o entendimento de que tanto o promitente comprador quanto o proprietário (promitente vendedor, aquele que tem a propriedade registrada no Cartório de Registro de Imóveis) são legitimados para figurar no polo passivo em demandas relativas à cobrança do IPTU. Assim, cabe ao administrador público eleger o sujeito

passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. AGRAVO DES-PROVIDO. (Agravado Nº 70064703267, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 14/05/2015). (TJ-RS - AGV: 70064703267 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 14/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/05/2015)

Dito isso, tem-se que é inconteste a legitimidade passiva da agravante e, portanto, dispensável dilação probatória nesse sentido, estando a mesma legitimada para a interposição da exceção de pré-executividade.

Ademais, nos termos da Súmula 393 do STJ, “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”

Outro não é o entendimento dos tribunais acerca da possibilidade de ajuizamento de exceção de pré-executividade em sede de execução fiscal, inclusive pelo promitente comprador, a saber:

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROMITENTE COMPRADOR. LEGITIMIDADE. Sendo o promitente comprador responsável pelo pagamento do IPTU, nada obsta que lhe seja autorizada a oposição de exceção de pré-executividade. Legitimidade reconhecida. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05. NÃO APLICAÇÃO. Prescrição dos créditos tributários porquanto transcorridos mais de cinco anos sem que tenha se efetivado a citação do devedor, marco interruptivo do prazo prescricional. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Apelação Cível Nº 70062095864, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 09/12/2014). (TJ-RS - AC: 70062095864 RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Data de Julgamento: 09/12/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/12/2014)

Assim, deve ser suspensa a execução fiscal, devendo o juízo singular conhecer e processar a exceção de pré-executividade oposta pela agravante.

Quanto ao mérito recursal, no que concerne à declaração da imunidade tributária da agravante, para o pagamento do IPTU do ano de 2006, e ao reconhecimento da inconstitucionalidade da taxa de limpeza, trata-se de matérias não enfrentadas na decisão agravada, as quais devem ser analisadas pelo juízo de primeiro grau, quando do processamento do incidente.

**Em razão de todo o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para determinar a suspensão da execução fiscal, até o julgamento da exceção de pré-executividade oposta pela agravante, que deverá ser recebida e processada pelo juízo singular.**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0139322-08.2009.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Desª. Gardênia Pereira Duarte, julgado em 19/7/2016**

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU. SUJEITO PASSIVO. ASSOCIAÇÃO. PROPRIETÁRIA DO IMÓVEL. DECRETO ESTADUAL RECONHECENDO A UTILIDADE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL LEI 6779/2005. ÔNUS DE PROVA QUE CABIA AO APELANTE. SENTENÇA MANTIDA. RE-

**CURSO IMPROVIDO.**

**I - Cinge-se à discussão acerca do reconhecimento ou não da isenção tributária do apelante, tendo em vista a alegação de que, por meio do Decreto nº 9.192 de 6 de novembro de 1934, foi declarada pelo Estado da Bahia sua utilidade pública, como Associação dos Varejistas da Bahia.**

II - No caso do Município do Salvador, as hipóteses de isenção tributária estão disciplinadas na Lei Municipal Lei 6779/2005 e no Decreto Estadual nº 9.192, de 6 de novembro de 1934.

**III - Ressalte-se que cabia ao apelante** o ônus de demonstrar a prova dos atos constitutivos do direito que postula, na hipótese específica dos autos, o recorrente tinha que fazer prova de que preenchia os requisitos exigidos na Lei Municipal 6.779/2005, para a percepção do benefício.

IV - A associação somente se apresenta como de utilidade pública e colaciona aos autos apenas cópia do seu Estatuto, ou seja, não fez prova de que a Associação esteja ainda em operação ou de que o imóvel está sendo empregado no cumprindo de sua finalidade essencial.

V- A documentação carreada, portanto, não comprova suficientemente, que a associação preenche os requisitos da legislação de regência. Sendo assim, ausentes estão os requisitos exigidos por lei para adequar a apelante ao direito à isenção fiscal.

VI- Ausentes os requisitos para o reconhecimento do direito ao benefício da isenção tributária, é válido o crédito tributário, como bem posto na sentença.

**APELO IMPROVIDO.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0139322-08.2009.8.05.0001**, de Salvador, em que são partes, como Apelante, **ASSOCIAÇÃO DOS VAREJISTAS DA BAHIA** e, como Apelado, **MUNICIPIO DO SALVADOR**.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, pelas razões seguintes.

**RELATÓRIO**

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo embargante, em face da sentença de fls. 66/77, que julgou improcedente os embargos à execução fiscal, sob o fundamento de que o embargante ora apelante não provou de forma robusta que tem direito à isenção que alega.

Em suas alegações, fls. 79/87, a apelante sustenta que a sentença merece reforma, pois não poder figurar no polo passivo da obrigação tributária, relativa ao IPTU do Município de Salvador, eis que o imóvel sobre o qual teria ocorrido o fato gerador apresenta isenção fiscal. Prossegue, aduzindo que o imóvel localizado à Avenida Sete de Setembro, nº 690, Edifício Cruz de Malta, Sala 205, Salvador (BA), foi declarado de utilidade pública, pelo Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 9.192 de 6 de novembro de 1934.

Continua, dizendo que o caso concreto submete-se a hipótese contida na Lei Municipal nº 6.779/2005, uma vez que tal diploma legal dispõe sobre hipótese de isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano, acolhendo a declaração de utilidade pública do imóvel, como um dos casos em que se exclui a incidência do referido imposto. Pede o Provimento.



Em suas contrarrazões, o Município, fls. 94/97, alega que a apelação deve ser improvida, pois ao Estado está vedado conceder isenção de tributo municipal, além do que o recorrente não fez prova contundente de que preenche os requisitos estabelecidos na legislação de regência. Salienta, ainda, que tocava ao apelante o ônus de comprovar o atendimento dos requisitos, eis que o crédito tributário goza de certeza e liquidez somente passível de ser elidida por prova inequívoca em contrário.

### VOTO

O cerne da contenda em apreço cinge-se à discussão acerca do reconhecimento ou não da isenção tributária do apelante, tendo em vista a alegação de que, por meio do **Decreto nº 9.192 de 6 de novembro de 1934, foi declarada pelo Estado da Bahia sua utilidade pública, como Associação dos Varejistas da Bahia.**

No caso do Município do Salvador, as hipóteses de isenção tributária estão disciplinadas na Lei Municipal Lei 6779/2005 e no Decreto Estadual nº 9.192, de 6 de novembro de 1934, nestes moldes:

*Art. 2º - Fica isento do pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) o proprietário, detentor de domínio útil ou possuidor a qualquer título de unidade imobiliária: (...) VII – não edificada, declarada de utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação, desde que não seja objeto de exploração econômica, a qualquer título, enquanto vigente o ato expropriatório; (...) § 2º - Fica revogada a isenção referida no inciso VII deste artigo a partir do exercício seguinte ao do vencimento do prazo do ato declaratório de utilidade pública ou de interesse social, acaso não tenha sido efetivada a desapropriação. (grifei)*

Como relatado, o apelante sustenta que o Decreto Estadual nº 9.192/34 declarou o seu imóvel como de utilidade pública. O decreto foi expedido nos seguintes termos: “O Interventor Federal, interino, no Estado da Bahia, no uso das atribuições, atendendo o pedido feito pela Associação dos Varejistas da Bahia: Decreta: Art. 1º – É considerada de utilidade pública à Associação dos Varejistas da Bahia. (...)”.

Destaque-se que o apelante se apresenta como associação, reconhecida de utilidade pública, e colaciona aos autos somente cópia do seu Estatuto para comprovar suas afirmações.

Entretanto, verifica-se que a mencionada associação não preenche os demais requisitos exigidos por lei para fruição da isenção tributária, senão vejamos:

Inicialmente, deve-se ressaltar que regras de outorga de isenção tributária devem ser interpretadas literalmente, na forma do disposto no art. 111 do CTN:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (grifei)*

Com efeito, a isenção fiscal é sempre decorrente de Lei e está incluída na área denominada reserva legal, sendo a lei, em sentido estrito, o único instrumento hábil para a sua instituição (CTN, art. 97, VI). Ainda quando prevista em contrato, diz o CTN, a isenção é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração (art. 176).

Dessa forma, pode ocorrer sim do Estado conceder a isenção, como na hipótese dos imóveis declarados de utilidade pública para fins de desapropriação, que ficam isentos de IPTU.

Sucedee que, no caso em testilha, o Decreto não foi de desapropriação, nem de caráter geral, e **sim expedido de forma específica para associação apelante, em sendo assim, cabia ao contribuinte provar o preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos na Lei ou no contrato, para a concessão da isenção fiscal.**

Nesse contexto, assim preleciona o art. 179 do CTN e seus §§, in verbis:

*Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão. § 1º Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os seus efeitos a partir do primeiro dia do período para o qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção. § 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.*

Desse modo, não tendo o Decreto, retro citado, caráter geral, mas sim específico, cabia ao apelante provar o preenchimento e o cumprimento dos requisitos previstos na lei, para a sua concessão.

E, uma vez existindo lei municipal específica que dispõe sobre a isenção, o contribuinte deverá cumprir a legislação de regência. Neste ponto, a Lei 6.779/2005, dispõe que:

*Art. 2º Fica isento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU o proprietário, detentor do domínio útil ou possuidor a qualquer título de unidade imobiliária: (...)*

*VII - não edificada, declarada de utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação, desde que não seja objeto de exploração econômica, a qualquer título, enquanto vigente o ato expropriatório; (...)*

*§ 2º - Fica revogada a isenção referida no inciso VII deste artigo a partir do exercício seguinte ao do vencimento do prazo do ato declaratório de utilidade pública ou de interesse social, acaso não tenha sido efetivada a desapropriação. (...) Art. 3º - Para obtenção do benefício previsto no art. 2º deste Decreto é necessário que o empreendimento, ou instituição, encontre inscrito no Cadastro Geral de Atividades do Município (CGA) em atividade específica. (...)*

*§ 2º - Nas hipóteses previstas nos incisos II, III, IV, V “b” e “c”, VI, VII e VIII do art. 2º, o contribuinte deverá comprovar que o empreendimento se encontra inscrito no Cadastro Geral de Atividades – CGA e enquadrado nas situações ali descritas; (...) Art. 4º - Em relação à unidade imobiliária, é necessário, ainda, para obtenção do benefício previsto no art. 2º deste Decreto, que a mesma: I - se encontre localizada em logradouro integrante de Região Administrativa especificada, ou, quando o benefício estiver condicionado a localização em logradouro ou trecho em processo de deterioração constante do Anexo Único deste Decreto;*

*II - se encontre inscrita no cadastro imobiliário e em situação regular relativamente ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e à Taxa de Limpeza Pública (TL), exceto nas situações previstas nos incisos I, IV e V do art. 2º, combinado com o § 6º do mesmo artigo;*

*III - seja utilizada para o funcionamento de empreendimento previsto neste Decreto, conforme Alvará de Licença de Localização e Funcionamento;*

*IV - em se tratando de imóvel cuja propriedade, domínio útil ou posse definitiva seja do próprio empreendedor inscrito no Cadastro Geral de Atividades (CGA), deverá ser apresentado o respectivo título aquisitivo;*

*V - em se tratando de imóvel locado, além do título aquisitivo, deverão ser apresentados o Contrato de Locação celebrado com o empreendedor e a comprovação de que o mesmo está inscrito no CGA e utiliza o imóvel para o exercício de atividade prevista neste Decreto;*

*Art. 5º - A isenção do IPTU só produzirá efeitos a partir do exercício seguinte à aquisição da propriedade, do domínio útil, da posse definitiva ou da locação da unidade imobiliária e da expedição*

*do Alvará de Licença de Localização e Funcionamento de atividade prevista neste Decreto na mesma unidade imobiliária.*

*§ 1º - Para efeito da continuidade da isenção do IPTU nos exercícios seguintes, o beneficiário deverá informar, por escrito, ao órgão da Secretaria da Fazenda – SEFAZ responsável pelo seu lançamento, até o mês de outubro do exercício antecedente, que não houve, nem haverá, alteração das condições que ensejaram o gozo do benefício ou quais as que foram alteradas, caso tenha havido alguma modificação, juntando, nesse caso, os elementos comprobatórios. § 2º - A inobservância do disposto no § 1º deste artigo ensejará o lançamento e a exigibilidade total do imposto. (...). (Grifos nossos)*

Ressalte-se que cabia ao embargante, ora apelante, o ônus de demonstrar a prova dos atos constitutivos do direito que postula; na hipótese específica dos autos, o recorrente tinha que demonstrar que preenchia os requisitos exigidos na Lei Municipal 6.779/2005, para a percepção do benefício.

Contudo, como já dito, a associação somente se apresenta como de utilidade pública e colaciona aos autos apenas cópia do seu Estatuto, ou seja, sequer fez prova de que a Associação esteja ainda em operação.

Portanto, a mencionada associação não preenche os demais requisitos exigidos por lei, para fruição da isenção tributária.

E, consoante o disposto no artigo 111 do CTN, que impõe às regras de isenção tributária interpretação restritiva, deveria o apelante ter comprovado que o imóvel, cuja imunidade postula, seria empregado diretamente no cumprimento de suas finalidades essenciais, conforme *exigem artigos 150, § 4º, da Constituição Federal, e 9, IV, “c”, e 14 do Código Tributário Nacional*.

Ademais, a condição pela qual a embargante se encontra, qual seja, é proprietária do imóvel, estando na sua posse, se amoldando à definição de fato gerador do IPTU, que consiste no exercício do direito de propriedade territorial e predial urbana.

Neste sentido, prevê o CTN: *Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. (...) Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.*

Com efeito, a associação também não fez prova de que há qualquer restrição à exploração econômica do bem, uma vez que a declaração de utilidade pública não impede o proprietário de usar, gozar e dispor do imóvel, podendo inclusive aliená-lo. O proprietário somente será tolhido no momento em que concretizada a imissão de posse em prol da administração, o que, no caso dos autos, não ocorreu. Assim, enquanto não efetivada, permanece responsável pelos débitos tributários gerados pela propriedade.

**Esse o entendimento do STJ:**

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IPTU. COBRANÇA. SUJEITO PASSIVO. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. INVASÃO DA PROPRIEDADE POR TERCEIROS. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE PELO PODER PÚBLICO APÓS O FATO GERADOR. ARTIGO 34 DO CTN. EXAÇÃO INDEVIDA. POSSE DO MUNICÍPIO EXPROPRIANTE EXERCIDA ANTES DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE IMISSÃO PROVISÓRIA. LOTEAMENTO E BENFEITÓRIAS NA ÁREA. ANIMUS APROPRIANDI.

1- Hipótese em que o município alega, além da violação do art. 535, II, do CPC, seja reconhecido ao proprietário do imóvel a legitimidade de figurar como sujeito passivo do tributo (IPTU - ano de 1991), não obstante a propriedade ter sido invadida por terceiros e, por fim, desapropriada pelo próprio ente público. 2. A Corte de origem manifestou-

se sobre todas as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia, motivo pelo qual não há falar em violação ao art. 535, II, do CPC. 3. O artigo 34 do CTN dispõe que: “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”. 4. “Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação” (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004). 5. “A simples declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, não retira do proprietário do imóvel o direito de usar, gozar e dispor do seu bem, podendo até aliená-lo. Enquanto não deferida e efetivada a imissão de posse provisória, o proprietário do imóvel continua responsável pelos impostos a ele relativos” (REsp 239.687/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.3.2000). 6. Não obstante a posse legal da municipalidade tenha ocorrido somente em 1992 com o autorização judicial para imissão na posse, o que lhe garantiria o direito de cobrança da exação referente ao ano anterior do proprietário, o fato é que ela já havia ingressado na área antes, loteando-a e implementando melhoramentos como asfalto, energia elétrica entre outros, o que lhe retira o direito de cobrar a exação do proprietário. 7. Não se pode exigir do proprietário o pagamento do IPTU quando sofreu invasão de sua propriedade por terceiros, defendeu-se através dos meios jurídicos apropriados e foi expropriado pela municipalidade, sendo que esta, antes de receber a autorização judicial para imissão provisória, ingressou na área com o ânimo de desapropriante. 8. Recurso especial não provido. (REsp 1111364/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009 – grifei)

Em assim sendo, a documentação carreada não comprova suficientemente, que a associação preenche os requisitos da legislação de regência. Portanto, não existem documentos acostados aos autos que deem suporte aos argumentos do apelante.

Dessa forma, ausentes os requisitos para o reconhecimento do direito ao benefício da isenção tributária, é válido o crédito tributário, como bem posto na sentença.

Confluente às razões expostas, NEGA-SE provimento ao apelo.

\*\*\*\*\*

TJBA – Apelação Cível nº 0505715-26.2015.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator (a): Des. Gesivaldo Nascimento Britto, julgado em 30/8/2016

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO. ISS. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, haja vista que, se a construção é realizada por ele próprio, em terreno próprio, não existe prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador.

2. Na contratação direta com o incorporador, falta elemento essencial ao imposto sobre serviço, qual seja a obrigação de fazer; existindo, sim, uma obrigação de dar, de entregar o imóvel adquirido pronto e acabado.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível da Comarca de Salvador, em que é Apelante o **MUNICÍPIO DE SALVADOR** e, Apelado, **MRM CONSTRUTORA LTDA., ACORDAM** os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, em conformidade com o voto do Relator.

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Município de Salvador contra a sentença de fls. 163/166, da lavra do M.M. Juiz de Direito da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que julgou procedente o pedido de anulação do crédito tributário decorrente de Notificação Fiscal de Lançamento de nº 1060/2005, reconhecendo a não incidência de ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, condenando o Apelante a pagar custas e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Irresignado, o Apelante interpôs recurso de Apelação, fls. 171/178, sustentando, em síntese, que a atividade do Apelado envolve a prestação de serviço de construção civil, capitulado no item 32 da Lista de Serviços anexa do Decreto-lei 406/68, bem assim no item 7.02 da Lista introduzida pela Lei Complementar nº 116/2003, sendo passível de tributação por ISS.

Por fim, requer que seja dado provimento ao recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 182/198.

Isentos de preparo, foram os autos remetidos a esta Instância ad quem, onde foram distribuídos para a Segunda Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a função de relator.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 204/205.

Recurso próprio e tempestivo, inclua-se em pauta de julgamento.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passo ao conhecimento do recurso.

A sentença, que acertadamente anulou o crédito tributário decorrente da Notificação Fiscal de Lançamento de nº 1060/2005, amparou-se no entendimento firmado pelo STJ de que não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, pois, se a construção é realizada por ele próprio, em terreno próprio, não existe prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, descaracterizando o fato gerador do imposto cobrado.

O *decisum* em comento afirmou não haver dúvida de que o empreendimento foi edificado sobre terreno de propriedade do Apelado, e que este realizou atividade de incorporação imobiliária direta; ou seja, na condição de construtora/incorporadora e proprietária do terreno, firmou contratos de promessa de compra e venda com os adquirentes das unidades autônomas.

Em suas razões de apelação, entretanto, o Município não se insurge contra tais fatos, permitindo delimitar-se a questão a ser reexaminada, nessa instância, à caracterização, ou não, da atividade de incorporação direta como fato gerador do ISSQN por envolver atividade de construção civil.

O Imposto Sobre Serviços, atento ao comando constitucional contido no artigo 156, III da Constituição Federal, é disciplinado pela Lei complementar nº 116/03 da seguinte forma: “artigo 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”.

É certo, portanto, que na prestação de serviço tem de existir a figura do tomador, ou seja aquele que recebe um serviço. Já o prestador é o praticante direto do fato gerador, aquele que materializa, sob o ponto de vista tributário, a hipótese de incidência do imposto; o realizador da tarefa contratada.

Nos negócios de venda de unidades imobiliárias, que se exteriorizam em compra de imóvel com entrega futura, na qual o vendedor das unidades se responsabiliza em entregar o imóvel construído, pode a construção se realizar pelo próprio vendedor ou mediante contratação de terceiro. Sendo um terceiro o responsável pela construção do imóvel, facilmente identificam-se as figuras do tomador do serviço (incorporador, que pode ser o dono de imóvel) e do prestador dos serviços (mero construtor).

A controvérsia surge quando a figura do dono do imóvel e a do construtor fundem-se na mesma pessoa, pois a pertinência do ISS desaparece quando se revela a inexistência dos dois sujeitos individualizados, o prestador e o tomador dos serviços, ante a obviedade de ninguém poder prestar serviço para si próprio.

Nesse tipo de contratação, direta com o incorporador, falta elemento essencial ao imposto sobre serviço, qual seja a obrigação de fazer. Existe, sim, uma obrigação de dar, de entregar o imóvel adquirido pronto e acabado. Noutros termos, a venda dos imóveis na planta é irrelevante para a caracterização do fato gerador do ISS.

Frise-se também, por oportuno, que, das três formas de executar uma obra de construção civil (por empreitada, por administração ou a preço de custo e por contratação direta com o incorporador), apenas as duas primeiras estão previstas na lista de serviços anexa à Lei Complementar (LC) nº 116/2003.

O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência sobre a matéria:

**TRIBUTÁRIO. ISS. INEXIGIBILIDADE. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ENTRE OS ADQUIRENTES DAS UNIDADES AUTÔNOMAS E O CONSTRUTOR/INCORPORADOR (PROPRIETÁRIO DO TERRENO). ATIVIDADE QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRECEDENTES. MATÉRIA DECIDIDA NOS EREsp 884778/MT, DE MINHA RELATORIA, DJE 05/10/2010.**

1. Na construção pelo regime de contratação direta, há um contrato de promessa de compra e venda firmado entre o construtor/incorporador (que é o proprietário do terreno) e o adquirente de cada unidade autônoma. Nessa modalidade, não há prestação de serviço, pois o que se contrata é “a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis” (art. 43 da Lei 4.591/64). Assim, descaracterizada a prestação de serviço, não há falar em incidência de ISS.

2. Ademais, a lista de serviços sujeitos ao ISS é taxativa, não obstante admita interpretação extensiva. Além disso, é vedada a exigência de tributo não previsto em lei através do emprego da analogia (art. 108, parágrafo único, do CTN). Desse modo, se a previsão legal é apenas em relação à execução de obra de engenharia por administração, por empreitada ou subempreitada, não é possível equiparar a empreitada à incorporação por contratação direta, para fins de incidência do ISS, como entendeu o acórdão embargado.

3. Precedentes: REsp 1212888/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, Dje 18/04/2011; EREsp 884778/MT, Rel. Ministro MAURO 1261764 MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, Dje 05/10/2010; REsp 922956/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, Dje 01/07/2010; REsp 1.166.039/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Dje de 11.6.2010; REsp 1.012.552/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.6.2008.

4. Recurso especial não provido. (REsp 1.263.039/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, Dje 19/09/2011)

*Nesse mesmo sentido:*

**TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEIS CONSTRUÍDOS SOBRE TERRENO PRÓPRIO E POR CONTA PRÓPRIA DO INCORPORADOR. ISS. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR.**

1. O incorporador imobiliário, tal como definido no art. 29 da Lei 4.591/65, não pode, logicamente, figurar como contribuinte do ISSQN relativamente aos serviços de construção da obra incorporada. Com efeito, se a construção é realizada por terceiro, o incorporador não presta serviço algum, já que figura como tomador. Contribuinte, nesse caso, é o construtor. E se a construção é realizada pelo próprio incorporador, não há prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador. É que os adquirentes das unidades imobiliárias incorporadas não celebram, com o incorporador, um contrato de prestação de serviços de construção, mas sim um contrato de compra e venda do imóvel, a ser entregue construído. Precedentes.

2. Recurso improvido. (REsp 922956 / RN - RECURSO ESPECIAL 2007/0025179-8, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Julgado em 22/06/2010)

Por esses motivos, não merece prosperar a irresignação do Apelante, devendo-se manter afastada a incidência de tributação do ISS quando inexistir efetiva prestação de serviço a terceiro.

Com base nas razões expendidas, **voto no sentido de conhecer do recurso interposto pelo Apelante para lhe negar provimento**, mantendo-se intacta a sentença hostilizada, por estes e pelos seus próprios fundamentos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0006860-80.2015.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Maria do Socorro Barreto Santiago, julgado em 18/8/2015**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TAXA DE INCÊNDIO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADAS. BASE DE CÁLCULO ASSENTADA NA QUANTIDADE DE ENERGIA CONSUMIDA. IMPOSSIBILIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 77 DO CTN E ARTIGO 145, §2º, DA CARTA MAGNA. FATOS GERADORES DISTINTOS. REVOGAÇÃO POSTERIOR DA NORMA. EDIÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 12.929/2013. INCIDÊNCIA DA NOVEL LEGISLAÇÃO SOBRE O ANO-BASE 2012 **AINDA NÃO APRECIADA NA ORIGEM**. JURIDICIDADE DA DECISÃO QUE SUSPENDE PROVISORIAMENTE A COBRANÇA ATÉ ANÁLISE EXAURIENTE DO REGRAMENTO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO.**

As preliminares não merecem acolhimento. Com efeito, não há evidência que se trate de substituição processual por parte da Agravada e seu interesse econômico refutado pelo Recorrente se extrai do pedido certo e explícito de impugnação do DAE nº 1305724999, relatado na inicial de origem como

colacionado aos autos, mas não apresentado ou contestado pelo Agravante. Da constatação de existência de cobrança impugnada se percebe a legitimidade da parte e seu interesse processual, razão pela qual restam rejeitadas as preliminares. No mérito, a via recursal se destina apenas a mensurar a juridicidade ou não da decisão interlocutória, não se prestando a resolver a questão de fundo ainda pendente de apreciação. Nesse contexto, considerando que as taxas devem se jungir ao custo específico da atividade onerada pelo Estado, não se pode ter o consumo de energia como base para aferição do serviço de combate a incêndio, mostrando-se evidente a ausência de equivalência. O contribuinte, portanto, via o seu consumo de energia ser utilizado para valoração e pagamento de taxa de serviço público totalmente distinto, **com clara violação do caráter específico que deve se relacionar com o efetivo custo da atividade**. Pressupostos autorizadores da decisão provisória que susta a cobrança impugnada até exame exauriente verificados. Agravo Improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0006860-80.2015.805.0000.

**ACORDAM**, à unanimidade, os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em, rejeitadas as preliminares, negar **Provisionamento ao Agravo**, pelas razões a seguir expostas:

### RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido efeito suspensivo, contra decisão que suspendeu liminarmente a exigência de crédito tributário decorrente da cobrança de taxa anual pela utilização potencial de serviço de extinção de incêndio, exercício 2013.

Em suas razões, o Agravante agita preliminares de ilegitimidade ativa e carência de ação.

No mérito, sustenta a constitucionalidade da taxa de incêndio e colaciona precedentes favoráveis.

Aponta inexistência dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

Negado seguimento ao recurso, sobreveio Agravo Interno com reconsideração da decisão e processamento do feito sem a suspensividade postulada.

Não foram prestadas informações e nem contrarrazões.

É o breve relatório com fito de contextualização. Passo a proferir Voto.

As preliminares não merecem acolhimento. Com efeito, não há evidência de que se trate de substituição processual por parte da Agravada e seu interesse econômico refutado pelo Recorrente se extrai do pedido certo e explícito de impugnação do DAE nº 1305724999, relatado na inicial de origem como colacionado aos autos, mas não apresentado ou contestado pelo Agravante. Da constatação de existência de cobrança impugnada, percebem-se a legitimidade da parte e seu interesse processual, razão pela qual restam rejeitadas as preliminares.

No mérito, de logo se estabelece que não se trata de deliberar sobre a constitucionalidade da referida taxa de incêndio, visto que esta se encontra reconhecida pelo guardião maior da Carta Magna. A base de cálculo utilizada para aferição é que provocou a irrisignação do contribuinte, culminando com a proposição da ação em curso no primeiro grau.

Considera-se que o Agravo se limita a aferir a juridicidade ou não da decisão de piso. Dentro desse contexto, percebe-se que a base de cálculo da Taxa de Incêndio não poderia ser a mesma que rege o ICMS, ante vedação expressa dos artigos 77, Parágrafo único do CTN e 145, §2º da Carta Magna. Verbis:

*“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.*

*Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas”;*

*“Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*

*I - impostos;*

*II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos **específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;*

*§ 2º - As **taxas** não poderão ter base de cálculo própria de impostos”* (Os grifos foram adotados).

Com efeito, tendo em vista que as taxas devem se jungir ao custo específico da atividade onerada pelo Estado, não se pode ter o consumo de energia como base para aferição do serviço de combate a incêndio, mostrando-se evidente a ausência de equivalência. O contribuinte, portanto, fica adstrito ao seu consumo de energia para valoração e pagamento de taxa de serviço público de caráter específico em nada relacionado ao efetivo custo da atividade.

Ademais, o próprio Estado da Bahia reconheceu a errônea, visto que editou a Lei nº 12.929/2013 e determinou o coeficiente de risco de incêndio do imóvel como base de cálculo da aludida taxa, que se encontrava integralmente identificada com a base de aferição do ICMS sobre a energia, incorrendo na exceção indicada na Súmula 29 do STF.

Dessa forma, percebendo-se relevância nos fundamentos apresentados pela Agravada e o evidente risco da demora decorrente da possibilidade de inscrição na dívida ativa, conclui-se pela presença dos pressupostos autorizadores da decisão impugnada.

Posta assim a questão, voto pelo Improvimento do Agravo.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0385250-56.2013.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator (a): Des, Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, julgado em 19/7/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. VALORES RETROATIVOS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. TERMO INICIAL. PUBLICAÇÃO DO MEMORANDO Nº. 21 DIBENS/PFE/INSS. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO BUSCADO. INTERRUÇÃO E RENÚNCIA TÁCITA À PRESCRIÇÃO PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO. JULGAMENTO IMEDIATO DA AÇÃO. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. ACORDO HOMOLOGADO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO DE DEMANDA INDIVIDUAL. VIABILIDADE. INTE-**

**RESSE DE AGIR. VERIFICADO. COISA JULGADA COLETIVA. TRANSPORTE *IN UTILIBUS* PARA AÇÕES INDIVIDUAIS. INÉPCIA DA INICIAL. REJEITADA. PAGAMENTO DA DIFERENÇA. RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA.**

Não configurada a prescrição, tendo em vista que o Memorando-Circular Conjunto nº 21/DIRBEN/PFEINSS, por implicar reconhecimento do direito do segurado, é causa interruptiva do prazo prescricional.

Assim, até cinco anos após a publicação desse instrumento normativo, é possível requerer a revisão da Renda Mensal Inicial - RMI, administrativa ou judicialmente, retroagindo os efeitos financeiros daí resultantes à data da concessão do benefício.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, como norma fundamental do processo civil, a primazia e a busca pela decisão de mérito.

Em sede recursal, por sua vez, o Novo CPC dispõe, expressamente, em seu art. 1.013, § 4º, que *“quando reformar a sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”*.

Afasta-se a preliminar de ausência de interesse de agir, diante transação judicial, em autos de Ação Civil Pública, tendo em vista que a mesma não tem o condão de obstar a propositura de ação individual, porque a parte não é obrigada a acatar o cronograma fixado para pagamento dos valores retroativos. Precedentes. Incidente de Uniformização de Jurisprudência TJ/BA.

A coisa julgada nos processos coletivos não poderá prejudicar os interesses individuais discutidos. Assim, o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual dispõe que a solução dos processos coletivos somente atingirá os direitos individuais para o beneficiar, nunca para prejudicar, o que permite que, no caso dos autos, os segurados, individualmente, possam se insurgir contra o cronograma fixado em acordo coletivo.

Rejeitada a preliminar de inépcia da inicial, em vista de que a documentação carreada pelo autor permite aferir com precisão período básico de cálculo, os salários de contribuição, a média, as parcelas não prescritas.

Cinge-se o presente recurso à análise do direito ao pagamento do valor retroativo em decorrência da revisão do benefício de NB 91.520.731.866-3, cujas informações constam no documento 25, em que a autarquia previdenciária reconhece a existência de valores retroativos a serem pagos ao requerente.

Assim, diante do reconhecimento do próprio acionado, explicitado no documento administrativo de fl. 25 e não havendo fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, devem as diferenças encontradas serem pagas pela autarquia.

No que tange à correção monetária, em que pese a declaração parcial de inconstitucionalidade da norma contida no art. 1º-F da Lei 9.494/97, tem-se que esta permaneceu aplicável às condenações impostas à Fazenda Pública, na fase que antecede à dos precatórios, conforme orientação do Min. Luiz Fux, na decisão que reconheceu a repercussão geral do RE 870.947-RG/SE.



Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal recentemente manifestou-se no sentido de que deverá incidir sobre as condenações judiciais em face da Fazenda Pública o índice de correção monetária previsto no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, vale dizer, Taxa Referencial – TR.

Honorários advocatícios fixados com fulcro no art. 85, §8º do NCPD.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0385250-56.2013.8.05.0001, da Comarca de Salvador, em que são partes, como apelante, Adriano Matias dos Santos, e, apelado, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

**ACORDAM** os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, para AFASTAR PREJUDICIAL de prescrição, e, NO MÉRITO, afastar as preliminares e JULGAR PROCEDENTE AÇÃO** para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a efetuar o pagamento das diferenças devidas em decorrência da revisão do benefício percebido pelo autor, respeitando-se a prescrição quinquenal, cujo termo inicial é a publicação do MEMORANDO Nº. 21 DIBENS/PFE/INSS, incidindo juros moratórios e correção monetária segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança - taxa referencial (TR). Diante da inversão do ônus da sucumbência, fica a parte acionada condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 85, §8º do CPC/2015.

### RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença de fls. 89 a 94, exarada pela Vara de Acidentes de Trabalho da Comarca de Salvador, que reconheceu a prescrição da pretensão autoral, julgando o processo, com resolução do mérito.

Irresignada, a autora interpôs a presente apelação, fls. 99 a 111, alegando, em síntese, a interrupção da prescrição com a publicação do Decreto nº 6939/2009, que revogou o §20 do art. 32 e alterou a redação do §4º do Regulamento da Previdência Social, modificando a forma de cálculo dos benefícios do auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e pensão por morte não concedidos após a sua vigência. Afirmou, também, que o prazo prescricional para a demanda debatida nos autos foi interrompido com a edição do Memorando-Circular Conjunto nº 21/DIRBEN/PFEINSS, que teria sido ato administrativo reconhecedor do direito vindicado. Por tais razões, requereu a reforma da sentença.

O Instituto Nacional do Seguro Social apresentou contrarrazões às fls. 114 a 117, impugnando as razões recursais, ao afirmar a inexistência de ato inequívoco de reconhecimento de direito por parte da autarquia federal. Pugnou pelo não provimento do recurso, com manutenção da sentença recorrida.

Examinados os autos, trouxe-os a julgamento na presente sessão.

### VOTO

Tratam os presentes autos de ação de cobrança das parcelas pretéritas decorrentes da revisão do auxílio-doença, em decorrência do art. 29, inciso I da Lei 8.213/91. No caso dos autos, o autor afirma ter tido o benefício reajustado na seara administrativa e busca, por meio da presente ação, o valor retroativo referente à dita revisão.

A Magistrada *a quo* reconheceu a prescrição da pretensão autoral, tendo em vista o decurso de 5 anos da data em que houve a cessação do benefício, que se deu em 28/11/2007.

Ocorre que, neste particular, assiste razão ao apelante, consoante se demonstrará abaixo:

Análise da documentação carreada aos autos permite aferir que o autor foi titular do benefício de NB 91/520.731.866-3, que se trata de auxílio doença percebido no período de 31/5/2007 a 2/1/2008, consoante documento denominado de “Cálculo de Revisão de Diferenças” acostado à fl. 25. O mencionado documento, da lavra da autarquia acionada, detectou diferenças a serem pagas ao autor, a título de revisão do benefício.

A presente ação de cobrança, por sua vez, foi ajuizada em 26/9/2013, consoante registro de protocolo de fl. 02.

Neste caso, não assiste razão ao acionado no que concerne à prescrição, tendo em vista que a Administração Previdenciária reconheceu o direito de revisão pleiteado nestes autos por meio da edição do Memorando-Circular Conjunto DIBENS/PFE/INSS nº. 21, datado de 15.04.2010, cuja leitura revela se tratar de *ato extrajudicial inequívoco que importou em reconhecimento do direito pelo devedor*, subsumindo-se à hipótese de interrupção da prescrição prevista no artigo 202, VI, do Código Civil.

O Tribunal de Justiça da Bahia segue a mesma linha de inteligência, firmada nos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PUBLICAÇÃO DO DECRETO Nº 6.939/2009. IMPOSSIBILIDADE. PUBLICAÇÃO DO MEMORANDO Nº. 21 DIBENS/PFE/INSS. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO BUSCADO. INTERRUPTÃO E RENÚNCIA TÁCITA À PRESCRIÇÃO PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES.

O Decreto nº 6.939/2009 revogou o § 20 do art. 32 e alterou a redação do § 4º do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999), modificando a forma de cálculo dos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todavia, não teve força de anular os atos de concessão de benefícios anteriores à sua vigência, deixando, assim, de reconhecer direito do autor de ver revisado seu benefício. A aludida ordem reconheceu, apenas, a contradição existente entre a legislação de regência e o referido regulamento, o que por si só não possui o condão para interromper a prescrição.

A publicação do Memorando-Circular Conjunto DIBENS/PFE/INSS nº. 21, que reconheceu o direito dos segurados à revisão de seus benefícios com base no art. 29, II, da Lei nº. 8.213/91, acarretou a interrupção e a renúncia da prescrição pelo INSS, nos termos dos arts. 191 e 202, VI, do CC/02. Dessarte, consideram-se prescritas apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu o dia 15/04/2010, e não a propositura da demanda.

Apelo parcialmente provido.

Classe: Apelação, Número do Processo: 0396195-39.2012.8.05.0001, Relator(a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 30/04/2016.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ACOHLIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO VINDICADO. VALORES RETROATIVOS. DISCORDÂNCIA DO SEGURADO QUANTO À FORMA DE PAGAMENTO PROPOSTA PELA AUTARQUIA FEDERAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO SEGURADO A ACORDO CELEBRADO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DA QUAL NÃO FEZ PARTE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. PRONUNCIAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009, NOS AUTOS DA ADI Nº 4357/DF,

LIMITADO À FASE POSTERIOR À EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. PERÍODO ANTERIOR. INCIDÊNCIA DA REDAÇÃO ATUAL DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, NO PARTICULAR. RECURSO ADESIVO MANEJADO PELO SEGURADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. APELAÇÃO ADESIVA PROVIDA.

I - Apelo principal do INSS. A questão atinente à presença do interesse de agir na espécie já foi pacificada pelo Pleno deste Tribunal de Justiça (Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0301146-34.2013.8.05.0001, Relatora Desembargadora Gardênia Pereira Duarte, julgado em 14.10.2015), de modo que não subsiste a irresignação manifestada pelo ente previdenciário no particular.

II - Equivocado o método adotado pelo INSS para o cálculo do benefício previdenciário, fato, inclusive, reconhecido pela própria autarquia federal, deve ser mantida a sentença de procedência lançada em primeiro grau.

III - Correta, ainda, a deliberação sentencial acerca do direito do apelado ao recebimento imediato dos valores devidos, porquanto, não tendo o segurado participado do acordo celebrado pelo apelante nos autos de ação civil pública, não lhe podem ser opostos os termos e condições ali ajustados.

IV - Consoante declarado pelo próprio STF, “na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório ..., o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor” (voto do Ministro Luiz Fux, no RE 870947 RG/SE). Apelo parcialmente provido, com a consequente reforma da sentença, no particular.

V - Recurso adesivo do segurado provido para, reformando a sentença primária, afastar a incidência da prescrição quinquenal e majorar a verba honorária de sucumbência para o patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Classe: Apelação, Número do Processo: 0310903-86.2012.8.05.0001, Relator(a): Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 19/05/2016.

Por tais razões, o Memorando-Circular Conjunto nº 21/DIRBEN/PFEINSS, por implicar reconhecimento do direito do segurado, é causa interruptiva da prescrição. Assim, até cinco anos após a publicação desse instrumento normativo, é possível requerer a revisão da Renda Mensal Inicial - RMI, administrativa ou judicialmente, bem como o pagamento das diferenças devidas, retroagindo os efeitos financeiros daí resultantes à data da concessão do benefício.

Por tais razões, **resta afastada a prejudicial de mérito de prescrição arguida pelo acionando e acolhida pela Juíza de 1º Grau.**

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, como norma fundamental do processo civil, a primazia e a busca pela decisão de mérito, devendo o julgador e as partes colaborarem no sentido de resolver as questões de mérito postas no processo, conforme se observa expressamente no art. 6º do diploma processual civil.

Em sede recursal, por sua vez, o Novo CPC dispõe, expressamente, em seu art. 1.013, § 4º, que *“quando reformar a sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”*.

Registre-se que o Código de Processo Civil de 1973 possuía previsão similar, ao dispor no § 2º do art. 515 que, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Assim, à luz do efeito translativo do recurso e do princípio da primazia da decisão de mérito, mesmo que a sentença não tenha apreciado todas as questões suscitadas e discutidas pelas partes no processo, o recurso de apelação transfere o exame dessas questões ao tribunal, indepen-

dente de recurso próprio ou de pedido específico formulado em contrarrazões. Nesse sentido, aresto do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE REFORMA SENTENÇA, AFASTANDO UM DOS FUNDAMENTOS INVOCADOS PELA PARTE, SEM ANALISAR OS DEMAIS. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. CPC, ART. 515, § 2º. 1. Por força do chamado efeito translativo, cumpre ao tribunal de apelação, ao afastar o fundamento adotado pela sentença apelada, examinar os demais fundamentos invocados pela parte para sustentar a procedência ou a improcedência da demanda. É o que estabelece o § 2º do art. 515 do CPC: “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. O exame desses demais fundamentos independe de recurso próprio ou de pedido específico formulado em contra-razões. Precedente. 2. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1201359 AC 2010/0130567-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/04/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/04/2011).

**Assim, passo à análise meritória do processo.**

Cuida-se de ação ordinária em que o acionante busca a cobrança dos valores retroativos, devidos em decorrência da revisão do benefício do auxílio-doença, percebido pelo acionante no período indicado.

Em contestação, o Instituto Nacional do Seguro Social levantou a preliminar de falta de interesse de agir, por conta da revisão administrativa do benefício, bem como do acordo realizado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183, em que o INSS se comprometeu a realizar a revisão administrativa dos benefícios e estipulou-se um calendário razoável para pagamento dos valores retroativos.

Neste aspecto, não há que se falar, no caso, em perda do interesse de agir por conta do mencionado acordo porque, ainda que o INSS tenha se comprometido a revisar os benefícios em manutenção, condicionou o pagamento dos atrasados a um cronograma.

Assim, resta claro o interesse de agir da acionante, tendo em vista que só há que se falar em *perda de objeto ou falta de interesse de agir* no momento em que (i) for efetivamente implementada a revisão e, principalmente, (ii) forem integralmente pagos todos os valores atrasados, procedimento este que, nos termos do acordo homologado, poderá ser postergado pela autarquia até abril/2022.

Tal fato evidencia a impossibilidade de se restringir o acesso ao judiciário do jurisdicionado que almejar a tutela individual para conquistar imediatamente o bem da vida a que faz jus, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXV da CF/88 (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Neste sentido:

*PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AFASTAMENTO. ARTIGO 515, § 3º, DO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ARTIGO 29, II, DA LEI 8.213-91.1. Não havendo nos autos prova de qualquer revisão efetuada ou para ser futuramente efetuada no benefício de auxílio-doença da parte autora, além de que simples promessa de revisão não afasta, em absoluto, interesse processual de agir, deve ser afastada a prejudicial de mérito (...) (AC 0006463-96.2011.404.9999, relator João Batista Pinto Silveira, Sexta TRF4, DE 16.03.2012)*

Registre-se, por oportuno, que a questão já foi submetida ao Pleno deste Tribunal de Justiça, através do incidente de uniformização de jurisprudência tombado sob o nº 0301146-34.2013.8.05.0001, da relatoria da Desembargadora Gardênia Pereira Duarte, no qual restou



firmado o entendimento no sentido de que deve ser reconhecido o interesse de agir em casos como o ora analisado, *in verbis*:

*INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO NOS TERMOS DO ART. 29, INCISO II, C/C ART. 18, INCISO I, a, DA LEI Nº 8.213/91. QUESTIONAMENTO ACERCA DO INTERESSE DE AGIR DO SEGURADO, ANTE O JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP. MATÉRIA OBJETO DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL. INDISCUTÍVEL PRESENÇA DO INTERESSE DE AGIR INDIVIDUAL. COISA JULGADA COLETIVA QUE, A UM SÓ TEMPO, BENEFICIA O SEGURADO MAS TAMBÉM O PREJUDICA, ANTE A FIXAÇÃO DE PRAZO DE PAGAMENTO DIFERIDO. ACOLHIMENTO EM PARTE DO PRESENTE INCIDENTE PARA RECONHECER A PRESENÇA DO INTERESSE DE AGIR E A POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA DEMANDA INDIVIDUAL PARA DISCUTIR O PRAZO DE PAGAMENTO ESTIPULADO PELA AUTARQUIA NA AÇÃO COLETIVA. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 103, III, DO CDC. INCIDENTE ACOLHIDO PARA RECONHECER A PRESENÇA DO INTERESSE DE AGIR E A INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO INDIVIDUAL PARA FINS DE DISCUSSÃO DO CRONOGRAMA DE PAGAMENTO". (TJBA, Tribunal Pleno, Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0301146-34.2013.8.05.0001, Relatora Desembargadora Gardênia Pereira Duarte, julgado em 14.10.2015)*

**Quanto à arguição da coisa julgada na ação civil pública ter efeito erga omnes**, não assiste razão ao acionado, uma vez que a coisa julgada nos processos coletivos não poderá prejudicar os interesses individuais discutidos.

Assim, o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual dispõe que a solução dos processos coletivos atingirá os direitos individuais para beneficiar o que permite que, no caso dos autos, os segurados, individualmente, possam se insurgir contra o cronograma fixado em acordo coletivo.

**Argui o acionado, ainda em sede de preliminar, o desvio de finalidade da demanda, com consequente inépcia da inicial**, que não teria especificado o conflito, sem indicar o período básico de cálculo, os salários de contribuição, a média, as parcelas não prescritas.

Ocorre que, no caso dos autos, nenhuma destes fatos ocorreu, tendo em vista que a documentação carreada pelo autor permite aferir com precisão período básico de cálculo, os salários de contribuição, a média, as parcelas não prescritas.

Assim, resta afastada tal preliminar.

**No mérito**, cinge-se o presente recurso à análise do direito ao pagamento do valor retroativo em decorrência da revisão do benefício de NB 91.520.731.866-3, cujas informações constam do documento 25, em que a autarquia previdenciária reconhece a existência de valores retroativos a serem pagos ao requerente.

Assim, diante do reconhecimento do próprio acionado, explicitado no documento administrativo de fl. 25 e não havendo fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, devem as diferenças encontradas ser pagas pela autarquia.

O ente autárquico deverá adimplir as parcelas atrasadas com incidência dos juros de mora e correção monetária de acordo com o disposto no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, pois os juros, em relação à Fazenda Pública, serão fixados à base de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº. 2180-35/2001 e até o advento da Lei 11.960/2009, e, após a vigência da aludida norma, que alterou o sobredito artigo, serão calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.



Esse é o entendimento mais atualizado do STJ, sobre os índices de juros moratórios, conforme decisão no Recurso Especial nº 1.270.439 - PR (2011/0134038-0), julgado em 26 de junho de 2013, servindo de precedente, senão vejamos:

**“VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).**

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (Resp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária – o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 –, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (Resp 1.270.439-PR 2011/0134038-0, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 26/06/2012).

Assim, em que pese a declaração parcial de inconstitucionalidade da norma contida no art. 1º-F da Lei 9.494/97, tem-se que esta permaneceu aplicável às condenações impostas à Fazenda

Pública, conforme orientação do Min. Luiz Fux, na decisão que reconheceu a Repercussão Geral do RE 870.947-RG/SE.

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal recentemente manifestou-se no sentido de que deverá incidir sobre as condenações judiciais em face da Fazenda Pública o índice de correção monetária previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Permanecem válidos, assim, a correção monetária e os juros moratórios correspondentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, vale dizer, Taxa Referencial - TR.

Por fim, diante da inversão do ônus da sucumbência, fica a parte acionada condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. No caso em análise, considerando o valor apurado como devido no documento de fl. 25, sendo inestimável ou irrisório o proveito econômico, e sendo o valor da causa muito baixo, o §8º do art. 85 do NCPC determina a fixação do valor dos honorários por apreciação equitativa.

Assim, com fulcro no referido artigo de lei, considerando-se circunstâncias especiais na fixação do valor arbitrado a título de verba honorária, levando em conta sempre os critérios de equidade e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, previstos no direito constitucional brasileiro, fixo o valor dos honorários em R\$ 1.500,000 (mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, o voto é no sentido de **DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, para AFASTAR PREJUDICIAL de prescrição, e, NO MÉRITO, afastar as preliminares e JULGAR PROCEDENTE AÇÃO** para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a efetuar o pagamento das diferenças devidas em decorrência da revisão do benefício percebido pelo autor, respeitando-se a prescrição quinquenal, cujo termo inicial é a publicação do MEMORANDO Nº. 21 DIBENS/PFE/INSS, incidindo juros moratórios e correção monetária segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança - taxa referencial (TR).

Por fim, diante da inversão do ônus da sucumbência, fica a parte acionada condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 85, §8º do CPC/2015.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000346-50.2013.8.05.0043, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Des. Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 8/9/2016**

**APELAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. HOMOLOGAÇÃO DA REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO A MENOR EM DECORRÊNCIA DA GRAVIDADE DE SUA SITUAÇÃO DE EXISTÊNCIA. DIREITO SOCIAL DE MORADIA RECONHECIDO. ABRANGÊNCIA DO ART. 5º DA CF/88. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO PODER PÚBLICO. PROTEÇÃO AO MENOR CARENTE. OMISSÃO DO MUNICÍPIO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.**

1 - O direito à vida abrange o direito a uma existência digna em todos os seus aspectos, materiais e espirituais. É dever do Poder Público garantir a dignidade da pessoa humana.

2 - Na vida com dignidade, a moradia exige uma prestação positiva do Estado para a sua efetivação.

3 - Os direitos humanos são baseados na dignidade da pessoa humana e norteados por princípios morais universais, entre os quais o de viver uma exis-

tência digna. Representam verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito.

4 – Apelo conhecido e improvido. Sentença mantida.

### ACÓRDÃO

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de nº 0000346-50.2013.8.05.0043** da Comarca de Canavieiras, tendo como Apelante o **MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS** e, como Apelado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**,

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** ao apelo, mantendo a sentença por seus próprios termos e fundamentos, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

### RELATÓRIO

**Trata-se de Apelação proposta pelo MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS** contra sentença do douto Juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Canavieiras, que, nos autos do processo que requereu a Homologação de Remissão com Aplicação de Medida Socioeducativa concedida aos adolescentes **M.V.C e C.J.S**, proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia, determinou ao Município que disponibilizasse ao menor **C.J.S** e aos seus familiares residência que proporcionasse condições dignas para o desenvolvimento dos jovens, no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Cumprir destacar que, antes do advento da sentença, o Município de Canavieiras havia sido citado em 20/5/2013 para apresentar resposta, tendo deixado transcorrer o prazo in albis (**fls. 52/53**).

Em suas razões de apelação, às **fls. 58/64**, o **MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS** alega, em síntese, que o orçamento municipal, insculpido na Lei Orçamentária Anual – LOA, expressa, claramente, junto ao Quadro de Detalhamento de Despesas – QDD, *“que a Unidade 02.10.02 – Fundo Municipal de Assistência Social, bem como a Unidade 02.20.03 – Fundo Municipal de Assistência à Criança e ao Adolescente não contemplam em suas unidades valores para a construção de casa para menores carentes”*, aduzindo que, na seara das possibilidades legais, a Lei Municipal nº 845/2007, que regulamenta e restringe os serviços prestados pela Secretaria Municipal do Bem Estar Social, não está previsto serviço de edificação e doação de residência a famílias carentes.

Frisa que *“a manutenção da decisão impugnada causa grave prejuízo à ordem e à economia pública, repercutindo na gestão da comuna, inclusive no que se refere ao cumprimento dos compromissos financeiros e das obrigações correntes a cargo da municipalidade”* (fl. 62).

Ademais, pontua que somente programas federais, como o “Minha Casa, Minha Vida”, têm potencial financeiro para suprir a necessidade da sociedade como um todo, destacando que os pais do menor já se encontram cadastrados no referido programa e, portanto, à espera da entrega de uma unidade residencial.

Diante disso, requer seja o recurso conhecido e integralmente provido para reformar a sentença recorrida, julgando improcedentes os pedidos do Autor/Recorrido, por ser de inteira justiça.

Em suas contrarrazões, às **fls. 89/91**, o Ministério Público ponderou que a sentença proferida pelo douto julgador *a quo* não merece qualquer reparo, haja vista ser inegável que o jovem **C.J.S** e sua família encontram-se em situação de grave risco social, residindo em um “barraco”,

em estado de absoluta miséria, conforme se pode verificar do relatório circunstanciado elaborado pelo CREAS (fls. 38/41).

Depois de tecer comentários a respeito do que determina nossa Magna Carta sobre o assunto, aduz que a moradia é um dentre os direitos sociais constitucionalmente assegurados (art. 6º da CF/88), cujo atendimento abrange todos os entes da federação, obrigados à promoção de construção de moradias e a promoção de melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico.

Afirma, ainda, que a decisão de primeira instância não determina a construção de casa para o jovem e para sua família, mas sim que o Município de Canavieiras disponibilize residência que proporcione condições dignas ao menor, inclusive, se for o caso, através do programa “Minha Casa, Minha Vida”.

Assim, salienta que a decisão guerreada é irretocável, não merecendo qualquer amparo os argumentos do Apelante, motivo pelo qual requer seja totalmente improvido o recurso.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo sido efetuada a distribuição à ilustre Desembargadora Rita de Cássia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, componente da Primeira Câmara Criminal, tendo esta decidido que, apesar de decorrer de uma representação para apuração de ato infracional, o recurso de apelação questiona tão somente o cumprimento de compromissos financeiros e obrigações orçamentárias correntes a cargo da Municipalidade, de forma que o seu processamento e julgamento tem natureza cível, e não criminal. Assim, declarou a eminente Desembargadora a incompetência do referido órgão fracionário, determinando a remessa dos autos ao SECOMGE, para redistribuição entre os membros desta Colenda Seção Cível de Direito Público (fl. 95).

Efetuada a redistribuição, coube-se a função de Relator, tendo sido determinado o encaminhamento dos autos à douta Procuradoria de Justiça para manifestação do competente parecer.

Retornaram os autos com o Parecer de nº 3171/2016, acostado às fls. 103/105, tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado no sentido de que, estando o menor e sua família em condições ínfimas de sobrevivência, e que, do exame da documentação acostada aos autos, inclusive das fotos de fls. 38/41, verifica-se, sem maior esforço, que o local onde o menor vive com a sua família é de extrema vulnerabilidade habitacional, completamente prejudicial à sua recuperação, rodeado de lixo e sem saneamento básico.

Nesse passo, opina o *Parquet* pelo conhecimento e desprovimento do recurso, a fim de que seja mantida a sentença objurgada.

Com este relato, nos termos do art. 931 do CPC/2015, encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta.

Destaca-se que neste processo cabe sustentação oral, com base no art. 937, inciso I, do CPC/2015.

## VOTO

**Conheço do recurso, tendo em vista que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade.**

Quanto ao mérito, destaca-se que, expresso no *caput* do art. 5º de nossa Carta Maior, o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais, pois, sem esse direito, nenhum outro direito pode ser fruído. Como o direito à vida não se resume ao mero direito à sobrevivência física, o Brasil, ao retornar à democracia, declinou como fundamento primordial do Estado a dignidade da pessoa humana, de forma que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto do ponto de vista espiritual como material (garantia ao mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).



Assim, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde, à moradia, à proibição do aborto e em outros direitos; em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.

No capítulo dos Direitos Sociais nossa Constituição, em seus artigos 6º a 11, elege a moradia como um dos direitos sociais fundamentais. A moradia adequada foi reconhecida como direito humano em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo.

Em todos os tratados e declarações referentes aos direitos da pessoa humana, há a afirmação de que os Estados têm a obrigação de promover e proteger este direito, que não se resume, apenas, a um teto de quatro paredes, mas o direito de toda pessoa ter acesso a um lar e a uma comunidade para viver em paz, dignidade e saúde.

DANIELA S. DIAS, em artigo intitulado DIREITO À MORADIA DIGNA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, assim se expressa:

No que tange à necessidade de concretização do direito à moradia digna e dos direitos fundamentais sociais, as disposições constitucionais e legais revelam determinações impositivas para que os poderes públicos assumam suas responsabilidades no sentido de implementar condições materiais, por meio de políticas públicas, para que a população possa ter uma vida digna. Dotar de efetividade os direitos sociais, com destaque para a moradia digna e todos os valores subjacentes à expressão, pressupõe o necessário controle judicial, dadas as omissões da Administração Pública para implementar políticas públicas que possibilitem condições de vida sadia, com segurança e infraestrutura básica, como suprimento de água e saneamento básico. O controle judicial das atividades da Administração Pública é um pressuposto para a concretização do conjunto valorativo expresso no texto constitucional. O Poder Judiciário deve intervir – em razão da inércia do Estado no sentido de prestar serviços e políticas essenciais – para que o direito à moradia digna se torne uma realidade no cenário belemense, no cenário nacional. (Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre – RS- Ministério Público do Estado do RS. Vol. I. N.I. OUT/2010/JAN/2012).

Questão crucial é saber quando deve o Judiciário, para atender aos ditames da Constituição, interferir nos entes estatais para fazer cumprir sua determinação. A ministra Eliana Calmon, no Resp nº 510.259/SP. 2003/0017033-9, assim se pronunciou:

Ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, mas também não é possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação. É preciso ter o bom senso de entender que os recursos são insuficientes para atender aos deveres municipais, especialmente após a CF/88. Ademais, ainda devem os ordenadores de despesa atender aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal' Min. Eliana Calmon. (STJ, REsp 510.259/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon).

No Recurso Extraordinário de nº 592.581, o Supremo Tribunal Federal, em relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. (STF, RE 592.851, Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE de 01/23/2016).

Também no STF, em decisão lastreada nos votos dos Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli, foi decidido:



Compete ao Judiciário, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei (...). Para isso, há de interpretar a lei ou a Constituição, sem que isso implique ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. (STF, AI 410.096-AgR, Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 14/4/2015, DJE de 6/5/2015).

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. (STF, RE 669.635-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 17/03/2015, DJE de 13/04/2015).

Vê-se, pois, que é dever do Poder Judiciário determinar à Administração Pública, em situações excepcionais, a tomada de providências de proteção aos direitos fundamentais, entre os quais se inclui o direito de moradia.

No caso em tela, a douda sentença a quo, mesmo se considerarmos a grave situação de existência do menor, não determinou a construção de moradia para ele e para a sua família, mas apenas dispôs que o município, em face da extrema penúria em que o mesmo vive, juntamente com a sua genitora, disponibilizasse uma residência capaz de lhe proporcionar um mínimo de condições dignas de existência.

Mesmo diante de tão grave situação, o município, sequer, apresentou alternativa viável para acabar com o estado de miséria em que se encontra o menor e sua família. Tal fato, aliado ao descaso em não contestar a pretensão autoral, demonstra o descaso no cumprimento do dever de proporcionar aos carentes do município – notadamente às crianças carentes – um mínimo de condições de uma existência digna, conforme dispõe nossa Carta Magna.

Além do mais, a sentença de primeira instância não determinou que todas as famílias carentes do município se encontrassem na mesma posição do menor, como quer fazer valer a municipalidade, mas apenas envidar esforços para assegurar ao menor uma condição mínima de morar dignamente.

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a sentença recorrida em todos os seu termos e fundamentos.

É como voto.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000646-54.2013.8.05.0223, Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste, Relator (a): Des. Mário Augusto Albiani Alves Júnior, julgado em 16/8/2016**

**PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. PLANO DE SAÚDE. PLANSERV. CDC. REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM OUTRO ESTADO. REEMBOLSO LIMITADO AO VALOR PRATICADO PELA OPERADORA COM OS ESTABELECIMENTOS CONVENIADOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

*O direito à saúde está previsto como direito fundamental, positivado no art. 6º, da Constituição Federal, estando ainda enraizado em todo o ordenamento jurídico pátrio, fulcrado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e influenciando todas as relações, inclusive a assistência à saúde como direito contratual, decorrente dos contratos de plano de saúde.*

*Aplica-se à hipótese as disposições do CDC, já que o acionado, PLANSESV, presta serviço consubstanciado no oferecimento de assistência médica mediante remuneração (enunciado nº 09, da Súmula deste eg. Tribunal de Justiça).*

*Os custos da realização de procedimento médico em outro estado, sem rede credenciada, devem ser reembolsados no limite dos valores que seriam despendidos junto a hospital credenciado à rede, especialmente quando configurada a urgência no procedimento. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0000646-54.2013.8.05.0223** em que figura como apelante o **ESTADO DA BAHIA** e, apelado, **ISABELTINA NOVAIS SILVA**.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **conhecer e dar provimento parcial ao apelo**, pelas razões adiante alinhadas.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo **ESTADO DA BAHIA**, contra Sentença às fls. 83/88, proferida pelo Juízo da Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais, da Comarca de Santa Maria da Vitória, que, nos autos da **AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS**, proposta por **ISABELTINA NOVAIS SILVA** em face do apelante, julgou parcialmente procedente os pedidos nos seguintes termos:

*“Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos da Autora para CONDENAR o Réu ao pagamento de indenização por dano material no valor de R\$17.400,00 (dezesete mil e quatrocentos reais), que deverá ser atualizado pelo INPC desde o desembolso até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Julgo improcedente o pedido de dano moral. Resolvo o mérito do feito com base no artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% do valor das custas e com honorários de seus respectivos patronos, considerando a gratuidade de justiça da parte Autora e isenção legal do Réu.”*

Irresignado, apelou o Estado da Bahia, sustentando, em síntese, a inexistência de dano material sob o fundamento de que a parte autora não juntou aos autos a prova da negativa do procedimento médico, tendo sido a operadora apenas contactada após a realização dos procedimentos, inviabilizando o reembolso, nos termos do art. 14, §§1º e 2º, do Decreto Estadual nº 9.552/2005, que aprovou o regulamento do PLANSESV.

Aduz que a cobertura oferecida pelo PLANSESV é estadual, não englobando tratamentos realizados em outros Estados.

Alega que os honorários advocatícios foram fixados na sentença sem qualquer fundamentação.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente os pedidos, com a inversão do ônus da sucumbência.

Instada a se manifestar, a parte autora apresentou contrarrazões às fls. 117/134, rechaçando as teses recursais e pugnando pela não provimento do recurso, mantendo assim a sentença recorrida.

Os autos foram encaminhados a esta Instância Superior e distribuídos para a Câmara Cível do Extremo Oeste, cabendo-me, por sorteio, a relatoria do feito.

Em cumprimento ao art. 931 do CPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que solicito dia para julgamento.

### VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo **ESTADO DA BAHIA**, contra Sentença às fls. 83/88, proferida pelo Juízo da Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais, da Comarca de Santa Maria da Vitória, que, nos autos da AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, proposta por **ISABELTINA NOVAIS SILVA** em face do apelante, julgou parcialmente procedentes os pedidos nos seguintes termos:

*“Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos da Autora para CONDENAR o Réu ao pagamento de indenização por dano material no valor de R\$17.400,00 (dezessete mil e quatrocentos reais), que deverá ser atualizado pelo INPC desde o desembolso até o efetivo pagamento, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Julgo improcedente o pedido de dano moral. Resolvo o mérito do feito com base no artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% do valor das custas e com honorários de seus respectivos patronos, considerando a gratuidade de justiça da parte Autora e isenção legal do Réu.”*

Irresignado, apelou o Estado da Bahia, sustentando, em síntese, a inexistência de dano material sob o fundamento de que a parte autora não juntou aos autos a prova da negativa do procedimento médico, tendo sido a operadora apenas contactada após a realização dos procedimentos, inviabilizando o reembolso, nos termos do art. 17, §§1º e 2º, do Decreto Estadual nº 9.552/2005, que aprovou o regulamento do PLANSERV.

Aduz que a cobertura oferecida pelo PLANSERV é estadual, não englobando tratamentos realizados em outros Estados.

Alega que os honorários advocatícios foram fixados na sentença sem qualquer fundamentação.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente os pedidos, com a inversão do ônus da sucumbência.

Instada a se manifestar, a parte autora apresentou contrarrazões às fls. 117/134, rechaçando as teses recursais e pugnando pela não provimento do recurso, mantendo assim a sentença recorrida.

De pronto, vê-se que assiste razão em parte ao recorrente.

Faz-se mister, de logo, consignar que o direito a assistência à saúde deve ser vislumbrado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), *valor moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Apenas excepcionalmente podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos, não devendo se falar em ausência de co-*

*bertura de custeio ou restrição por parte do plano nestas circunstâncias, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.*

O direito à saúde está previsto como direito social fundamental do homem, positivado no art. 6º da Constituição Federal:

**Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.**

Por outro lado, no capítulo atinente à ordem social, da seguridade social, se prevê a saúde como direito constitucionalmente assegurado:

**Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

O direito à vida, a seu turno, encontra-se previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna brasileira, por força de sua consagração no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e se concretiza pelo direito à saúde, que deve ser zelado pelo Estado, mediante a implantação de políticas públicas, financiamento, recursos materiais e humanos, a fim de assegurá-lo.

Mencionando Gomes Canotilho, Vital Moreira, ensina que o direito à saúde, como os direitos sociais em geral, possui duas vertentes:

**“Uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer *acto* que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e os tratamentos delas.” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. pág. 309).**

É de bom alvitre salientar que o direito fundamental à saúde está enraizado em todo o ordenamento jurídico fulcrado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, por isso, influencia todas as relações, não sendo possível a separação da saúde como direito fundamental da assistência à saúde como direito contratual, decorrente do plano de saúde que disponibiliza a seus servidores

Ademais, perfeitamente aplicáveis, na hipótese, as disposições do CDC, já que o Acionado presta serviço consubstanciado no oferecimento de assistência médica, mediante remuneração, não descaracterizando a relação de consumo sequer o fato de o serviço mencionado ser oferecido a um grupo, considerando-se a ausência de obrigatoriedade de todos aderirem ao mencionado Plano.

Enquadra-se a parte autora na definição de consumidor, nos termos do art. 2º, do CDC, e o Réu na de fornecedor, a teor do art. 3º, do mesmo diploma legal.

Sobre o tema, o egrégio Tribunal de Justiça da Bahia já se posicionou no sentido de serem aplicáveis ao PLANSEV as disposições do CDC:

**AGRAVO - DIREITO DO CONSUMIDOR - PLANSEV - CLÁUSULA QUE VETA INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESPECÍFICAS, AINDA QUE COM RECOMENDAÇÃO MÉDICA - IMPROPRIEDADE - ADEQUAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO EM FAVOR DO HIPOSSUFICIENTE - LEGALIDADE - DESNECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - MULTA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL - LIMINAR DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA - RECURSO IM-**

**PROVIDO (AGRAVO DE INSTRUMENTO: 18419-5/2008, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Relator: ANTONIO PESSOA CARDOSO, J. 16/07/2008.**

Inclusive, tal entendimento foi sedimentado por meio do enunciado nº 9 da Súmula deste eg. Tribunal de Justiça:

**Súmula nº 9 - Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas travadas entre o PLANSESV e seus filiados.**

Ademais, o Estado da Bahia quando instituiu o Plano de Saúde em comento para os servidores públicos, mediante remuneração, não poderia, de forma alguma, eximir-se quanto ao cumprimento das disposições do CDC e, também, ao regramento da Lei de Planos de Saúde, em respeito, inclusive, ao princípio constitucional da proteção ao consumidor, que orienta a atividade econômica, nos termos do art. 170, V, da Constituição Federal.

A legalidade a ser observada pela administração pública imprescinde da observância dos preceitos constitucionais da garantia fundamental à saúde e da dignidade da pessoa humana.

Sob outro prisma, sem embargo da aplicabilidade das disposições do CDC nas relações entre os beneficiários e o Estado da Bahia, através do PLANSESV, em todas as relações contratuais devem ser observados o princípio da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, principalmente no que se refere aos planos de saúde, sejam fechados ou abertos.

Por outro lado, os deveres da relação contratual bilateral/sinalagmática não obrigam apenas as operadoras de plano de saúde, devendo os usuários também agirem em cooperação para garantir a saúde financeira e continuidade do plano, submetendo-se aos limites delineados pelos termos do quanto contratado.

Não se pode perder de vista que os gastos além daqueles previstos contratualmente oneram todo o espectro de beneficiários da mesma carteira do plano de saúde, elevando os custos dos serviços.

Calcado em tais premissas, o recorrente sustenta a impossibilidade de reembolso dos tratamentos médicos realizados fora do Estado da Bahia, sob o fundamento de vedação legal pela previsão dos §§ 1º e 2º do art. 17 do Decreto Estadual nº 9.552/2005, que assim dispõem:

**Art. 17 – O Sistema de reembolso de despesas médico-hospitalares para a utilização de serviços fora da rede referenciada obedecerá aos limites previstos na tabela de remuneração da Rede Credenciada adotada pelo PLANSESV.**

**§1º – O reembolso de que trata o caput deste artigo só ocorrerá na hipótese de não existirem hospitais, clínicas ou profissionais credenciados junto ao PLANSESV, para atendimento das necessidades dos beneficiários, no Estado da Bahia, e desde que obedecido o critério de regionalização da Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais definido pela CAS.**

**§3º – O reembolso se dará apenas em casos de urgência ou emergência, dentro da cobertura prevista no art. 14 deste Regulamento, condicionada à auditoria da CAS.**

Entretanto, a previsão legal acima citada não é absoluta, devendo ser interpretada à luz dos princípios constitucionais já citados, e pela legislação dos planos de saúde que deve ser aplicada à hipótese, especialmente por nenhuma das partes ter trazido à colação o contrato firmado entre elas.

A Lei nº 9.656/1998, que disciplina os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê, em seu art. 1º, inciso I, a possibilidade de reembolso ao beneficiário pela realização de procedimento, inclusive em rede não credenciada. *In verbis*:



**Art. 1º** Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

**I - Plano Privado de Assistência à Saúde:** prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

A jurisprudência pátria tem consolidado o entendimento no sentido de que os tratamentos médicos realizados em local que não possui rede conveniada devem ser reembolsados no limite dos valores que seriam despendidos no hospital credenciado à rede.

Assim versa a jurisprudência acerca do tema:

**APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICAS REALIZADAS FORA DA REDE CREDENCIADA - POSSIBILIDADE - VEDAÇÃO DE REEMBOLSO QUE TEM APLICABILIDADE MITIGADA - REEMBOLSO QUE DEVE SER LIMITADO AO VALOR DA TABELA PRATICADA PELA OPERADORA COM OS ESTABELECIMENTOS CONVENIADOS - DANO MORAL INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE INADIMPLEMENTO PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA** Apelação Cível n.º 1.234.920-7 **CONTRATUAL - NECESSÁRIA REDISTRIBUIÇÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA - APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A realização de tratamento em clínica não credenciada não importa na negativa de cobertura do procedimento, mas tão somente, limita o reembolso ao valor que seria pago ao estabelecimento conveniado.** (TJPR - 8ª C. Cível - AC - 1234920-7 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Marco Antônio Massaneiro - Unânime - - J. 09.10.2014)

(TJ-PR - APL: 12349207 PR 1234920-7 (Acórdão), Relator: Marco Antônio Massaneiro, Data de Julgamento: 09/10/2014, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1462 25/11/2014)

**PLANO DE SAÚDE - DIREITO À VIDA E À SAÚDE. PESQUISA GENÉTICA E PROCEDIMENTO MÉDICO REALIZADOS FORA DA REDE CREDENCIADA - POSSIBILIDADE - REEMBOLSO PARCIAL LIMITADO AO VALOR QUE DESPENDERIA A OPERADORA JUNTO A HOSPITAL CREDENCIADO. 1. Sopesando os princípios envolvidos, tem-se que o direito à vida e à saúde devem prevalecer sob o princípio do pacta sunt servanda; 2. O plano de saúde deve dar cobertura à pesquisa genética e ao procedimento médico indicado, mediante reembolso do valor de tabela que seria transferido a estabelecimento da sua rede credenciada; 3. A seguradora deve arcar com o custo sobreavulante referente aos tratamentos médicos indicados em estabelecimentos particulares, fora da rede credenciada do plano de saúde.**

(TJ-PE - AI: 3626355 PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 27/05/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/07/2015)

Tal entendimento visa garantir o equilíbrio da relação contratual pois, se, de um lado, garante ao beneficiário a possibilidade de realização do procedimento em estabelecimento reputado mais adequado pelo médico assistente, por outro lado, não onera a operadora de plano de saúde, uma vez que as despesas por ela arcadas serão limitadas ao quanto despenderia acaso

o tratamento fosse realizado em sua rede credenciada, inexistindo prejuízos à operadora e aos demais beneficiários.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu na mesma trilha, citando hipóteses em que se pode mitigar a realização do tratamento em rede conveniada. Frise-se que o rol é meramente exemplificativo:

**CIVIL E PROCESSUAL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS. EMERGÊNCIA. REDE NÃO CONVENIADA. EMERGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.**

**I. “O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.)” (REsp 267.530/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ: 12/03/2001).**

**II. Concluindo as instâncias ordinárias pela emergência na situação, o reexame da questão esbarra no que diz o verbete n. 7, da Súmula desta Corte.**

**III. Recurso especial improvido.**

**(REsp 809.685/MA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010)**

Destaque-se ainda que mesmo o Decreto Estadual nº 9.552/2005 supramencionado, citado pelo ente Estatal, prevê em seu art. 17, *caput*, a possibilidade de reembolso das despesas decorrentes de realização de tratamento fora da rede conveniada.

No caso dos autos, a realização do procedimento de cateterismo se mostrava urgente diante das complicações de um infarto e da situação delicada de saúde do autor, sendo necessária a realização do procedimento em local especializado, conforme se verifica do seguinte trecho da inicial e que não foi rechaçado pelo ente estatal (fls. 03/04).

*“(...) no dia 04 de abril o seu esposo (...) sentiu uma dor repentina no peito e na veia do pescoço do lado esquerdo.*

*Foi apressadamente encaminhado ao Hospital Municipal da cidade de Santa Maria (CESP), onde foi atendido pelo Dr. Everton (...).*

*Em seguida, foi internado na emergência, onde foi socorrido e feito o tratamento para tanto a pressão, quanto a diabetes, pudessem baixar.*

*No dia seguinte, foi submetido a um eletrocardiograma que constatou um infarto. Deste modo, foi requisitado pelo médico a saída com urgência do paciente, para que fosse realizado cateterismo (...). Na ocasião o médico que o atendeu tentou contato com hospitais conveniados ao plano de saúde em Salvador, sem contudo obter êxito, e ainda pela distância que o paciente se encontrava da cidade de Salvador, preferiu encaminhá-lo para o Hospital Jardim América, em Goiânia – GO, para que fosse realizado o procedimento com Dr. Frederico, com o qual conseguiu contato pelo telefone.*

*(...) No entanto, ao chegar próximo a cidade de Brasília, o paciente sofreu um princípio de infarto, de forma repentina e assustadora, sendo socorrido pelo corpo de bombeiros em Samambaia no DF. (...)*

*No mesmo dia, com uma pequena melhora, foi encaminhado para o Hospital Jardim América, em Goiânia – GO, onde foi prontamente atendido.”*

Assim, diante da circunstância do caso, o quadro de saúde do beneficiário e a imperiosa necessidade da realização do procedimento, justifica-se a mitigação do *pacta sunt servanda*, devendo o plano de saúde arcar com os custos do tratamento médico, adstrito aos limites dos valores que despenderia junto a hospital credenciado, em observância inclusive à função social do contrato.

A preocupação com a saúde em casos análogos tem sido rotina nas decisões dos tribunais, que exigem a observância da função social do contrato:

**AGRAVO INTERNO. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS *HOME CARE*. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC.**

1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98.

2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que seja restabelecido o serviço diário *Home Care* para o procedimento de higiene e de medicação de membro amputado nos moldes anteriormente prestados pela agravante.

3. No caso em exame, estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da parte agravada de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato.

4. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana.

5. Os argumentos trazidos neste recurso não se mostram razoáveis para o fim de reformar a decisão monocrática. Negado provimento ao agravo interno.<sup>7</sup>

O Autor necessitava da realização de procedimento médico de extrema importância para a sua saúde, sendo-lhe negado o reembolso pelo PLANSEV, sem nenhum motivo que se mostrasse razoável, frustrando a sua justa expectativa, em clara violação ao princípio da boa-fé objetiva que deve ser observada não só na conclusão do contrato, mas também em sua execução (Art. 422 do Código Civil de 2002).

Ora, o objetivo de qualquer plano é o de prestar ou custear toda a assistência médica, de modo a garantir a manutenção da saúde, da vida do beneficiário, em respeito à sua dignidade como pessoa, pelo que evidente que a função social, quando não observada essa obrigação nuclear, se mostra violada, gerando a inadimplência como também a ilicitude capaz de justificar a reparação dos danos.

O art. 1º do Decreto Nº 7.634 de 16 de julho de 1999, inclusive, estabelece:

**Art. 1º - Fica aprovado o Regulamento do Plano de Saúde dos Servidores Públicos Estaduais – PLANSEV, instituído pela Lei nº 7249/1998, que com este pública.**

**REGULAMENTO DO PLANO DE SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - PLANSEV**

**CAPÍTULO I – DA FINALIDADE E DA ADMINISTRAÇÃO**

**Art. 1º - O Plano de Saúde dos Servidores Públicos Estaduais – PLANSEV, previsto no art. 27, da Lei nº 7249, de 07 de janeiro de 1998, compreende ações preventivas e curativas necessárias à proteção e à manutenção da saúde dos servidores e seus dependentes do Sistema de Seguridade Social dos Servidores Públicos Estaduais e serão prestadas através da assistência médico-ambulatorial, hospitalar e laboratorial, de caráter geral e especializado, incluindo consultas, cirurgias e exames complementares de diagnóstico e tratamento, prestados pelo Estado, diretamente, através de instituições credenciadas ou**

7 Agravo Nº 70027862168, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 21/01/2009

**mediante contratação de seguro de assistência médica e hospitalar, sob regime de empreitada global, na forma da legislação em vigor.**

As cópias dos exames acostados às fls. 28 e seguintes corroboram a enfermidade do beneficiário, assim como também restam incontroversos os gastos realizados, nos termos da documentação acostada à fl. 22 e 33.

Ademais, o Estado da Bahia, quando instituiu o Plano de Saúde em comento, para os servidores públicos, mediante remuneração, não poderia, de forma alguma, eximir-se quanto ao cumprimento das disposições do CDC e, também, ao regramento da Lei de Planos de Saúde, em respeito, inclusive, ao princípio constitucional da proteção ao consumidor, que orienta a atividade econômica, nos termos do art. 170, V, da Constituição Federal.

Destarte, merece o *decisum primevo* ser reformado em parte, apenas para limitar a indenização aos valores praticados pela operadora com os estabelecimentos conveniados.

Pelas razões expostas, o voto é no sentido de **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso de apelação, apenas para limitar o valor da indenização aos valores praticados pela operadora com os estabelecimentos conveniados, **mantendo a sentença** em todos os seus demais termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0087146-52.2009.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Juiz Convocado Gustavo Silva Pequeno, julgado em 8/8/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSALTO A MÃO ARMADA EM ESTACIONAMENTO DE CENTRO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº130/STJ. DANO MATERIAL CONFIGURADO. CONJUNTO PROBATÓRIO. VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS. JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM R\$5.000,00 SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.**

É dever dos proprietários e administradores de estacionamento zelarem pela segurança dos consumidores em seu interior, sendo civilmente responsáveis pelos danos a estes causados, em decorrência de assalto a mão armada praticado na sua esfera de vigilância, não podendo ser afastada sob a alegação de caso fortuito ou força maior, pois a prestação de segurança é devida independentemente de culpa, diante do risco da atividade. Súmula 130 do STJ.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação n.º 0087146-52.2009.8.05.0001**, de **Salvador**, sendo apelante **Claudia Mezzomo Pitia Martins** e, apelados, **Omni Estacionamentos do Nordeste Ltda e Condomínio Iguatemi Business Flat**.

**ACORDAM** os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de sua Turma Julgadora, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do relatório e voto deste Relator.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposto contra a sentença de fls.203/206, proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, que julgou improcedentes os pedidos de

indenização por danos morais em razão de assalto a mão armada sofrido pela apelante, **Claudia Mezzomo Pitia Martins**, no interior de estacionamento de propriedade da 2ª apelada, **Condomínio Iguatemi Business Flat**, administrado pela 1ª apelada, **Omni Estacionamentos do Nordeste Ltda.**

Inconformada, a apelante apresenta suas razões às fls.209/221, sustentando, em síntese, que, em razão do assalto sofrido, ficou destituída de sua bolsa, com pertences pessoais, bem como envelope contendo a quantia de R\$23.250,00 (vinte e três mil e duzentos e cinquenta reais)

Contrarrazões conjuntas às fls.234/255, na qual ambos os apelados apontam a inexistência de verossimilhança nas alegações da autora, deduzindo que a autora, vítima de perseguição de criminosos, adentrou no referido estacionamento. Em busca de evitar a abordagem, pondo em risco os demais clientes do estabelecimento e os prepostos da ré, que não tinham como evitar a conduta delituosa com utilização de arma de fogo.

Apontam a inexistência de responsabilidade civil, posto que os fatos ocorridos não guardam nenhuma relação com eventual falha na prestação do serviço, restando ausente, portanto, responsabilidade civil, restando demonstrado que o evento ocorreu por culpa exclusiva de terceiros, configurando-se o caso fortuito a descaracterizar o nexo causal necessário à configuração da responsabilidade.

Aduzem ainda que não restou comprovada a existência do alegado dano material, não se desincumbindo a autora de demonstrar que efetivamente portava a quantia que alega ter sido subtraída, acrescentando-se a inexistência de dano moral, ante a ausência de indicação de fato capaz de causar ofensa na esfera dos valores íntimos ou psíquicos da recorrente, bem como a exorbitância e desproporcionalidade do valor pleiteado, e requerem o não provimento do apelo.

Impõe-se o não conhecimento das contrarrazões de fls. 256/270, da Omni Estacionamentos do Nordeste Ltda, tendo em vista que posteriores às contrarrazões já apresentadas às fls.234/255, pelo que, determino o seu desentranhamento.

Elaborado o voto, devolvo os autos à Secretaria, nos termos do art. 931 do CPC/2015.

## VOTO

Discute-se nos presentes autos, a responsabilidade do estabelecimento comercial, bem como da administradora, por roubo ocorrido em seu estacionamento.

É firme a orientação jurisprudencial no sentido de que a prática do crime de roubo no interior de estacionamento de veículos não caracteriza caso fortuito ou motivo de força maior capaz de desonerar da responsabilidade o proprietário ou administrador de tal estabelecimento por danos suportados pelo cliente vitimado, nos termos da Súmula 130/STJ, cujo enunciado transcrevo: *A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.*

A este respeito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO À MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO PRIVADO. CASO FORTUITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o assalto à mão armada ocorrido nas dependências de estacionamento privado não configura caso fortuito apto a afastar a responsabilidade civil da empresa prestadora do serviço. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STJ - AgRg no REsp: 1118454 RS 2009/0009782-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 17/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2016)



AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE SHOPPING CENTER. DANOS CAUSADOS À INTEGRIDADE FÍSICA DOS CONSUMIDORES. EXCLUDENTE DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO NÃO APLICÁVEL. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE PEÇA FUNDAMENTAL AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. MANUTENÇÃO DA INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 288/STF. IMPROVIMENTO. I - *Na esteira do entendimento mantido por esta Corte, a responsabilidade civil do shopping center no caso de danos causados à integridade física dos consumidores ou aos seus bens não pode ser afastada sob a alegação de caso fortuito ou força maior, pois a prestação de segurança devida por este tipo de estabelecimento é inerente à atividade comercial exercida por ele.* II - *O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra. Agravo regimental improvido.*

(STJ - AgRg no Ag 1.113.293/MG, Rel. Ministro PAULO FURTADO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe de 28/09/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. FORTUITO EXTERNO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. INOVAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA A FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. **‘A empresa que fornece estacionamento aos veículos de seus clientes responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos no seu interior, uma vez que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, o estabelecimento assume o dever - implícito em qualquer relação contratual - de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança. Inteligência da Súmula 130 do STJ’** (REsp 1269691/PB, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 5/3/2014).

2. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ. (...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 386.277/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 21/03/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO EM ESTACIONAMENTO GRATUITO DO SHOPPING. ESPAÇO UTILIZADO EXCLUSIVAMENTE PELOS CLIENTES DO ESTABELECIMENTO. SÚMULA 130/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

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

2. **A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial** desenvolvida por hipermercado e shopping center. Assim, ainda que o ato ilícito tenha ocorrido em estacionamento gratuito em área pública, a responsabilidade do shopping remanesce pelos danos ocorridos no local quando o referido estacionamento é utilizado exclusivamente por seus consumidores, conforme ficou configurado na presente hipótese (Súmula 130/STJ). O acórdão recorrido adotou entendimento em consonância com a jurisprudência.

dência desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 790.643/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016)

No caso, verifica-se incontestável a ocorrência do assalto a mão armada nas dependências do centro empresarial do segundo apelado, Condomínio Iguatemi Business Flat, em estacionamento administrado pela prestadora de serviços, primeira apelada, Omni Estacionamentos do Nordeste Ltda, restando, por isso, caracterizada a responsabilidade civil das referidas empresas em reparar os danos causados ao consumidor, pois caracterizadas a culpa por falha no serviço e consequentemente, a obrigação de reparar os danos experimentados pela apelante.

Sobre os danos materiais, afirmam os apelados a inexistência de elementos aptos à comprovação dos mesmos. Todavia, em se tratando de situação na qual a demonstração cabal dos fatos resulta em especial dificuldade, cabe ao juiz fundamentar seu convencimento diante do conjunto probatório e de indícios, aptos a revelarem a veracidade dos fatos expostos, possibilitando o julgamento fundado em um juízo de verossimilhança.

No caso concreto, verifica-se que os eventos descritos na inicial estão concatenados com todas as provas acostadas aos autos, em especial que a autora recebeu o valor de R\$23.250,00 (vinte e três mil duzentos e cinquenta reais) por uma transação de compra e venda (fls.33 e 36), que tal montante foi sacado em estabelecimento bancário e colocado no envelope branco (fl. 189) que se vê em poder do assaltante - consoante as imagens da câmara de segurança que seguem às fls. 42 e 58/59 -, a compatibilidade dos horários entre o saque do referido valor (fl.189) e a entrada no estacionamento (fls.40), para onde a autora se dirigiu em razão de ter agendada uma consulta médica (fls. 44). Ditos elementos são suficientes para comprovar de maneira satisfatória a verossimilhança da alegação de que a autora teve subtraído um envelope com montante em dinheiro indicado, o qual portava no momento do roubo, no interior do estacionamento dos apelados.

De outra parte, os réus/apelados não apresentaram qualquer elemento capaz de infirmar as provas e afirmações da autora, impondo-se, portanto, reconhecer o direito desta a reparação dos danos materiais no montante de R\$23.250,00 (vinte e três mil duzentos e cinquenta reais).

Neste sentido:

*RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO EM ESTACIONAMENTO DE BANCO. ENCARTE PROBATÓRIO QUE CONVERGE PARA A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DO AUTOR. APLICAÇÃO DA SÚMULA 130 DO STJ. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO VERBETE. DANO MATERIAL RECONHECIDO. DANO MORAL CONFIGURADO. É dever das empresas rés zelar pela segurança dos consumidores no interior do estacionamento ofertado aos seus clientes, independente da gratuidade do mesmo, devendo responder pelos danos causados aos a estes em decorrência de roubo praticado no seu interior, independentemente de culpa, diante do risco da atividade, nos moldes do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e aplicação extensiva da Súmula 130 do STJ: “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. No caso dos autos, em nome da teoria da redução do módulo da prova, o encarte probatório colacionado aos autos agrega verossimilhança às alegações do autor, apontando que o mesmo encontrava-se no local na data do fato, provas estas que estavam ao alcance do consumidor e se afiguram suficientes, na hipótese, sendo desnecessária a comprovação presencial do dano. Análise da prova em favor do consumidor. O quantum indenizatório, a título de dano material, afigura-se condizente com o Boletim de Ocorrência Policial registrado pelo demandante (fl. 18), não havendo as demandadas acostado qualquer documento a desconstituir o pleito formulado, cabendo, assim, seja cancelada sua... condenação ao pagamento de R\$ 1.900,00. Danos morais que restaram configurados, ante a gravidade do fato, que, evidentemente acarretou abalo emocional e psicológico, pondo em risco a integridade física do requerente. Quantum indenizatório fixado em R\$ 1.000,00*

*que se afigura aquém dos parâmetros adotados pelas Turmas Recursais Cíveis em casos análogos, mas que resta mantido à míngua de irrisignação da parte adversa. Alegação trazida pelo corréu Bradesco, de que o autor teria adentrado no estacionamento após o horário de fechamento da agência que, não encontra respaldo na prova documental acostada, porquanto do documento juntado à fl. 17 - a despeito de pouco legível - não se consegue depreender com a exatidão que a situação reclama, de fato referir-se ao horário de entrada do autor no estacionamento, ônus das rés e que, se ocorrente, legitimaria eventual exclusão da responsabilidade das mesmas. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. RECURSOS IMPROVIDOS. (Recurso Cível Nº 71005146758, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Marta Borges Ortiz, julgado em 24/02/2015).*

TJ-RS - Recurso Cível: 71005146758 RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Data de Julgamento: 24/02/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/02/2015

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FURTO OCORRIDO NO INTERIOR DE SUPERMERCADO. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS APONTADOS NA INICIAL.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada, de modo que apenas as negativas absolutas são insuscetíveis de prova.

- Hipótese de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, invertendo-se o ônus da prova em favor da consumidora, no que concerne à ocorrência do furto dentro do estabelecimento do recorrido.

- Reconhecido o dever de inversão do ônus probatório em favor da consumidora hipossuficiente e com alegações verossímeis aplica-se o disposto no art. 257 do RISTJ e a Súmula 456 do STF. Recurso especial provido.

(REsp 1050554/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 09/09/2009)

Com relação à caracterização do dano moral, ressalte-se que é devida a responsabilização das apeladas, sendo presumíveis os danos morais, os quais advêm do próprio fato lesivo, decorrente do ato violento no interior do estacionamento a que foi submetida a apelante, mediante o uso de arma de fogo, sujeitando-se, a vítima, a sério risco a sua integridade física e a sua própria vida, sendo, portanto, dano moral *in re ipsa*.

Ressalte-se que a fixação do dano moral, por não significar uma perda material, deve ser feita seguindo o prudente arbítrio do julgador, de forma que não signifique um injustificado enriquecimento para a parte, mas que não perca sua função inibitória, desestimulando outras práticas semelhantes, cabendo ao julgador quantificar o abalo gerado pela conduta ilícita, verificando-se que vem sendo usualmente arbitrado nesses casos o valor de R\$ 5.000,00, montante considerando pela jurisprudência como razoável e proporcional.

A este respeito, trago os seguintes arestos:

*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE ROUBO SOFRIDO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO - PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO - FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO - NÃO RECONHECIMENTO - CONDUTA OMISSIVA E NEGLIGENTE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL - VERIFICAÇÃO - DEVER DE PROPICIAR A SEUS CLIENTES INTEGRAL SEGURANÇA EM ÁREA DE SEU DOMÍNIO - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE - POSSIBILIDADE,*

*IN CASU - DANO MORAL - COMPROVAÇÃO - DESNECESSIDADE - “DAMNUM IN RE IPSA”, NA ESPÉCIE - FIXAÇÃO DO QUANTUM - OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - É dever de estabelecimentos como shoppings centers e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores; II - Afastado o fundamento jurídico do acórdão a quo, cumpre à esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie; III - Por se estar diante da figura do “damnum in re ipsa”, ou seja, a configuração do dano está insita à própria eclosão do fato pernicioso, despidiêda a comprovação do dano. IV - A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano; V - Recurso Especial conhecido e provido.*

REsp 582047/RS, 3ª Turma, Rel. o Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 4/8/2009

Apelação Cível. Ação indenizatória por danos morais. Assalto à mão armada dentro do estacionamento de veículos de propriedade do apelante. Preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação rejeitada, vez que os motivos delineados na decisão guerreada se mostram suficientes para satisfazer a exigência legal insculpida no art. 93, IX, da CF. MÉRITO. **A ocorrência de roubo não constitui causa excludente da responsabilidade da empresa exploradora do estacionamento, poisa segurança é elemento ínsito à atividade quando a ela é confiada, a título oneroso, a guarda de automóveis no interior do estabelecimento. Assim, incumbia ao apelante prestar a devida segurança do estabelecimento, precavendo-se contra o risco de roubo de automóveis (bens de valor considerável), bem como de seus ocupantes. Dano moral que, na hipótese, configura-se como in re ipsa, ou seja, pelo só fato de ter existido a ofensa. No que tange ao valor fixado a título de danos morais – R\$ 5.000,00 - observa-se que este se mostra consentâneo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não merecendo qualquer revisão. Apelação Cível não provida. Sentença mantida.**

(TJ-BA - APL: 00718286320088050001 BA 0071828-63.2008.8.05.0001, Relator: José Cícero Landin Neto, Data de Julgamento: 26/03/2013, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 26/09/2013)

Por conseguinte, impõe-se a inversão dos ônus decorrentes da sucumbência, devendo os réus arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios. Assim, atento às diretrizes constantes do §2º do art. 82 e art.85 do CPC [2015], tais honorários ficam fixados no percentual de 20% do valor da condenação.

Do exposto, o voto é no sentido de **DAR PROVIMENTO A APELAÇÃO** para reformar a sentença, julgando procedente em parte o pedido autoral, condenando os réus ao pagamento de danos materiais no valor de R\$23.250,00 (vinte e três mil duzentos e cinquenta reais), com correção monetária desde a data do evento e juros de mora nos termos do art. 406 do CC, contados a partir da citação, além de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais em favor da autora, arcando ainda com o pagamento das custas e honorários fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0005022-32.2010.8.05.0080, Quinta Câmara Cível, Relator (a): Desª. Lígia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 26/4/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO PELO RETARDO NA BAIXA DE GRAVAME APÓS QUITAÇÃO INTE-**



**GRAL DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA DATA DA QUITAÇÃO PARA FINS DE CONFRONTAÇÃO COM A DA BAIXA DO GRAVAME A REVELAR POSSÍVEL RETARDO. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA INEXISTENTE. INOVAÇÃO DA LIDE EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA POR CONTA DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO NÚMERO 7 DE 16/3/2016 DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROVIDA.**

Ação indenizatória fundada no retardo da baixa do gravame pelo credor fiduciário, apesar da quitação do contrato de alienação fiduciária em garantia. Autora que, tendo deixado de relatar e comprovar de maneira inequívoca na peça inicial a data da quitação do financiamento celebrado, inviabiliza aferição de possível retardo por parte do Réu em realizar a baixa do gravame. Falha na prestação do serviço não demonstrada, descabendo a obrigação indenizatória do Réu.

Tentativa de inovação em sede recursal da lide com arguição pela Autora de fato não suscitado na peça inicial (data da quitação do financiamento). Contorno da lide já estabilizado. Vedação decorrente do § 1º, do art. 515, e do art. 517, do CPC/1973, atuais § 1º, do art. 1.013, e art. 1.014, do CPC/2015. Matéria, inclusive, que não se configura em de ordem pública a permitir o conhecimento de ofício. Apelação não conhecida neste aspecto.

Inexistência de violação ao regramento específico da Resolução nº 124/01, do CONTRAN, pois que provado nos autos o cumprimento da obrigação que cabia ao credor fiduciário: Baixa do gravame decorrente da quitação do contrato de alienação fiduciária em garantia. Obrigação da Autora de solicitar a emissão de novo Certificado de Registro de Veículo (CRV) perante o órgão com atribuição.

Em atendimento ao quanto disposto no Enunciado Administrativo número 7, de 16/3/2016, do STJ inaplicabilidade do art. 85, § 1º e § 11º, do Novel Código de Ritos Pátrio.

Apelação parcialmente conhecida e improvida.

### **ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005022-32.2010.8.05.0080, de Feira de Santana, em que são Apelante e Apelado EDINEIDE DIAS ARAÚJO e UNIBANCO – UNIÃO DOS BANCOS BRASILEIROS SA, respectivamente.**

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, **CONHECER EM PARTE a Apelação interposta, e neste aspecto NEGAR PROVIMENTO à mesma**, mantendo a sentença em todos os seus termos, de acordo com o voto desta relatora.

### **RELATÓRIO**

**Trata-se de Ação de Indenização Por Danos Morais movida por EDINEIDE DIAS ARAÚJO em face do UNIBANCO – UNIÃO DOS BANCOS BRASILEIROS SA, pugnando pela condenação do Réu a dar baixa no gravame decorrente de contrato de alienação fiduciária**



em garantia já quitado e a indenizá-la a título de danos morais em valor a ser judicialmente arbitrado em R\$20.000,00, acrescido dos ônus da sucumbência.

No mais, adoto como próprio o relatório da sentença de fls. 64/65, acrescentando que o Douto Juízo a quo julgou *“improcedente o pedido formulado por Edineide Dias Araújo contra o UNIBANCO – União dos Bancos Brasileiros SA. Custas processuais e honorários advocatícios a cargo da parte sucumbente, estes fixados em 20% do valor da causa, dispensados em razão da gratuidade da justiça.”*

Irresignada, a Autora interpôs Recurso de Apelação às fls. 66/71, arguindo no mérito que, inobstante tenha quitado o contrato de alienação fiduciária em garantia celebrado, deixou o Réu de efetuar a baixa do gravame incidente sobre o veículo automotor adquirido, dando ensejo à responsabilização cível do mesmo, até por haver descumprido regramento específico do CONTRAN.

Pugnou pelo provimento do Apelo, para reformar a sentença *a quo*, julgando procedentes os pedidos elencados na peça exordial, com o arbitramento da verba indenizatória.

Devidamente intimado, o Réu não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fls. 73.

### VOTO

#### **O recurso é tempestivo, todavia, deve ser parcialmente conhecido.**

**No mérito**, a questão gira em torno da obrigação do Réu de proceder à baixa de restrição incidente sobre veículo automotor, após integral quitação do contrato de alienação fiduciária em garantia, e a consequente obrigação indenizatória do credor fiduciário pelo retardo em assim proceder.

Da acurada análise dos autos, tem-se que a Autora celebrou contrato de alienação fiduciária em garantia com o Réu visando a aquisição de veículo automotor identificado pelo documento de fls. 10.

**Vital ao deslinde da questão que a Autora, na peça vestibular de fls. 02/08, DEIXOU DE RELATAR COM PRECISÃO as datas da celebração da avença e da quitação do referido contrato.**

Por outro lado, o Réu comprova cabalmente que houvera procedido à baixa do gravame em 28/1/2010, conforme documentos de fls. 38, e 41, **documentos estes NÃO impugnados pela Autora, a qual, diante de seu silêncio, admitiu força probante aos mesmos a teor dos arts. 387, 389 e 390 usque 392 do Código de Ritos Pátrio de 1973, aplicáveis ao caso concreto quando do julgamento da questão pelo Juízo a quo.**

**CPC/1973 - “Art. 387.** Cessa a fé do documento, público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.

Parágrafo único. A falsidade consiste:

I - em formar documento não verdadeiro;

II - em alterar documento verdadeiro.”

**CPC/1973 - “Art. 389.** Incumbe o ônus da prova quando:

I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir;

II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.”

**CPC/1973 - “Art. 390.** O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitar-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos.”

**CPC/1973 - “Art. 391.** Quando o documento for oferecido antes de encerrada a instrução, a parte o argüirá de falso, em petição dirigida ao juiz da causa, expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado”

CPC/1973 - “Art. 392. Intimada a parte, que produziu o documento, a responder no prazo de 10 (dez) dias, o juiz ordenará o exame pericial.”

Neste sentido a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery in verbis.

“Prazo para a parte provocar o não reconhecimento do documento. É o fixado no CPC 390. O transcurso do prazo sem manifestação da parte implica preclusão do direito de alegar sua falsidade.” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1997)

**Tendo a Autora deixado de relatar e comprovar de maneira inequívoca na peça inicial a data da quitação do financiamento celebrado, não se poderá auferir possível retardo do Réu em realizar a baixa do gravame, descabendo a imposição de obrigação indenizatória pela ausência da falha na prestação do serviço, nenhum reparo merecendo a sentença a quo.**

Ainda neste momento, mister explicitar que a Autora APENAS em sede de Apelação declina a suposta data da quitação do contrato de financiamento como sendo 26/10/2001, fato este que seria comprovado por informação inserida a caneta no documento de fls. 10. Inobstante tal alegação da Autora, NÃO poderá a mesma prosperar, posto que suscitada tardiamente, quando já fixados os contornos da lide/objeto litigioso, não sendo possível neste momento processual (sede recursal) a inovação da causa de pedir tal como pretendido pela Autora (ressalvadas as questões de ordem pública que poderiam ser conhecidas de ofício, o que não ocorre na situação fática). Portanto, ao caso sub judice inteira aplicação tem o parágrafo 1º, do art. 1.013 da Lei Adjetiva Pátria de 2015, pelo que NÃO conheço a Apelação neste aspecto, por não restar configurada, também, a hipótese do art. 1.014 do CPC/2015.

CPC/2015 - “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.”

CPC/2015 - “Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

Neste sentido, os julgados a seguir transcritos.

**“Ementa: APELAÇÃO INDENIZATÓRIA LEGITIMIDADE DE PARTE INOVAÇÃO RECURSAL CAUSA DE PEDIR ESTABILIDADE OBJETIVA DA DEMANDA RECURSO NÃO CONHECIDO.** - Legitimidade aferida a partir da relação de direito material, considerando a natureza de “fornecedora aparente” da requerida, que ofereceu o seguro vinculado ao seu contrato de cartão de crédito art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor; - **Recurso não conhecido: é proscrita a inovação da causa de pedir em sede de recurso (artigos 264 e 517, do Código de Processo Civil) questão estranha ao objeto da demanda e à causa de pedir que impede a reanálise da sentença (efeito devolutivo); RECURSO NÃO CONHECIDO.”** (TJ-SP – Apelação APL 00311619820128260554 SP. Publicado em 18.09.2014). Grifos acrescidos.

**“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – INOVAÇÃO RECURSAL – ALEGAÇÃO DE FATOS NOVOS - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESTE PONTO -MÉRITO RECURSAL - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO EM RELAÇÃO AOS PEDIDOS TIDOS COMO GENÉRICOS E JULGOU IMPROCEDENTE OS DEMAIS – IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – CONTRATO COM PAGAMENTO EM PARCELA FIXA – CAPITALIZAÇÃO**

**QUE, SE EVENTUALMENTE OCORREU, FOI NA FASE PRÉ CONTRATUAL – ENCARGOS REMUNERATÓRIOS PREVISTOS EM MOMENTO ANTERIOR – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BO -FÉ OBJETIVA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES -ÔNUS SUCUMBENCIAIS - MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.” (TJ-PR, Apelação: APL 13431013 PR. Publicado em 03.11.2015). Grifos acrescido.**

**“Ementa:** EMENTA ADMINISTRATIVO. MILITAR. PEDIDO DE REFORMA. DOENÇA CONTRAÍDA DURANTE O SERVIÇO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO. INDEFERIMENTO. **INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Comprovada, através de perícia judicial, que a patologia (varicocele) da qual o autor é portador não teve relação de causa e efeito com a atividade castrense, pois de origem congênita, não há como se deferir o pedido de reforma remunerada; 2. Caso em que o autor fora licenciado do exército, em razão de haver concluído o tempo de serviço militar obrigatório; 3. **Conforme determina o parágrafo único do art. 264 do CPC, “a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. Assim, não é permitido ao autor, em sede recursal, inovar matéria, não suscitada na inicial, no que se refere à indenização;** 4. Apelação improvida. ACÓRDÃO Vistos, Relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas. DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado. Recife, 19 de junho de 2008.” (TRF-5 Apelação Cível AC 429334 PE 2001.83.00.003105-0. Publicado em 05.09.2008) Grifos acrescidos.

**“Ementa:** PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. SENTENÇA CITRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ABONO DE PERMANÊNCIA EM SERVIÇO RETIFICAÇÃO DE RMI. NÃO CABIMENTO. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. **Constatada que a sentença analisou e decidiu nos exatos termos requeridos na exordial, não tem qualquer pertinência a alegação de decisão citra petita;** 2. Inexiste, no caso, direito ao recálculo do abono de permanência em serviço pelas regras previstas no art. 201, parágrafo 3º e 202 da CF/88, bem assim dos arts. 144 e 145 da Lei nº 8.213 /91, uma vez que, durante a vigência nas normas referenciadas, o segurado já não recebia aquele benefício, mas sim passara a gozar de aposentadoria por tempo de serviço. Demais disso, o valor do abono de permanência foi desinflante na definição do valor dos proventos; 3. **Nos termos do parágrafo único, do art. 264 do CPC, não pode o autor, em sede recursal, apresentar matéria nova, não suscitada na inicial;** 4. Apelação improvida.” (TRF-5 – Apelação Cível AC 275230 PB 2001.05.00.046480-1). Grifos acrescidos.

Por fim não há de se falar em violação pelo Réu do regramento específico previsto na Resolução nº 124/01, do CONTRAN, uma vez que, como provado nos autos, o Réu se desincumbiu do ônus que lhe cabia ao proceder à baixa do gravame decorrente da quitação do contrato de alienação fiduciária em garantia, cabendo, por outro lado, à Autora a solicitação da emissão de novo Certificado de Registro de Veículo (CRV) perante o Órgão com atribuição.

**Dessa maneira, irretocável a sentença de primeiro grau.**

No que tange aos honorários advocatícios de sucumbência, inaplicável a regra posta no art. 85, parágrafos 1º, e 11º, do Novo Código de Ritos Pátrio, tendo em vista comando do Enunciado nº 7, de 16/3/2016, do Colendo STJ.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER EM PARTE a Apelação interposta e neste aspecto NEGAR PROVIMENTO à mesma**, mantendo a sentença em todos os seus termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000920-84.1998.8.05.0080, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho, julgado em 12/7/2016**

**DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESIDÁRIO. IMPUTAÇÃO DE CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO E PRISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. POSTULANTE BENEFICIÁRIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DA BAHIA NÃO CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE ESTATAL. OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES DO DANO INDENIZÁVEL. DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO DEMONSTRADOS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA REFORMADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO SIMULTÂNEA n.º 0000920-84.1998.8.05.0080, da Comarca de Feira de Santana**, sendo apelantes e apelados **EDVALDO DOS SANTOS e ESTADO DA BAHIA**, respectivamente.

Acordam os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, **negar provimento** ao recurso interposto por **EDVALDO DOS SANTOS** e **dar provimento ao recurso interposto por ESTADO DA BAHIA**, reformando a sentença, julgando improcedente a ação.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de ação de indenização movida por **EDVALDO DOS SANTOS** em face de **ESTADO DA BAHIA**, alegando ter sofrido danos moral e material causados por demandado, por suposto erro judiciário, ante ocorrência de sua prisão durante “*1 (um) ano, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias*”, em razão de suposto tráfico de entorpecentes, sendo absolvido em sede de revisão criminal nº 36.997-7 em 21 de novembro de 1997, por ausência de provas. Postulou indenização por dano moral no montante de cem salários mínimos por cada dia de prisão e indenização por dano material no patamar de dois salários mínimos, além de férias proporcionais, décimo terceiro salário, acrescidos de juros e correção monetária a partir de sua prisão. **FLS. 02/07.**

**ESTADO DA BAHIA**, representado, ofereceu defesa alegando inoccorrência de erro judiciário; inexistência de qualquer indício de que tenha agido com dolo ou culpa; a circunstância de ter agido sempre dentro dos limites legais; existência de precedentes jurisprudências transcritos, concluindo que a absolvição do réu por ausência de provas não caracteriza erro judiciário, por si



só, nem gera obrigação de pagamento de indenização a título de dano moral e inadmissibilidade de sua condenação ao pagamento de indenização por suposto dano material, sequer comprovado.

**FLS. 45/50**

Réplica às **fls. 60/64**

Parecer ministerial. **Fls. 70/73**

Audiência de instrução com oitiva de testemunhas. **Fls. 91/96**

Alegações finais apresentadas por partes litigantes. **Fls. 176/188 e 189/194**

Parecer Ministerial. **Fls. 197/209**

Sobreveio a sentença de **fls. 399/405**, julgando procedente a ação em tela de “**indenização por dano moral e material decorrente de erro judiciário**” movida por **EDVALDO DOS SANTOS** em face de **ESTADO DA BAHIA**, condenando a parte ré a pagar **R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)** ao postulante, a **título de indenização por danos morais**, acrescido de correção monetária e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês; pagamento de 01 (um) salário mínimo por mês referente ao período em que o postulante ficou preso, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês; custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. A sentença foi alterada após oposição de embargos declaratórios por postulante, **fls. 219/221**, acolhidos, **fls. 223/226**, acrescentando a determinação de incidência da correção monetária sobre a condenação por dano moral e material a partir da data do arbitramento, e juros de mora a partir do evento danoso (prisão do autor).

**EDVALDO DOS SANTOS**, representado, interpõe **recurso de apelação sem comprovação do preparo**, **fls. 228/243**, visando à reforma de parte da sentença e, por conseguinte, majoração do valor da condenação concernente a indenização por dano moral, considerado insuficiente, fixado aquém do postulado, para patamar de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) e, a título de dano material, valor equivalente a 2 (dois) salários mínimos por cada mês em que esteve preso, acrescidos de 13º (décimo terceiro) salário; termo inicial da correção monetária concernente a indenização por dano material a partir da data de sua prisão, e não da data do arbitramento, como equivocadamente determinado na sentença guerreada.

**ESTADO DA BAHIA**, representado, responde pugnando por improvimento do recurso, ratificando os termos de suas razões de apelação. Ressalta a aplicabilidade, à espécie, da Súmula 362 do STJ estabelecendo que a correção monetária incide a partir da data do arbitramento. **Fls. 263/264**.

**ESTADO DA BAHIA** também interpõe recurso de apelação, independentemente de preparo, **fls. 246/257**, visando à reforma da sentença a julgar improcedente a ação. Alega, em síntese, que a absolvição do réu em sede de revisão criminal, fundamentada na falta de provas e não por inexistência de crime ou inocência comprovada, não configura erro judiciário capaz de gerar obrigação de indenizar; para configuração da responsabilidade civil do Estado deveria restar comprovada a ocorrência de erro judiciário ou, no mínimo, de abusos e/ou ilegalidades na prisão ou na custódia do postulante, não evidenciados nos autos. Na remota hipótese da manutenção da sua condenação por dano moral, o valor deve ser reduzido para patamar não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de exclusão do pagamento de indenização por dano material não comprovado, sobretudo porque o postulante não produziu prova no sentido de que exercia atividade laboral remunerada à época da prisão, ensejando reconhecimento de sucumbência recíproca e/ou redução dos honorários advocatícios fixados para patamar não superior a 1% (um por cento) do valor da condenação.

**EDVALDO DOS SANTOS**, inobstante intimado, não ofereceu resposta ao recurso interposto por Estado da Bahia, consoante certidão de **fl. 267**.



A douta Procuradora de Justiça pugna por conhecimento dos recursos, improvimento do recurso interposto por postulante, provimento, em parte, do recurso interposto por Estado da Bahia, a reduzir montante fixado a título de indenização por dano moral para patamar de 100 (cem) salários mínimos. **Fls. 280/294.**

Recursos distribuídos para Quarta Câmara Cível cabendo-me a função de relatora.

### VOTO

A presença dos pressupostos de admissibilidade dos recursos impõe conhecimento.

Justificável a decisão deferitória de pedido de assistência judiciária gratuita formulado com amparo legal, por postulante, sem condições financeiras para arcar com pagamento de custas processuais sem prejuízo de sua subsistência, sobretudo estando interdito por decisão judicial, fls. 66/69.

Por possuírem pontos convergentes quanto à caracterização da responsabilidade do demandado, bem como no tocante ao montante indenizatório arbitrado, será procedida a análise conjunta dos recursos.

Assiste razão ao **ESTADO DA BAHIA.**

A questão controversa diz respeito à responsabilidade civil estatal, por condenação e prisão do autor, seguida de posterior absolvição em Revisão Criminal por *“insuficiência de provas para condenação”* (fls. 26/33).

A responsabilidade civil da Administração Pública é objetiva e decorre do dever de indenizar os danos que seus agentes causarem aos particulares no exercício da atividade administrativa. Também chamada de responsabilidade civil do Estado, a responsabilidade civil da Administração Pública prescinde de dolo ou culpa. É necessário que exista o dano, que não tenha sido causado por ação ou omissão do particular, bem como que exista nexo de causalidade entre a atividade administrativa (fato do serviço) e o dano sofrido pelo particular para que surja a responsabilidade civil da Administração, regra prevista no art. 37, §6º da CF/1988.

A matéria em discussão, todavia, trata de uma modalidade específica de responsabilidade, que é a responsabilidade estatal acerca dos atos jurisdicionais. É cediço que a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional não está regulada no art. 37, § 6º, da CF, mas sim no art. 5º, LXXV, quando a Constituição Federal diz que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Aqui se engloba a responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional, notadamente pelo ato prisional, ou seja, haverá erro judiciário nos casos em que restar demonstrado que a decisão questionada não obedeceu aos critérios técnicos necessários, tão pouco aos requisitos legais indispensáveis ao mandado de prisão, ou seja, se a decisão for flagrantemente ilegal e desprovida dos requisitos pertinentes, aí sim é que pode cogitar responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional.

A privação de liberdade é talvez o ato jurisdicional de maior gravidade e importância a ser praticado pelo Estado. No entanto, o exame conjunto do elementos carreados para os autos evidencia que efetivamente o acusado foi preso por ordem judicial fundamentada, sendo a prisão decorrente de sentença penal transitada em julgado, com a regular apuração de fatos delituosos, passados pelo crivo do judiciário, pela prática de crime de **“Tráfico de entorpecentes”**, previsto no Código Penal, fls. 51/52, sendo em seguida absolvido em sede de Revisão Criminal por insuficiência probatória a ensejar a tipificação do delito que lhe foi imputado, fls. 26/33.

Consta do acórdão da Apelação Criminal nº 29058-8, *in verbis*: “EDVALDO DOS SANTOS admitiu que guardava a droga para o primeiro apelante. Apurou-se que Edvaldo auxiliava João no tráfico ilícito e recebia seu pagamento em maconha. Sua parcela na conduta delituosa consistia em vigiar o barraco onde estava guardada a erva. (...) Edvaldo foi flagrado no interior do barraco,

*enquanto João Marcelino era o responsável pela venda, pesagem e entrega da droga a terceiros.”*

Consta, ainda, do acórdão da Revisão Criminal, **fls. 26/33**, *in verbis*: “Absolvição por insuficiência de provas para condenação, ao concluir que “a autoria de um delito não pode ser reconhecida com base, exclusivamente, em interrogatório policial de terceiro, ainda mais quando o mesmo retratou-se, posteriormente, em juízo”; “o requerente confessou que é viciado em maconha e que algumas vezes recebeu de João Abade, gratuitamente, um pouco de maconha para fazer cigarro. Disse também que no momento da prisão estava passando pela porta do barraco e não dentro dele. Em Juízo João Abade diz que nunca pediu a Edvaldo que guardasse alguma coisa. (...)”

Deve-se destacar que a condenação que resultou na prisão do Autor fundamentou-se em elementos suficientes ao convencimento dos magistrados quanto da sua decretação, embora em momento posterior, com o manejo dos recursos adequados previstos no Código de Processo Penal, possam ter sido reexaminados e compreendidos como não suficientes para uma condenação.

Posterior absolvição do Autor, fundamentada na insuficiência probatória, não transforma em ilegal o anterior cerceamento à liberdade do autor, não configura erro judiciário e, por conseguinte, não induz à responsabilização do Estado, vez que se pautou em sentença condenatória, decorrente do devido processo legal, devidamente submetido às garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e do duplo grau de jurisdição, do qual resultou o mandado de prisão expedido e cumprido. Some-se a isso o fato de que a absolvição, ao final, do acusado não foi fundamentada em prova da inexistência do fato ou mesmo de não ter sido ele o autor. Como se sabe, mesmo em caso de decreto de prisão preventiva, no qual se entende como suficientes a prova da materialidade e indícios suficientes da autoria e as razões que justificam a urgência, não há que se falar em erro judiciário em caso de posterior absolvição, se, naquele momento de decretação da prisão preventiva, esses indícios estavam caracterizados.

Pertinente transcrever a lição de Rui Stoco, a este propósito: “(...) **a prisão cautelar, pelo só fato da prisão, seja temporária, em flagrante ou preventiva, ou, ainda, qualquer outra medida de caráter provisória, não enseja reparação apenas em razão de o indiciado ou acusado ter sido absolvido. (...) O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados. Nenhuma prisão provisória, preventiva ou em flagrante delito, poderá ocorrer fora das hipóteses previstas na lei processual penal, sem que estejam os pressupostos ali estabelecidos, pena de se responsabilizar não só o Estado como, por via de regresso, o agente da autoridade, o magistrado, o membro do Ministério Público, o homem do povo e quem quer que tenha participado do ato. Mas, preenchidas as condições da lei e revestida a prisão de legalidade estrita, não há como vislumbrar direito de reparação pelo só fato da prisão que não se converteu em definitiva pela condenação.**” (in “Tratado de Responsabilidade Civil”, 6ª Edição, RT. São Paulo, 2007. pág. 1037/1038).

Sobre a matéria o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRISÃO CAUTELAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. APECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADO N. 211 DA SÚMULA DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. VERBETE N. 284 DA SÚMULA DO STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. INCIDÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. - O recurso especial não se presta à apreciação de dispositivos constitucionais, nem sequer a título de prequestionamento, pois trata-se de tarefa reservada ao Supremo Tribunal Federal. - “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo” (enunciado n. 211 da Súmula do STJ). - A*

deficiência na fundamentação do apelo por ausência de demonstração da ofensa alegada enseja a aplicação do verbete n. 284 da Súmula do STF.

- É vedado em recurso especial o reexame do conjunto fático-probatório, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. - **A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição.** - É inadmissível inovação recursal no âmbito do agravo regimental. Precedentes. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1295573/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 16/04/2012)

**ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO TEMPORÁRIA E POSTERIOR RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA LEGALIDADE DA PRISÃO, NÃO OCORRÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO E CULPA EXCLUSIVA DO INVESTIGADO. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO NA HIPÓTESE DE PRISÃO DENTRO DOS LIMITES LEGAIS. PRECEDENTES.** 1. Hipótese em que o agravante ajuizou ação indenizatória por dano moral contra o Estado de Mato Grosso do Sul, ao argumento de que foi preso temporariamente e que depois foi solto em razão do reconhecimento da prescrição do crime. 2. O Tribunal de origem considerou que o decreto prisional foi expedido ainda quando o Estado detinha o jus puniendi, e que a prisão decorreu do não comparecimento do réu aos atos processuais, sendo de sua exclusiva culpa a superveniência do encarceramento. 3. O entendimento desta Corte é de que para averiguar a existência ou não dos requisitos da prisão temporária bem como afastar a culpa exclusiva do recorrente, necessários para acolher a indenização por danos morais, seria imprescindível reexaminar o contexto fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça. 4. **Além disso, esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, como no caso dos autos, não gera o direito à indenização.** 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 12854/MS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 26/8/11)"

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

**1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes.** 2. Na mesma linha, tem decidido que avaliar se a prisão preventiva caracterizou erro judiciário enseja reexame de provas, sendo inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes. 3. Ausente o cotejo analítico e não demonstrada similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, não se conhece do recurso especial pela alínea "c". 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 911.641/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009)

Conclui-se, assim, que, na hipótese dos autos, não há que se falar em qualquer ilegalidade formal no ato judicial questionado pelo fato de o autor ter permanecido com sua liberdade cerceada até sua absolvição em sede de Revisão Criminal, porquanto teve amparo na legislação processual penal e na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXI, além do que foi respaldada pelos elementos apresentados no devido processo criminal, atestando a legalidade procedimental e jurídica do mandado prisional. Não houve, portanto, ocorrência de erro judiciário capaz de amparar a pretensão indenizatória do postulante, sobretudo porque o Estado agiu no exercício regular do exercício do *jus puniendi*. (art. 188, I, CC/2002).

Deste modo impõe-se a reforma da sentença guerreada, eis que não há direito a indenização quando o acusado é absolvido por ausência de provas, modalidade de absolvição não apta, por si só, a responsabilizar o Estado, não havendo o que se falar em erro judiciário, eis que a inexistência de ato ilegal e o estrito cumprimento de dever legal descaracterizam tal erro e, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado.

Pelas razões expostas, não merece maior análise o recurso interposto pelo postulante reque-rendo majoração dos danos morais e materiais indevidos, uma vez que as razões do improvimento foram devidamente expostas acima e são as mesmas utilizadas para provimento do recurso do Estado da Bahia a concluir pela ausência dos pressupostos configuradores do dano indenizável (material e/ou moral), total improcedência dos pedidos, afastando a condenação imposta ao Estado da Bahia, julgando improcedente a ação, ensejando inversão do ônus da sucumbência, condenando o postulante ao pagamento de custas processuais e verba honorária sucumbencial reduzida ao valor fixo de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do §4º, art. 20, Código de Processo Civil de 1973, suspensa a exigibilidade enquanto beneficiário de assistência judiciária gratuita.

Por tais razões **dá-se provimento** ao recurso interposto por **ESTADO DA BAHIA**, reformando a sentença, julgando-se improcedente a ação, e **nega-se provimento** ao recurso interposto por **Edvaldo dos Santos**

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000044-85.2002.8.05.0211, Terceira Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 26/4/2016**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. PARTO NORMAL INDUZIDO. USO DE FÓRCEPS. LESÕES PERMANENTES NO INFANTE. MORTE DA PARTURIENTE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO OBSTETRA NÃO VERIFICADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DANO MORAL CONFIGURADO. PENSIONAMENTO MENSAL DEVIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Em se tratando de responsabilidade civil, é necessário o atendimento a três requisitos para a configuração da obrigação de indenizar: conduta omissa ou comissiva do agente, nexo causal e dano.
2. Ausente a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do parto, pelo obstetra, a morte da parturiente e as sequelas irreversíveis sofridas pela criança, afastada a responsabilidade civil do médico.
3. É objetiva a responsabilidade do hospital em relação às falhas estruturais e de assistência médica no atendimento do paciente.
4. A reparação do dano moral constitui sanção civil ao ofensor ou reparação da ofensa e será arbitrada de acordo com as condições econômicas do agente e a gravidade da falta cometida.
4. É devida a pensão mensal aos filhos por morte de genitor, independentemente do exercício de atividade remunerada pela vítima à época do óbito. A pensão mensal é cabível até o dia em que os beneficiários completarem 25 anos de idade, quando se presume a sua formação escolar, inclusive universitária. Precedentes do STJ.



5. De igual modo, também é devido o pensionamento mensal ao cônjuge supérstite, desde o evento danoso até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade, considerando a expectativa média de vida do brasileiro na época do falecimento, ou até o seu decesso.

**8. Apelo parcialmente provido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. **0000044-85.2002.8.05.0211**, em que são apelantes **Zilmo dos Santos Carneiro, Maria Mylena Guimarães dos Santos Carneiro e José Vitor Guimarães dos Santos Carneiro**, e, apelados, **Edvaldo Duarte Bomfim e Hospital Regional João Campos**.

Acordam os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, conhecer e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, e o fazem de acordo com o voto de sua relatora.

### RELATÓRIO

**Adoto o relatório da sentença de fls. 405/409, que, nos autos da ação indenizatória proposta por Zilmo dos Santos Carneiro, Maria Mylena Guimarães dos Santos Carneiro e José Vitor Guimarães dos Santos Carneiro contra Edvaldo Duarte Bomfim e o Hospital Regional João Campos, julgou improcedente a pretensão, por considerar que os autores não comprovaram a responsabilidade dos réus pela ocorrência do evento danoso.**

Irresignados, os autores interpuseram o apelo de fls. 411/414, arguindo, essencialmente, que o julgamento se deu em contrariedade às provas produzidas.

Salientaram que o parecer do assistente técnico reconheceu a imprudência e negligência do primeiro apelado, de modo que restaram comprovadas a culpa e o nexo de causalidade necessários à responsabilização dos recorridos.

O apelo foi recebido no duplo efeito (fl. 415), com a apresentação das razões de contrariedade às fls. 416/419, onde se pugnou pela manutenção da sentença.

Parecer do Ministério Público às fls. 422/424, defendendo a reforma da sentença, para que seja acolhida a pretensão autoral.

Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Cível, coube-me a relatoria.

Em cumprimento ao art. 931 do NCPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que solicito dia para julgamento.

### VOTO

Devidamente analisados, encontram-se regularmente preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, razão porque dele conheço.

Trata-se de insurgência lançada contra sentença que julgou improcedente a pretensão autoral, por considerar que não restou comprovada a responsabilidade dos réus pela ocorrência do evento danoso.

Versa a demanda sobre pedido de indenização por danos morais e materiais, em decorrência de alegado erro médico durante a realização de parto, que deixou sequelas permanentes no recém-nascido e resultou na morte da parturiente.



Os apelantes alegam que a prova produzida nos autos indica ter havido culpa do médico para a ocorrência do evento danoso, haja vista que revela a sua imprudência e negligência na condução do parto.

Como cediço, em se tratando de responsabilidade civil, é necessário o atendimento a três requisitos para a configuração da obrigação de indenizar, quais sejam, conduta omissa ou comissiva do agente, nexo causal e dano.

Especificamente quanto à responsabilização médica, a doutrina elenca duas hipóteses de ocorrência: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, onde se incluem os hospitais<sup>8</sup>.

A controvérsia ora lançada transita no campo da responsabilidade pessoal do profissional liberal, que somente poderá ser declarada mediante verificação de culpa (Art. 14, §4º, CDC), e do fornecedor de serviço, que, segundo o regramento do microssistema consumerista, caracteriza-se como objetiva, ou seja, independente da comprovação de culpa.

É o que dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. - Destacou-se.

Sobre o assunto, Sérgio Cavalieri Filho (2009) traz os seguintes ensinamentos:

*“Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes”.*

*[...]*

*É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrente de um defeito do serviço.*

*Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. ‘O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido’. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito.*

*[...]*

*E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz – art. 14, § 3º, I – que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar – ônus seu – que o defeito inexistiu, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço.”*

Nesta feita, se caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4, CDC), responderá o hospital de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1, CDC.

8 CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 370.

9 CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 382/383.

A respeito, vale conferir o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA HOSPITAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. (...) 2. A regra geral insculpida no art. 14, “caput”, do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção. 5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão ‘ope legis’). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC. 6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, pois exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior. 7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1331628/DF, Relator o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 12/09/2014)

Isto anotado, passamos à análise do caso concreto.

O laudo pericial, fls. 332/350, produzido pelo Assistente Técnico do Ministério Público do Estado da Bahia, concluiu pela imprudência na conduta médica de induzir o parto, bem como pela negligência em optar pelo uso do fórceps.

É certo que, em se tratando a discussão sobre suposta conduta culposa do médico pelos resultados sofridos pelos apelantes, deve-se voltar os olhos às conclusões alcançadas pela perícia médica, por este ser o meio de prova destinado a suprir ausência de conhecimento técnico específico do Julgador para a solução justa do litígio.

Por outro lado, é sabido que o juiz não está vinculado à conclusão do laudo pericial, desde que, em confronto com elementos probatórios acostados aos autos seja possível concluir de modo diferente.

Dito isto, transcrevo alguns trechos do laudo que confrontam com a conclusão alcançada pelo perito, e indicam, em verdade, não existir comprovação do erro médico suscitado:

**Quesito 6:** O Ministério da Saúde autoriza o uso do cytotec como indutor do parto?

**Resposta:** Sim, nas condições médicas adequadas e obedecendo às indicações corretas e específicas e nos hospitais credenciados para tais procedimentos e registrados com esta finalidade junto às Autoridades Sanitárias (fl. 344)

**Quesito 10:** O Sr. Perito usa o cytotec como indutor do parto? Recomenda?

**Resposta:** O uso do misoprostol como indutor é bem estabelecido no estado da arte médica e todo médico, agindo de acordo com a sua experiência e consciência, deve pautar suas indicações e ações de acordo com os protocolos mais atuais da sua arte e ciência; assim procede este Perito. (fl. 345)

**Quesito 12:** Como a parturiente não apresentava contrações, não era recomendado o parto cesáreo, haja vista que a parturiente já estava na 43ª semana de gestação e o feto apresentava ser muito grande?

**Resposta:** Por partes – (i) de fato, a parturiente não apresentava contrações; (ii) a parturiente não estava na 43ª semana e sim na 40ª semana de gravidez; (iii) nenhum exame clínico, físico ou complementar de laboratório ou de imagem ou registro médico de qualquer natureza constante dos autos demonstra ou faz inferir sobre as dimensões do feto; à luz dos documentos médicos acostados aos autos, nenhuma indicação de parto cesáreo havia. (fl. 345)

**Quesito 29:** No quadro da parturiente, era recomendado o parto cesáreo?

**Resposta:** Nenhuma indicação de operação cesariana havia; a paciente estava em gestação ao termo, não estava em trabalho de parto e seu feto estava normal.

Corroborando este entendimento, o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia concluiu, às fls. 376/379, pelo arquivamento do Processo Ético Profissional nº 775/01, movido contra o Dr. Edivaldo Duarte Bomfim, ao argumento de que, na instrução, foram descritos e repetidos à exaustão os esforços e manobras médicas procedidas pelo médico, não havendo comprovação de que alguma destas se mostrasse inadequada.

Não bastasse, aos autos foram colacionados uma série de periódicos versando sobre a utilização e eficiência do cytotec (misoprostol) para a indução do parto normal.

Vale esclarecer, por oportuno, que se constata do sítio eletrônico do Sistema Único de Saúde que a indução do parto normal ocorre quando há necessidade de utilização de substância, como o misoprostol, para acelerar o trabalho de parto e aumentar a força das contrações, a fim de provocar o nascimento da criança sem a realização de cirurgia cesariana.

Importa anotar, ainda, os riscos inerentes ao parto Cesário, segundo a Agência Nacional de Saúde:

*Estudos científicos apontam que bebês nascidos de cesarianas apresentam riscos maiores de dificuldades respiratórias e são internados em UTI neonatal com mais frequência. Quando não tem indicação clínica, a cesariana aumenta em 120 vezes a probabilidade de problemas respiratórios para o recém-nascido e triplica o risco de morte da mãe. Cerca de 25% dos óbitos neonatais e 16% dos óbitos infantis no Brasil estão relacionados à prematuridade. Em cesarianas desnecessárias, o recém-nascido pode sofrer complicações respiratórias imediatas, e se o parto for realizado antes das 39 semanas de gestação, o nascimento pode ocorrer antes da completa maturação pulmonar do bebê. E como em toda intervenção cirúrgica, existe risco de mortalidade derivada do próprio ato cirúrgico ou da situação vital de cada paciente. (Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principall/agencia-saude/21355-campanha-reforca-alerta-sobre-cesareas-desnecessarias>)*

Ora, se o próprio laudo pericial atesta que o parto cesáreo não era indicado à gestante, e, diante dos incontestáveis riscos que a cesariana acarreta, não há que se dizer que houve imprudência do médico em promover a indução parto.

Sobre a utilização do uso do fórceps, inexistente comprovação de que a conduta do profissional médico se deu em desacordo com o que preconiza a técnica médica, de modo que, se as circunstâncias exigiram a utilização do fórceps, eventual responsabilização do médico pelas sequelas sofridas pela criança somente seria possível caso constatado que o procedimento foi feito de maneira inadequada, o que não ocorreu na hipótese.

Assim, ausente a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do parto, pelo obstetra, a morte da parturiente e as sequelas irreversíveis sofridas pela criança, afastada a responsabilidade civil do médico.

Sobre a responsabilidade do Hospital, no entanto, tenho que se encontra caracterizada, ante a verificação de que o estabelecimento não dispunha de estrutura adequada para a realização do atendimento à gestante.

Vejamos excerto elucidativo do depoimento do Dr. Edivaldo Duarte Bomfim, médico obstetra responsável pelo parto, ao Conselho Regional de Medicina (fls. 34/37):

*“A equipe chegou a pensar em operar a paciente, mas diante do quadro já apresentado, e sem suporte de equipamentos para realizar a cirurgia, decidiram não operá-la, mesmo porque não tinha anestesista na cidade” (fl. 36)*

Perguntado ao depoente se havia sangue em estoque no banco de sangue, foi dito que:

“não havia, todo o sangue foi colhido pela bioquímica, naquela madrugada, com doadores habituados a fazer doação” (fls. 36/37)

Com efeito, as provas produzidas possuem robustez suficiente para demonstrar a falta de estrutura do hospital para lidar com uma emergência obstétrica ou pediátrica, hipótese em que a responsabilidade do hospital é objetiva.

Para ilustrar:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMORA NA REALIZAÇÃO DE PARTO. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. A doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais. **Na hipótese dos autos, trata-se de responsabilidade médica empresarial, uma vez que a parte-autora moveu a ação contra o hospital que lhe prestou os serviços. É a chamada responsabilidade objetiva, prevista no artigo 14 do CDC, mediante a qual responde objetivamente o nosocômio pelos danos causados aos seus pacientes, independentemente da culpa do lesante, fazendo-se necessária apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.** A obrigação assumida pelo médico é de meio, devendo este utilizar-se de toda a técnica disponível para o tratamento do paciente. Hipótese em que restou demonstrado cabalmente pela prova pericial que o atendimento prestado à parte-autora foi adequado, inexistindo nos autos qualquer elemento de convicção a indicar imperícia, imprudência ou negligência por parte dos réus. Inexistência do dever de indenizar. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70054017967, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/08/2013).

Assentada a responsabilidade do segundo acionado, evidente o direito à indenização pelos danos morais e materiais sofridos.

Consoante consagrado entendimento jurisprudencial, é devida a condenação em danos materiais, mediante pagamento de pensão aos familiares, sempre que a conduta danosa dos agentes tiver resultado em morte da vítima, independentemente do exercício de atividade remunerada desta à época do óbito.

O STJ entende, nestes casos, ser devida pensão mensal aos filhos menores, até o dia em que estes venham a completar 25 anos de idade, quando se presume a sua formação escolar, inclusive universitária, veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM RODOVIA. DANOS MORAIS. REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7ºSTJ. PENSAO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. EVENTO DANOSO. SÚMULA 54ºSTJ. (...) 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que é devida a pensão mensal aos filhos menores, pela morte de genitor, até a data em que os beneficiários completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade. (...) 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 569.117/PA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 03/12/2014)

De igual modo, também é devido o pensionamento mensal ao cônjuge supérstite, desde o evento danoso até a data em que a vítima completaria 70 anos de idade, considerando a expectativa média de vida do brasileiro na época do falecimento. Neste sentido:

PENSÃO MENSAL.DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA AUTORA EM RELAÇÃO AO SEU MARIDO.ARBITRAMENTO. AUSENTE PROVA DO VALOR PERCEBIDO PELO DE CUJUS.FIXAÇÃO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO.1. É devida pensão mensal à cônjuge supérstite da vítima em patamar condizente com o Salário Mínimo, quando inexistir nos autos prova da sua renda.2. Em consonância com o entendimento jurisprudencial vigente, dito pensionamento deverá recair sobre 2/3 (dois terços) do Salário Mínimo, vigorando desde o falecimento do de cujus até a data em que completaria 70 (setenta) anos ou em que a beneficiária vier a contrair novas núpcias. (TJ-PR - APL: 13573276 PR 1357327-6 (Acórdão), Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende, Data de Julgamento: 10/09/2015, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1660 01/10/2015)

Assim sendo, fixo, a título de danos materiais, pensão mensal no importe 2/3 do salário mínimo vigente a época do pagamento, com atualização, a partir do óbito, pelo IGP-M, e juros de mora de 1% ao mês. O pensionamento para o viúvo é devido até a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade, ao passo que para os filhos é devida até o momento em que completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade.

Sobre os danos morais, estes advêm do fato danoso em si, ou seja, da humilhação ou constrangimento público por ato alheio desnecessário ou do sentimento da perda de um ente querido, como na hipótese dos autos.

A reparabilidade do dano moral, alçada ao plano constitucional, no artigo 5º, incisos V e X da Carta Política, e expressamente consagrada na lei substantiva civil, em seus artigos 186 e 927, exige que o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitre, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

É salutar registrar que a fixação de indenização deve ser pautada na razoabilidade, a fim de que o Poder Judiciário não se transforme em um meio para enriquecer ilicitamente o lesado, fazendo com que este passe até mesmo a desejar novos acontecimentos que gerem “danos morais”, tudo com o escopo de receber vultosas indenizações.

Neste mister, impõe-se que o juiz atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como a intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta, da intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral do indivíduo deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Em verdade, a fixação de indenização por dano moral é tarefa árdua e inglória para o julgador, eis que terá que extrair das provas dos autos elementos capazes de quantificar o abalo à reputação do ofendido e expressá-lo pecuniariamente. Terá ainda o magistrado que aferir a capacidade financeira do ofensor e do ofendido para fixar o quantum indenizatório.

Sobre a fixação do ressarcimento do dano moral, acrescenta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, destacando que não pode ser excessivo ao ponto de ser fonte de enriquecimento sem causa, nem ínfimo a ponto de ser inexpressivo:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos é valioso ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento,



nem tão pequena que se torne inexpressiva” (in SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO DA, Instituições de Direito Civil, 8ª ed., Rio, Forense, 1986, vol. II, p. 67).

Servindo dos ensinamentos acima destacados, faz-se justo que a compensação do dano moral sofrido pelos apelantes deve ser fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em face das peculiaridades do caso e que, por certo, compensará o gravame por eles sofrido, diante da dor imensurável e eterna pela perda da esposa e mãe dos recorrentes.

O pedido para que os apelados sejam condenados ao pagamento de indenização ao menor José Vitor Guimarães dos Santos Carneiro, pelas lesões sofridas em decorrência do parto, no entanto, não comportam provimento, diante da ausência de comprovação de que as sequelas decorreram da má conduta médica.

Ademais, os laudos acostados às fls. 43/44 são de exames realizados quando o menor possuía apenas 1 ano de idade, não sendo possível aferir, com convicção, se a incapacidade apresentada pelo mesmo é de fato permanente.

Pelo exposto, voto no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO**, para, atendendo aos pedidos os iniciais, condenar o segundo apelado, **Hospital Regional João Campos**, ao pagamento de indenização por danos morais aos apelantes, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), pela morte da Sr. Mônica Guimarães Carneiro, bem como ao pagamento de pensão mensal no importe de 2/3 do salário mínimo vigente à época do pagamento, a incidir, a partir do óbito, atualização pelo IGP-M e juros de mora de 1% ao mês. O pensionamento para o viúvo é devido até a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade, ou até o seu decesso, ao passo que para os filhos é devida até o momento em que estes completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade. Condene, ainda, os apelados ao pagamento das custas e honorários advocatícios no percentual de 15 % (quinze por cento) sobre o valor da condenação, considerando, principalmente, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o zelo e o tempo exigido para o seu serviço.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0135071-15.2007.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Desª. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho, julgado em 10/2/2015**

**CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. DENEGAÇÃO, PELA SEGURADORA, DE VALORES DEVIDOS A SEGURADA ACOMETIDA POR INVALIDEZ PERMANENTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DA ALEGADA PRESCRIÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. SEGURADA APOSENTADA POR INVALIDEZ PERMANENTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO, CONSTATÁVEL EM DOCUMENTO VÁLIDO ORIUNDO DE ÓRGÃO OFICIAL - INSS (INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL). INVALIDEZ DEFINITIVA DE ORIGEM OCUPACIONAL E SUA IRREVERSIBILIDADE EVIDENCIADA EM LAUDO PERICIAL PRODUZIDO EM JUÍZO. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA DÚBIA. INTERPRETAÇÃO A FAVOR DO ADERENTE. COBERTURA SECURITÁRIA DE VIDA. VALOR A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA.**

**TERMO INICIAL. DATA DE CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DA SEGURADA POR INSS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL N.º 0135071-15.2007.8.05.0001**, da comarca de **SALVADOR**, em que figuram, como apelante, **COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A**, e, apelada, **AÍDA SILVA SANTOS ALVES**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da turma julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem divergência de votos, **rejeitar a preliminar suscitada e dar provimento parcial ao recurso, reformando, em parte, a sentença.**

### **RELATÓRIO**

A sentença de **fls. 167/173**, adotado o relatório, **julga improcedentes “Embargos à Execução”** oferecidos por **COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A**, nos autos da **“Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0031546-95.1999.805.0001”**, movida contra si por **AÍDA SILVA ALVES**, condenando a embargante a pagar à embargada quantia concernente ao prêmio por invalidez estipulado no Contrato de Seguro de Vida em grupo nº 405214-5, firmado entre as partes litigantes, custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor do débito.

**COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A.**, representada, interpõe recurso de apelação preparado, **fls. 176/193**, visando à reforma da sentença a julgar procedentes seus embargos à execução, sobretudo por ocorrência de prescrição do direito de ação da postulante, considerando o fato gerador da pretensão a data do sinistro, em 18 de julho de 1997 e o ajuizamento da ação em tela tão somente em 15 de abril de 1999, após o prazo prescricional, nos termos da Súmula nº 101 do STJ, *in verbis*: “*A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano*”, além do art. 206, §, inciso II, “a”, do Código Civil, ensejando a extinção do processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. Aduz, ainda, sobre a inexistência de direito da apelada ao pagamento do seguro, vez que não demonstrada a alegada invalidez total e permanente por acidente no exercício das suas funções; a invalidez permanente da postulante, decorrente de doença ocupacional ou não, não tem cobertura securitária; o contrato de seguro coletivo em tela, consoante apólice exibida, contempla tão somente seguro que se torna permanentemente inválido em decorrência de acidente pessoal (IPA); a atividade laboral da postulante ocasionou as lesões incapacitantes (DORT/LER) e, em consequência, sua invalidez, não podendo ser confundida com “acidente”; o contrato firmado entre as partes litigantes estabelece na Cláusula 3.1.2., *in verbis*: “*(...) Não se incluem no conceito de acidente pessoal as lesões decorrentes de: a) doenças (incluídas as profissionais), quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta e indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados, septicêmicos e embolias, resultando de ferimento visível; (...)*”; denegou o pagamento do prêmio do seguro no valor pleiteado considerando a apólice, a lei civil, artigos 757, 765 e 766 do Código Civil de 2002 e cláusulas contratuais avençadas. A apelada não se enquadra na hipótese de invalidez permanente e total descrita no contrato, não se tratando de cláusula dúbia. O contrato em tela não prevê pagamento de indenização em caso de doença, mais especificamente em se tratando de DORT/LER, moléstia degenerativa, não podendo ser considerada como evento

externo, súbito ou violento, tampouco com data perfeitamente caracterizada. A sua responsabilidade limita-se ao que está previsto na apólice de seguro. Restou comprovado que a apelada fora acometida de LER./DORT (lesão por esforços repetitivos) em decorrência de suas atividades laborais, tendo sido afastada do seu trabalho, caracterizando “invalidéz parcial permanente por doença”. A doença que vitimou a apelada não configura hipótese de invalidéz total por acidente de trabalho, eis que não a impede de exercer qualquer outra atividade similar compatível com seu problema. A sentença hostilizada, equivocadamente, reconhece que a invalidéz da postulante decorre de doença (lesão por esforços repetitivos – DORT/LER) de origem ocupacional, considerando incluída no conceito de acidente pessoal; sua condenação ao pagamento de prêmio não pactuado viola os artigos 757, 765 e 766 do Código Civil de 2002; inexigibilidade do título executado, uma vez que os riscos cobertos pelo contrato de seguro em tela não se materializaram, ensejando a procedência dos embargos à execução oferecidos. Na remota hipótese de manutenção da sentença guerreada, os juros de mora deverão ser computados a partir da citação, conforme artigo 219 do CPC, e a correção monetária a partir da propositura da ação, nos termos do § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 6899/1981, ou a partir da negativa do pagamento ou, ainda, da data do sinistro.

**AÍDA SILVA ALVES** oferece resposta pugnando por improvimento do recurso. **Fls. 198/210.**

Recurso distribuído para a Quarta Câmara Cível cabendo-me, por sorteio, a função de relatora.

É o relatório que submeto a censura de eminente Desembargador Revisor.

### VOTO

A presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso impõe seu conhecimento.

A preliminar suscitada, ora rejeitada, não merece acolhimento.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “*a ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano*” (Súmula nº 101).

Todavia a Súmula nº 229/STJ estabelece que: “*O pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*”, cujo entendimento é aplicável no caso sub examine. Ademais a Súmula nº 278/STJ estabelece: “*O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.*”

No caso sub examine, ao contrário do que alega a seguradora apelante, a postulante teve ciência inequívoca de sua incapacidade laboral em 1º de setembro de 1998, data em que foi concedida a aposentadoria por invalidez por Órgão Oficial/INSS, consoante documentos exibidos às **fls. 13 e 112**. A postulante formulou pedido administrativo de pagamento de indenização à seguradora apelante, sendo denegado em 15 de dezembro 1998, consoante correspondência de **fl. 20**, ocorrendo, então, o ajuizamento da ação executiva em 15 de abril de 1999, prazo inferior a um ano, restando evidente a inoccorrência da prescrição.

No mérito, assiste razão, em parte, à recorrente.

Trata-se de ação de execução de título executivo extrajudicial proposta por **AÍDA SILVA SANTOS ALVES** contra **COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A.**, pretendendo pagamento de indenização por invalidez permanente decorrente de doença, referente a contratação de seguro de vida em grupo e acidentes pessoais, apólice nº **405214-5**, **fls. 14/16**. A sentença hostilizada julgou improcedentes os embargos à execução oferecidos por **COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A**, contra a qual se insurge, através das razões de recurso em tela, alegando que denegou o pagamento do prêmio do seguro no valor pleiteado

considerando a apólice, a lei civil (artigos 757, 765 e 766 do Código Civil de 2002) e cláusulas contratuais avençadas, porquanto a cobertura postulada pela exequente não foi contratada, na medida em que o risco coberto e predeterminado no contrato entabulado entre as partes litigantes era referente a acidentes pessoais, sem garantia para cobertura de invalidez permanente decorrente de doença.

*In casu*, o benefício decorrente do referido contrato foi negado à segurada em 15 de dezembro de 1998, ao argumento de “Após concluída a reanálise de seu processo de sinistro, estamos comunicando a impossibilidade de efetuarmos o pagamento da indenização de seu Seguro Ouro Vida, tendo em vista que a patologia da qual é portadora, LESÃO CAUSADA POR ESFORÇO REPETITIVO – LER, se caracteriza como invalidez parcial, não enquadrando-se nas Condições da Garantia Adicional de Invalidez Permanente Total por Doença, para fins de indenização securitária, enquadrando-se apenas no conceito de Acidente de Trabalho. Por outro lado, a cobertura adicional de Invalidez Permanente por Acidente (IPA), constante nas normas para Seguro de Acidentes Pessoais da SUSEP, exclui do conceito de Acidente Pessoal as doenças profissionais (art. 1º, parágrafo 3º da circular SUSEP nº 29/91). Informamos ainda que a lesão por esforços repetitivos – LER, resultante de doença profissional, não encontra cobertura em nível de seguro privado, por se tratar de hipótese com cobertura única e exclusiva do Seguro Social.”, consoante correspondência exibida às fls. 19/20 (ação de execução).

No caso *sub examine*, observa-se que a apelada era bancária, desenvolvendo atividade que após anos de trabalho ensejou lesão por esforço repetitivo – LER, justificando concessão de benefício de aposentadoria por invalidez por INSS, decorrente de acidente de trabalho, em 1º de setembro de 1998, fl. 13 (ação de execução). Ao contrário do que alega a apelante, tal evento é considerado como acidente pessoal para fins de aposentadoria e seguro. Sendo assim, indubitosa a cobertura securitária na hipótese em comento, uma vez que o contrato de seguro em tela prevê cobertura dos riscos de invalidez permanente total ou parcial por acidente. Ademais, consta do laudo pericial produzido em juízo, fls. 312/326, que a postulante é portadora de LER, grau II, de origem ocupacional, considerada como portadora de invalidez parcial definitiva de origem ocupacional. Em que pese o perito não tenha dito expressamente tratar-se de invalidez total, o *expert* foi enfático ao afirmar que a probabilidade de reversibilidade do quadro da postulante é remota, vez que as patologias tendem a se agravar com a idade.

Inaceitáveis meros e frágeis argumentos da recorrente acerca da natureza do sinistro, afirmando tratar-se de doença ocupacional e não acidente pessoal, sendo tal distinção irrelevante para o deslinde da causa, sobretudo considerando precedente jurisprudencial do STJ, concluindo que a doença ocupacional se equipara a acidente pessoal para fins de cobertura securitária, *in verbis*:

**“SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. LEUCOPENIA. INCAPACIDADE PERMANENTE. – A inalação continuada de benzeno (leucopenia) inclui-se no conceito de acidente pessoal definido no contrato de seguro. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido e provido.”** (REsp 398047/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 07/03/2005 p. 260).

**“DIREITO CIVIL. SEGURO. MICROTRAUMAS. TENOSSINOVITE. ACIDENTE PESSOAL. COBERTURA SECURITÁRIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO ACOLHIDO. – Nos termos da orientação desta Turma, “inclui-se no conceito de acidente de trabalho o microtrauma repetitivo que ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão que causa incapacidade laborativa”.** (REsp 456456/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2003, DJ 17/03/2003 p. 237).



Mister destacar o princípio da boa-fé contratual, haja vista que, em se tratando de contrato de seguro, é imperiosa sua aplicação. A norma em questão, que estava retratada no artigo 1.443 do Código Civil de 1916 – “o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade...”, veio expressa no artigo 765 do Código Civil de 2002 com a seguinte redação: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” Nesse diapasão, segue a doutrina de Sergio Cavalieri Filho, que assim valora o princípio da boa-fé nas relações securitárias, *ipsis litteris*: “Chegamos, finalmente, ao terceiro e mais importante elemento do seguro – a boa-fé –, que é também o seu elemento jurídico. Risco e mutualismo jamais andarão juntos sem a boa-fé. Onde não houver boa-fé o seguro se torna impraticável. Se nos fosse possível usar uma imagem, diríamos que a boa-fé é a alma do contrato de seguro, o seu verdadeiro sopro de vida.”

Aplicável à espécie, o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, § 2º do CDC, in verbis: “**Art. 3º** Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (g.n.)

Inafastável a incidência e regulação do Código de Defesa do Consumidor, em vista de que se trata de típico contrato de adesão, de forma que possível a revisão, ante a manifesta fragilização da *pacta sunt servanda*, uma vez que o contrato, embora bilateral, resultou em margem mínima de discutibilidade por parte do aderente, detentor do crédito e, nessa condição, inferiorizado contratualmente. Por fim, convém trazer a lume, ainda, o disposto no art. 46 do CDC: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

A conclusão pericial do Instituto Nacional de Seguridade Social não foi elidida por prova em contrário da apelante. A apelada comprovou o ônus constitutivo de seu direito à percepção da indenização securitária (invalidez permanente por doença ocupacional/acidente de trabalho), não logrando, a seguradora, êxito quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora.

Inadmissível recusa da apelante em recepcionar a carta de concessão da aposentadoria por INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), preferindo negar o seguro sob alegação de “invalidez parcial por doença” sem qualquer fundamento e que não pode servir como respaldo para se inutilizar toda a prova documental robustamente produzida pela parte autora.

A seguradora que aceita a proposta real de seguro de vida em grupo e passa a receber pagamentos decorrentes do contrato assume o risco de pagar valores devidos a postulante, previstos na aludida apólice, ensejando a aplicação dos princípios basilares e gerais da boa-fé e do equilíbrio nas relações de consumo previstos no Código de Defesa do Consumidor, a estabelecer que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Acerca da interpretação dos contratos de seguro, a melhor jurisprudência tem entendido, de acordo com o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor que, em se tratando de contratos de adesão, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo favorável ao segurado, parte menos favorecida da relação contratual, cabendo à seguradora demonstrar que a situação fática posta não está abrangida pela cobertura contratada. Ainda, de acordo com o mencionado art. 46



do mesmo diploma legal, não obrigarão os consumidores os contratos sobre os quais não lhes for dada ciência prévia do conteúdo, assim como os que forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Desta forma, agiu corretamente o julgador ao condenar a seguradora ao pagamento de indenização securitária devida à postulante em face de sua invalidez permanente decorrente de acidente de trabalho, *in verbis*: “(...)” *A questão cinge-se sobre a negativa de pagamento de indenização securitária prevista em seguro de vida em grupo, em virtude da embargada ter sido acometida por acidente que lhe causou a invalidez permanente.* Primeiramente, cumpre ressaltar que a atividade securitária objeto dos autos está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante disposição do artigo 3º, § 2º, do CDC, devendo suas cláusulas obedecer às regras dispostas na legislação consumerista, de modo a evitar eventuais desequilíbrios entre as partes, especialmente em virtude da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. Neste entendimento, leciona Cláudia Lima Marques, in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais: “Resumindo, em todos estes contratos de seguro podemos identificar o fornecedor exigido pelo art. 3º do CDC, e o consumidor. Note-se que o destinatário do prêmio pode ser o contratante com a empresa seguradora (estipulante) ou terceira pessoa, que participará como beneficiária do seguro. Nos dois casos, há um destinatário final do serviço prestado pela empresa seguradora. Como vimos, mesmo no caso do seguro-saúde, em que o serviço é prestado por especialistas contratados pela empresa (auxiliar na execução do serviço ou preposto), há a presença do consumidor ou alguém a ele equiparado, como dispõe o art. 2º e seu parágrafo único. Portanto, os contratos de seguro estão submetidos ao Código de Proteção do Consumidor, devendo suas cláusulas estarem de acordo com tal diploma legal, devendo ser respeitadas as formas de interpretação e elaboração contratuais, especialmente a respeito do conhecimento ao consumidor do conteúdo do contrato, a fim de coibir desequilíbrios entre as partes, principalmente em razão da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.” O Código Civil, ao regular, de modo geral, o contrato de seguro, prevê, em seu art. 757, que: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.” Como cediço, o contrato de seguro, constitui espécie de negócio jurídico consensual, bilateral, que, na lição de ORLANDO GOMES: “origina para o segurador, como obrigação principal, a de cobrir o risco, e para o segurado, a de pagar o prêmio. A obrigação de cobrir o risco decorre da própria função do seguro, que consiste, como visto, na proteção do interesse do segurado em que se não verifique o acontecimento previsto no contrato, mas, em se verificando, que não sofra prejuízo”. (In *Contratos*. 18ª ed., Ed. Forense, 1998, p.421). O ilustre Sergio Cavalieri Filho, em sua festejada obra “Programa de Responsabilidade Civil”, 3ª edição, Malheiros Editores, p.364, doutrina que o contrato de seguro é aquele: “pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro”. No caso em apreço, a controvérsia instaurada no feito pela embargante consiste, em síntese, na ausência de configuração de risco eventualmente contratado, porque, a suposta invalidez declarada pelo autor não seria classificada como permanente total e, ainda que assim o fosse, decorreu de doença e não de acidente, estando excluída da cobertura. Em primeira linha de defesa, a embargante sustenta que, sendo o mal diagnosticado de origem ocupacional, se encontra expressamente excluído da cobertura securitária, por não se tratar de acidente, mas sim de doença. *In casu*, verifica-se que a embargada era bancária, desenvolvendo atividade que após anos de trabalho ensejou lesão por esforço repetitivo, LER, o que deu ensejo a aposentadoria por invalidez

junto ao INSS, esta decorrente de acidente de trabalho. Nesse sentido, não há dúvidas quanto ao acidente de trabalho sofrido pelo autor. Isto porque, de acordo com os documentos acostados aos autos e com o disposto no artigo 19 da Lei 8.213/91, acidente de trabalho é definido como aquele que “ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.” De outro lado, o artigo 21 da mesma legislação equipara o acidente de trabalho a doença contraída acidentalmente no exercício da atividade laboral, *in verbis*: Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão de obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado. Dessa forma, da interpretação literal dos dispositivos legais anteriormente mencionados, pode-se concluir que a enfermidade que acometeu a embargada, vale dizer lesão por esforços repetitivos – DORT/LER, está incluída dentro do conceito de acidente pessoal. O entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, igualmente defende que os microtraumas relacionados com os esforços laborais repetitivos que dão ensejo à invalidez permanente do segurado estão compreendidos no conceito de acidente pessoal conforme se depreende dos arestos a seguir colacionados: “SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. LEUCOPENIA. INCAPACIDADE PERMANENTE. – A inalação continuada de benzeno (leucopenia) inclui-se no conceito de acidente pessoal definido no contrato de seguro. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 398047/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 07/03/2005 p. 260). “DIREITO CIVIL. SEGURO. MICROTRAUMAS. TENOSSINOVI-TE. ACIDENTE PESSOAL. COBERTURA SECURITÁRIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO ACOLHIDO. - Nos termos da orientação desta Turma, “inclui-se no conceito de acidente de trabalho o microtrauma repetitivo que ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão que causa incapacidade laborativa”. (REsp 456456/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2003, DJ 17/03/2003 p. 237). Na mesma trilha, entendem os Tribunais de Justiça: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. INVALIDEZ. DOENÇA ADQUIRIDA EM RAZÃO DO TRABALHO QUE DESEMPENHAVA. ACIDENTE PESSOAL. COBERTURA SECURITÁRIA DEVIDA DE ACORDO COM O PACTUADO.” (Ape-

lação Cível Nº 70037266012, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/10/2010) “APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO (LER). ACIDENTE DO TRABALHO. INVALIDEZ PERMANENTE COMPROVADA. COBERTURA. RECONHECIDO QUE O SEGURADO ESTÁ INCAPACITADO PERMANENTE E TOTALMENTE PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA, PARA FINS SECURITÁRIOS, CUMPRE-LHE O RECEBIMENTO DO SEGURO CONTRATADO. PERCEPÇÃO REFORÇADA PELO FATO DO SEGURADO TER SIDO APOSENTADO POR INVALIDEZ PELO INSS. É DEVIDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. EQUIPARAÇÃO A ACIDENTES PESSOAIS. APELO PROVIDO. UNÂNIME.” (Apelação Cível Nº 70022357537, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 26/08/2010). “APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. SEGURO. RECUSA DA SEGURADORA AO PAGAMENTO. ACIDENTE DE TRABALHO EQUIPARADO AO ACIDENTE PESSOAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÕES PELO MESMO FATO GERADOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. APELOS. O STJ vem decidindo que as lesões por esforços laborais repetitivos, que provocam a invalidez permanente, sendo espécie de acidente de trabalho, se enquadram no conceito de acidente pessoal para fins securitários. Havendo previsão no contrato para risco decorrente de acidentes pessoais, impõe-se o pagamento da indenização. O fato gerador da obrigação de indenizar, sendo único, não pode ser considerado para cumular as indenizações por acidente pessoal e por doença. Não resta configurado nenhum ato ilícito a ensejar a reparação por dano moral.” (TJ/BA, 4ª C.C., Apelação Cível nº 19447-9/2008, Rel. Des. Paulo Furtado J. 21/5/2008). A segunda tese da embargante assenta na inexistência de comprovação do risco eventualmente contratado de invalidez permanente e total por acidente, sendo, portanto, indevida a indenização securitária. Para a análise desta alegação da defesa, é imprescindível o diagnóstico do *expert* no assunto, o Perito Judicial, valendo-se o Magistrado de tal posicionamento, então, para decidir a demanda. No caso ora em exame, verifico que os laudos da perícia coligido aos autos da Execução, em apenso, tombada sob o nº0031546-95.1999 (fls. 312/326), consignaram que a pericianda apresenta sintomas de dor aos movimentos, dormência, formigamento ou diminuição de força muscular nos membros superiores, sensação de cansaço, dor cervical e limitação funcional. Atesta que a autora apresenta sintomas sugestivos à síndrome do túnel do carpo e tendinopatia. Outrossim, conclui ainda o *expert* que a pericianda apresenta quadro de invalidez parcial definitiva de origem ocupacional. Somado ao laudo pericial, a farta documentação de exames e relatórios médicos colacionados nos autos comprovam a invalidez permanente por doença da acionada, principalmente o parecer da junta médica da própria ré e a concessão da aposentadoria pelo INSS (fls. 11 a 58). Contudo, em que pese a perícia não classificar a doença da embargada em invalidez total, o *expert* foi contunde em afirmar que a probabilidade de reversibilidade, ainda que exista, é remota e que todas as patologias tendem a piorar com a idade e não será surpresa se tal fato acontecer. Diante de tão robusta afirmação, cabe destacar o sentido da expressão “invalidez permanente total por doença”. Devem, pois, ser caracterizadas as patologias das quais não se possa esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação, de modo a assegurar ao doente a possibilidade de exercer a sua atividade laborativa principal. É, até, nesse sentido a determinação constante na Circular Susep nº 302, editada pelo Ministério da Fazenda, a qual regulamenta as regras complementares de funcionamento e os critérios para operação das coberturas de risco oferecidas em plano de seguro de pessoas. O art. 15, § 1º, dispõe: “Para todos os efeitos desta

norma é considerada invalidez laborativa permanente total por doença aquela para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação, com recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua contestação, para a atividade laborativa principal do segurado.” Outrossim, muito embora a aposentadoria por invalidez possa ser cancelada por fato superveniente, é lógico que, quando o INSS concede esse benefício, há o pressuposto de que a invalidez é permanente, vez que, se assim não fosse, concederia outro benefício para invalidez temporária, o auxílio-doença. De mais a mais, a jurisprudência há muito já vem decidindo que a concessão de aposentadoria por invalidez pelo INSS é prova relevante, dispensando qualquer outra. Colhe-se: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - SEGURO DE INVALIDEZ TOTAL POR DOENÇA - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PELO INSS - PROVA SUFICIENTE PARA ATESTAR A INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE DO SEGURADO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. 1. A concessão da aposentadoria por invalidez pelo INSS é comprovação clara e suficiente da invalidez permanente e total do segurado, sendo devida, portanto, a indenização contratada. 2. Tratando-se de responsabilidade contratual, incide o disposto nos artigos 394 e 397 do Código Civil. Dessarte, efetivada a constituição em mora com o recebimento do aviso de sinistro, o termo inicial de incidência dos juros de mora deu-se no prazo previsto para o pagamento da cobertura securitária (30 dias a contar do aviso de sinistro). 3. A correção monetária não deve proporcionar remuneração ao capital, mas simplesmente recuperar o poder aquisitivo do montante a ser recebido frente à inflação, tarefa a que se presta o índice postulado pelo Apelante, qual seja, o INPC. 4. Os honorários fixados no despacho inicial da execução para o caso de pronto pagamento (sem embargos) não devem ser cumulados com os honorários de sucumbência fixados na sentença que rejeitou os embargos. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. AC 4270526 PR 0427052-6. Antonio Ivair Reinaldin. 9ª Câmara Cível. (grifei) Logo, tendo a segurada sido acometida por doença comprovadamente sem chances de recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis, deve ser considerada a invalidez total e não parcial, estando, portanto, a embargada coberta pelo contrato de seguro. Por fim, importa dizer que, no caso de contrato de seguro, o perigo de ocorrer o dano motivado sempre existe e a indenização é devida a partir do momento em que aquele dano potencial se converte em dano efetivo. Disso resulta que o pagamento da indenização nada mais é do que a “materialização” em pecúnia do serviço de tutela que o segurador está obrigado a prestar ao interesse do segurado – segurança patrimonial caso venha a sofrer dano pela ocorrência de determinado evento – desde a celebração do contrato de seguro. A Profª Maria Helena Diniz diz, a respeito do contrato de seguro: “O risco consistirá num acontecimento futuro e incerto, que poderá prejudicar os interesses do segurado, provocando-lhe uma diminuição patrimonial evitável pelo seguro, e a indenização é a importância paga pela seguradora ao segurado, compensando-lhe o prejuízo econômico decorrente do risco assumido na apólice pela seguradora”. (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, volume 4 – Editora Saraiva – 2ª Edição – 1996.) O contrato de seguro tem por característica ser bilateral, uma vez que os contratantes se obrigam reciprocamente. O segurado assume a obrigação de pagar o prêmio, não agravar o risco, dentre outras. Já o segurador tem por principal obrigação o pagamento do valor contratado em caso de ocorrência do sinistro. O nascimento da obrigação de indenizar, entretanto, retroage ao momento da ocorrência do sinistro, visto que este se constitui no objeto do contrato sub examine. Nesse sentido, segue a orientação jurisprudencial do STJ: “RECURSO ESPECIAL. SEGURO. BENEFICIÁRIO. LAPSO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. DATA DO SINISTRO. FLUÊNCIA. PRAZO. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA. A indenização prevista em con-



trato de seguro torna-se juridicamente exigível pelo beneficiário no momento em que ocorre o sinistro, ocasião em que começa a fluir o prazo prescricional da pretensão de cobrança da indenização. Se formulado requerimento administrativo, haverá suspensão da fluência até a ciência inequívoca da recusa do pagamento pela seguradora, quando voltará a correr normalmente”. (REsp 685.859/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 07/11/2005 – grifo acrescido). Por fim, rejeito o pedido de condenação em litigância de má-fé formulado pela embargada, uma vez que não vislumbro qualquer das causas estabelecidas no art. 17 do CPC, justificadoras da aplicação da multa legal (art. 18 CPC). Em harmonia com o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, fundamentada nos dispositivos legais e precedentes jurisprudenciais supracitados, na forma no art. 745 e seguintes do CPC, JULGO IMPROCEDENTES os embargos à execução e, atendendo ao princípio da sucumbência, levando em conta o disposto nos arts. 20 e seguintes do CPC, condeno o embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor do débito, levando-se em consideração o grau de zelo e trabalho desenvolvidos. Publique-se. Intime-se. Transitado em julgado, arquivem-se ou autos.”

Assiste razão à seguradora recorrente no tocante ao termo inicial de incidência dos juros de mora e correção monetária. Em que pese a omissão na sentença guerreada, tratando-se de matéria de ordem pública, admissível a fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação por tratar-se de responsabilidade civil contratual, nos termos do art. 405 do Código Civil, à razão de 0,5 % (meio por cento) ao mês até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e 1% (um por cento) ao mês a partir de então. A correção monetária deverá incidir a partir da data em que foi concedida pelo INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) a aposentadoria por invalidez à recorrida, em 1º de setembro de 1998, fl. 13 (ação de execução).

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, reformando, em parte, a sentença, tão somente a fixar o termo inicial dos juros de mora a partir da citação, à razão de 0,5 % (meio por cento) ao mês até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, 1% (um por cento) ao mês a partir de então e correção monetária a partir da data em que INSS concedeu a aposentadoria por invalidez à postulante (1º de setembro de 1998).

\*\*\*\*\*

TJBA – Apelação Cível nº 0002734-66.2011.8.05.0213, Quinta Câmara Cível, Relator (a): Desª. Ligia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 21/6/2016

**APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA AUTORA ACOLHIDA. NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DA EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE A AUTORA E O *DE CUJUS*. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA POR CONTA DE EVENTO DANOSO CORRESPONDENTE AO ÓBITO DO SUPOSTO COMPANHEIRO DA AUTORA EM VIRTUDE DE CONDUTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO PREPOSTO DA RÉ. AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA COMPROVAÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE ATIVA APÓS IMPUGNAÇÃO DE TAL CONDIÇÃO NAS PEÇAS DE DEFESA. CONDENAÇÃO DA AUTORA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA COM SUSPENSÃO DA COBRANÇA POR CONTA DA CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**



**GRATUITA. APELO DA PARTE RÉ CONHECIDO E PROVIDO COM A REFORMA DA SENTENÇA A QUO E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.**

Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora acolhida. Condição de companheira não comprovada nos autos. Ausência de titularização quanto à pretensão de direito material.

Ação indenizatória ajuizada com base em evento danoso correspondente ao óbito do suposto companheiro da Autora, após acidente automobilístico causado por ato culposo atribuível exclusivamente ao preposto da Ré/Companhia Alagoana de Refrigerantes.

Denúnciação à lide quanto à seguradora Porto Seguro Cia de Seguros Gerais por conta da celebração de contrato de seguro com a Ré/Companhia Alagoana de Refrigerantes

Documentação que instrui a peça inicial impugnada em sua forma e conteúdo, pelas Rés, com a não realização de instrução probatória visando à colheita de prova oral para comprovação da condição de companheira da Autora. Não ajuizamento de Ação Declaratória pela Autora para prova da existência da relação jurídica de União Estável com o extinto art. 4º do vigente, à época, CPC. Ilegitimidade ativa *ad causam* que se impõe.

Quando sucumbente a Autora, os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o art. 85, § 2º, CPC/2015, levando em consideração a proporcionalidade do *quantum* a ser arbitrado com o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Suspensão da cobrança por conta da concessão da assistência judiciária gratuita.

Acolhimento da preliminar suscitada no Apelo da Ré, com seu provimento, reformando-se a sentença *a quo*, com a extinção do processo sem resolução de mérito, e imposição à Autora dos ônus sucumbenciais.

**ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002734-66.2011.8.05.0213, de Ribeira do Pombal/BA, em que são Apelante e Apelada PORTO SEGURO CIA DE SEGUROS GERAIS e JISOLEIDE FERREIRA DO NASCIMENTO, respectivamente.**

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, **em acolher a preliminar suscitada de ilegitimidade ativa *ad causam* e DAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela parte Ré/Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, reformando-se a sentença *a quo* com a extinção do processo sem resolução de mérito, de acordo como voto desta Relatora.**

**RELATÓRIO**

**Trata-se de Ação de Indenização Por Danos Materiais cumulada com Danos Morais movida por Jisoleide Ferreira do Nascimento em face de Companhia Alagoana de Refrigerantes, pugnando pela condenação da Ré, com a imposição da obrigação indenizatória quanto aos danos morais e materiais em valores a serem judicialmente arbitrados, e ônus da sucumbência.**

Apresentada defesa pela **Companhia Alagoana de Refrigerantes**, esta denunciou a lide à **Porto Seguro Cia de Seguros Gerais**, que, aceitando a denúncia passou a figurar no polo passivo, apresentando peça contestatória.

No mais, adoto como próprio o relatório da sentença de fls. 248/253, acrescentando que o D. Juízo a quo julgou procedente os pedidos formulados na exordial, para condenar, **solidariamente**, as Rés ao “..... pagamento de R\$50.000,00, como reparação dos danos morais, quantia que entendo como suficiente dentro do contexto em tela, com juros de 1% e correção pelo INPC a partir do arbitramento. Condeno ainda a parte demandada, **solidariamente**, a pagar a quantia referente ao dano material, lucro cessante, no valor correspondente ao acúmulo de um salário mínimo mensal (conforme pleito de fl. 21) que iriam ser recebidos pelo falecido, desde a data de seu falecimento até a data/ expectativa de vida do falecido, de 73 anos, **tendo como base a vida média do brasileiro segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE**. Poderá ser pago tal valor em montante único ou constituído capital para o pagamento mensal ou, alternativamente, inclusão em folha de pagamento ou, ainda, o pagamento direto/mensal, retroagindo ao evento danoso. Resta condenado, ainda, **solidariamente**, ao pagamento das custas e honorários de sucumbência, em 10% sobre o valor da condenação, a ser pago pelo demandado. Importante mencionar que a condenação solidária acima descrita será devida pela seguradora **Porto Seguro CIA de Seguros Gerais** no limite e nas condições estabelecidas e contratadas na apólice realizada entre as requeridas, fls. 142/143, cabendo a **Companhia Alagoana de Refrigerante** a responsabilidade pelo pagamento não coberto pelo seguro.”

Irresignada, a Ré/Porto Seguro Cia de Seguros Gerais interpôs Recurso de Apelação às fls. 308/323, arguindo preliminarmente a ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora e a nulidade da sentença proferida, tendo em vista o cerceio de seu direito de defesa e, no mérito, a ausência dos requisitos da obrigação indenizatória e a obrigatoriedade da observância dos limites do contrato de seguro celebrado com a Ré/Companhia Alagoana de Refrigerante.

Pugnou pelo provimento do Apelo, para reformar a sentença e extinguir-se o processo sem resolução de mérito, ou para anular a sentença *a quo* por cerceio do seu direito de defesa, ou, alternativamente, reformá-la, julgando-se improcedentes os pedidos elencados na peça exordial, e em sendo esta mantida, a observância dos limites da contratação celebrada com a Ré/Companhia Alagoana de Refrigerante.

Devidamente intimadas, a Autora e a Ré/ Companhia Alagoana de Refrigerante **não apresentaram** contrarrazões, conforme certidão de fls. 330.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

## VOTO

**Inicialmente pondero que conforme preconiza o Enunciado Administrativo número 2, de 16/3/2016, do Colendo STJ, os pressupostos de admissibilidade do presente Recurso de Apelação serão verificados à luz do Código de Ritos Pátrio de 1973.**

**Enunciado Administrativo nº 2** - “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

Assim, o recurso é tempestivo e atende, ainda, aos demais pressupostos de admissibilidade extrínsecos e intrínsecos, devendo ser conhecido.

**Outrossim, passo à análise da preliminar suscitada pela Ré/Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, ACOLHENDO-A pelas razões a seguir.**

A Ré/Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais argui preliminar de carência de ação em virtude da ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora, posto que não seria esta titular da pretensão material oponível às Rés.

O cerne da questão acerca da legitimidade ativa *ad causam* da Autora está centrada na existência ou não da União Estável entre a mesma e o *de cujus* Valternei Bitencourt Oliveira.

A bem da verdade, a presente ação foi ajuizada pela Autora, que se intitula companheira do Sr. Valternei Bitencourt Oliveira, falecido por conta de acidente automobilístico causado por ato culposo atribuível exclusivamente ao preposto/funcionário da Ré/Companhia Alagoana de Refrigerante. De tal fato (união estável), teria nascido a pretensão indenizatória da Autora.

Contudo, a análise dos autos revela que a Autora **não logrou êxito** na comprovação da sua condição de companheira, uma vez que os únicos documentos juntados com a peça vestibular às fls. 26, 31, e 52/56 **não se prestam** a tal desiderato, senão vejamos:

O documento de fls. 26 trata de declaração preenchida **unilateralmente** pela Autora - conforme se verifica da análise e confronto da grafia da mesma com os de fls. 23 (instrumento de mandato) e de fls. 25 (declaração de pobreza) -, inexistindo, por consequência a concordância expressa do extinto com a “inclusão” da mesma como componente de sua família.

Quanto ao documento de fls. 31, apesar de preenchido pelo falecido - como se atesta da assinatura do mesmo em confronto com o documento/RG de fls. 28-, **não induz inequivocamente** ser a Autora, à época, sua companheira, já que poderia estar inclusa na condição de v.g. namorada, amiga etc.

Os documentos de fls. 52/56 (declarações particulares de terceiros acerca da união estável) tratam de documentos particulares **unilaterais** confeccionados em data posterior ao óbito do Sr. Valternei Bitencourt Oliveira, cabendo à interessada em sua veracidade (Autora) o ônus de provar o fato (união estável) a teor do art. 368 do, à época, vigente Código de Ritos Pátrio.

**CPC/1973 - “Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.**

Parágrafo único. Quando, todavia, **contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato**, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, **competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.**” Grifos inseridos.

Não se poderá, até, olvidar que, no momento processual oportuno, **as Rés impugnaram, em seu conteúdo e forma**, a força probante dos documentos de fls. 26, 31, e 52/56, suscitando em suas peças de resistência as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora.

Ademais, digno de destaque, que causa estranheza a esta Relatora, o fato da Autora, apesar de haver convivido por supostos oito anos com o *de cujus* Valternei Bitencourt Oliveira, **não ter trazido aos autos** a comprovação de sua habilitação como companheira para fins percepção do benefício previdenciário (pensão por morte), mesmo sendo tal condição de companheira impugnada pelas Rés, ou documentos outros com tal propósito (V.g. fotografias, correspondências para mesmo endereço, inclusão da Autora como dependente IR e INSS etc). **Também nenhuma prova oral foi colhida nos autos com tal objetivo, por haverem as partes a dispensado.**

Igualmente a ser considerado dentro do contexto probatório que o *de cujus* Valternei Bitencourt Oliveira conforme declaração de próprio punho, acostada às fls. 31, atesta ser seu endereço residencial a Rua Aristides Bitencourt, nº 20; contudo declaração de próprio punho, desta feita da Autora, e documento de fls. 26 revelam **que esta reside em endereço distinto**, qual seja a Rua José Luiz Ferreira, s/n. Tal circunstância isoladamente poderia ser mínima, todavia em cotejo com o arcabouço probatório, vital relevância revela.

Portanto, **não estando** a condição de companheira da Autora **satisfatoriamente provada** nos autos e sendo esta prejudicial ao acolhimento do pedido aduzido na peça exordial, poderia a

mesma ter requerido a suspensão do processo (art. 265, inciso IV, letra a, CPC/1973) e manejo da Ação Declaratória conforme art. 4º da vigente, à época, Lei Adjetiva Pátria, **contudo assim também não procedeu.**

**CPC/1973 - “Art. 4º -** O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

**CPC/1973 - “Art. 265.** Suspende-se o processo:

(.....)

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;”

**Por consequência, não restando provada nos autos a união estável, ou seja, a questão prejudicial decorrente da relação não eventual, pública e duradoura, entre o de cujus e a Autora, ausente a sua legitimidade ativa *ad causam*, compelindo-se o acolhimento da preliminar suscitada com provimento à presente Apelação e reforma da sentença proferida pelo Juízo *a quo*, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito.**

Neste sentido, os julgados a seguir transcritos.

“**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS RESULTANTES DA MORTE DE PACIENTE - **DEMANDA PROPOSTA PELA COMPANHEIRA DO FALECIDO – LEGITIMIDADE ATIVA SUBORDINADA À PROVA DA OCORRÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL.** União estável suscitada como mera questão incidental. Possibilidade. Agravo de instrumento não provido.” (TJ-SP – Agravo de Instrumento AI 20026258520148260000 SP. Publicado em 02.04.2014). Grifos acrescidos.

“**Ementa:** ADMINISTRATIVO – FGTS – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – TITULAR FALECIDO. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO- NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. LEIS Nº 6.858 /80 E LEI Nº 8.036 /90. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Trata-se de ação proposta por companheira de titular falecido, objetivando a aplicação de índices expurgados sobre o saldo da conta vinculada do de cujus. 2. **Não restou comprovada a condição de companheira**, tampouco ser dependente, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.858 /80 e art. 20, IV da Lei nº 8.036 /90. 3. **Ausência das condições da ação: legitimidade ativa *ad causam* (art. 267, VI do CPC).** 4. Sentença de improcedência: não demonstração do fato constitutivo do direito. Aplicação do disposto no art. 333, I do CPC. 5. Recurso desprovido. Sentença mantida por outro fundamento.” (TRF-2 – APELAÇÃO CÍVEL AC 200451100067429 RJ. Publicado em 11.09.2009). Grifos acrescidos.

Sendo acolhida a preliminar suscitada no Apelo, **restam prejudicadas** as demais alegações relativas ao mérito.

No que tange ao pedido de condenação da Autora ao pagamento de honorários advocatícios da sucumbência, sabe-se que o art. 85, § 2º, do CPC/2015 estabelece que os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Julgador, atendidos os critérios de grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e complexidade da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço, no percentual mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação.

Considerando todos os aspectos acima elencados, entendo adequada e proporcional a condenação da vencida ao pagamento do percentual de 10% sobre o valor da causa, que restará



suspenso por conta do deferimento da assistência judiciária gratuita pelo Juízo a quo, o que mantenho neste momento processual.

Ante o exposto, voto no sentido de **ACOLHER A PRELIMINAR suscitada** de carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam* da Autora, **DANDO PROVIMENTO à Apelação**, a fim de reformar a sentença *a quo* e extinguir o processo sem resolução de mérito.

Condeno a Autora vencida, ainda, ao pagamento dos honorários sucumbenciais no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspendendo a cobrança pelo prazo de cinco anos, tendo em vista a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000711-08.2013.8.05.0269, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julgado em 26/10/2015**

EMENTA: RELAÇÃO CÍVEL. APELAÇÃO EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C ALIMENTOS. DIREITO DE FAMÍLIA. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVAS DA CONSTITUIÇÃO DE *ANIMUS FAMILIAE*, RESPEITO MÚTUO, LEALDADE, ASSISTÊNCIA MATERIAL E MORAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONFIGURAÇÃO DE MERO NAMORO. PROVAS TESTEMUNHAIS CONTUNDENTES EM INFORMAR O TIPO DE RELACIONAMENTO HAVIDO ENTRE AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. INOBSERVÂNCIA DA NECESSIDADE. PARTILHA. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DO NÃO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

*I. Na demanda em exame, é fato incontroverso que o suplicante e a suplicada relacionaram-se afetivamente pelo período médio de 2 (dois) anos, todavia esse relacionamento não pode ser considerado união estável porque não obedece a todos os requisitos exigidos legalmente, mais especificamente a continuidade, a durabilidade e a intenção de constituir família.*

*II. Da análise dos autos, verifica-se que a requerente, apesar de seu grande esforço em tentar comprovar a vida em comum com o requerido, não logrou demonstrar tal fato de forma consistente, senão vejamos.*

*III. A prova testemunhal produzida não elucida de forma clara a existência da pretendida união estável, gerando dúvidas sobre a mesma, senão vejamos.*

*IV. Com efeito, a autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, na forma do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, uma vez que as provas documentais e testemunhais não comprovaram que a suplicante e o suplicado viveram em regime de união estável, convivendo com respeito mútuo, lealdade e assistência material e moral recíproca, como se marido e mulher fossem, principalmente porque não há provas da tentativa de instituir família. Verifica-se, assim, que as alegações da requerente são desarrazoadas e não merecem prosperar.*

*V. Deste modo, nota-se dos autos que o relacionamento entre os litigantes, apesar de ter durado uma média de 2 (dois) anos, não passou de um namoro sem o in-*



*tuito de constituição familiar, o que descaracteriza a união estável pretendida.*

*VI. No caso em comento, resta imperioso ressaltar que não há provas suficientes da existência de união estável entre a requerente e o demandado, não sendo a prova testemunhal trazida pela parte autora capaz de formar qualquer juízo a seu favor.*

*VII. Ressalte-se, ainda, que, pelos depoimentos das testemunhas, ambos os litigantes possuíam relacionamentos com outras pessoas e que os mesmos faziam trocas de casais, o que impede o reconhecimento do animus familiae.*

*VIII. No caso sub examine, não há provas referentes ao animus familiae, pois inexistente qualquer conta conjunta aberta pelas partes, não há qualquer referência da existência de plano de saúde com dependência, não se desvelam nos autos qualquer declaração de dependência no Imposto de Renda e, principalmente, a soma dos projetos afetivos não demonstram a tentativa de construção de uma família, não havendo que se falar em tentativa de formação de uma instituição familiar.*

*IX. Saliente-se que nada mais era preciso dizer, até porque a parte autora não conseguiu indicar provas firmes sobre a pretendida união estável.*

*X. Frise-se, ademais, que ambas as partes têm suas profissões e seus bens, o que desvela a desnecessidade de fixação de alimentos em favor de uma das partes.*

*XI. Não comprovada a existência de união estável entre as partes, descabido é o pedido de alimentos e de partilha dos bens.*

*XII. Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 0000711-08.2013.805.0269, da Comarca de Uruçuca, em que são apelante e apelado, respectivamente, RAQUEL ABRE-NHOSA DA SILVA e VOLKER GEORG WELLISCH.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, pelos motivos adiante expendidos.

## RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável c/c Alimentos e Partilha proposta por RAQUEL ABRE-NHOSA DA SILVA em desfavor de VOLKER GEORG WELLISCH, objetivando o reconhecimento e dissolução da união estável havida entre as partes, bem como a condenação do demandado a pagar à demandante alimentos e a partilha dos bens constituídos durante o convívio.

Adota-se como próprio o relatório da sentença recorrida constante das fls. 375/379, acrescentando que o eminente magistrado singular julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Inconformado, recorreu a autora com razões de fls. 380/393, alegando que comprovou a existência da união estável por meio de testemunhas e documentos.

Salientou, ademais, que não tinha conhecimento de outros relacionamentos do réu, bem como não anuiu com abertura do relacionamento tido entre os ora litigantes.

Sustentou, ainda, que apoiou profissionalmente o requerente na sua atividade profissional, em movimentações financeiras que giram em torno de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Aludiu, também, que “a partir do documento de fls. 227 (referente ao ano calendário), que coincide com o ápice do relacionamento entre as partes, percebe-se um incremento na sua renda anual declarada – no importe de R\$ 32.297,85 (trinta e dois mil, duzentos e noventa e sete reais e oitenta e cinco centavos), ou seja, um incremento relativo de quase 50%, o que só reforça o fato de que a boa qualidade da vida comum repercutiu sim na vida econômica do réu e de seus negócios, como se vê a fl. 233 também, algo que se repetiu no exercício seguinte.”

Diante de tais considerações, pugnou pelo conhecimento e recebimento do recurso para que, ao final, seja reformada a sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Devidamente intimado, o recorrido apresentou contrarrazões às fls. 395/407, alegando que “os documentos de fls. 22/43, onde aparecem juntos os nomes da apelante e do apelado, são objetos de uma fraude montada a fim de tentar induzir o juízo em erro e criar provas para uma inexistente união estável.”

Frisou, em seguida, que “as fotos evidenciam que houve uma relação – e isso não nega o apelado; todavia, relação sem estabilidade e animus maritalis.”

Argumentou, ainda, que “era de conhecimento de todos que as partes participavam de festas em que se relacionavam com outras pessoas e no caso da apelante, esta inclusive mantinha, desde antes de iniciar o relacionamento com o apelado e durante este, relação homoafetiva que era com naturalidade de conhecimento do apelado.”

Ressaltou, outrossim, que o relacionamento firmado entre as partes não durou 3 (três) anos e que os documentos de prova da autora foram fraudados.

Nesses termos, pugnou pelo improvimento do recurso.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

## VOTO

Presentes as condições de admissibilidade do recurso, dele conheço.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 226, § 3º, a união estável como instituto protegido pelo Estado como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, sempre que possível, conforme restou regulamentada pelas leis nº. 8.971/94 e 9.278/96 e consagrada pelo Código Civil de 2002. Nesse sentido, considera-se união estável a relação fática que preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos referidos no art. 1º da Lei 9.278/96, reproduzidos no. 1.723, *caput*, e art. 1.724 do CC/02:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. (Lei nº. 9.278/96).

Segundo leciona Euclides de Oliveira<sup>10</sup> “A situação de convivência em união estável exige prova segura para que se reconheça sua existência e se concedam os direitos assegurados aos companheiros”. Para esse autor, os requisitos legais devem estar conjuntamente presentes, não bastando a comprovação de uma ou algumas das características que elenca, quais sejam: “a) convivência, b)

10 União Estável, do Concubinato ao Casamento, 6ª edição, editora Método, p. 149, 2003.

*ausência de formalismo, c) diversidade de sexos, d) unicidade de vínculo, e) estabilidade: duração, f) continuidade, g) publicidade, h) objetivo de constituição de família e i) inexistência de impedimentos matrimoniais*<sup>11</sup>.

Em síntese, a união estável tipifica-se pela presença dos seguintes elementos: diversidade de sexo; ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros; convivência more uxorio pública, contínua e duradoura; e constituição de família.

Desse modo, não é qualquer relacionamento entre homem e mulher que gera a união estável, porquanto deve ser suficientemente provada a convivência pública, contínua, duradoura, e com a intenção de constituir família.

Com efeito, a configuração de uma entidade familiar depende da presença desses fatores para sua caracterização que, analisados conjuntamente, impõe ou não seu reconhecimento, incumbindo ao autor da demanda o ônus da prova do fato constitutivo do direito buscado, nos exatos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. E, desse ônus, a parte autora não se desincumbiu.

Na demanda em exame, é fato incontroverso que o suplicante e a suplicada relacionaram-se afetivamente pelo período médio de 2 (dois) anos, todavia esse relacionamento não pode ser considerado união estável, porque não obedece a todos os requisitos exigidos legalmente, mais especificamente a continuidade, a durabilidade e a intenção de constituir família.

Da análise dos autos, verifica-se que a requerente, apesar de seu grande esforço em tentar comprovar a vida em comum com o requerido, não logrou demonstrar tal fato de forma consistente.

A prova testemunhal produzida não elucida de forma clara a existência da pretendida união estável, gerando dúvidas sobre a mesma, senão vejamos:

Com efeito, a autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, na forma do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, uma vez que as provas documentais e testemunhais não comprovaram que a suplicante e o suplicado viveram em regime de união estável, convivendo com respeito mútuo, lealdade e assistência material e moral recíproca, como se marido e mulher fossem, principalmente porque não há provas da tentativa de instituir família. Verifica-se, assim, que as alegações da requerente são desarrazoadas e não merecem prosperar.

Deste modo, nota-se dos autos que o relacionamento entre os litigantes, apesar de ter durado uma média de 2 (dois) anos, não passou de um namoro sem o intuito de constituição familiar, o que descaracteriza a união estável pretendida.

No caso em comento, resta imperioso ressaltar que não há provas suficientes da existência de união estável entre a requerente e o demandado, não sendo a prova testemunhal trazida pela parte autora capaz de formar qualquer juízo a seu favor.

Ressalte-se, ainda, que, pelos depoimentos das testemunhas, ambos os litigantes possuíam relacionamentos com outras pessoas e que os mesmos faziam trocas de casais, o que impede o reconhecimento do *animus familiae*.

Resta imperioso citar os ilustres doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que, à pág. 394 de sua obra, apresentam como alguns dos sinais configuradores do *animus familiae* na união estável, que devem ser apreciados: a) soma de projetos afetivos, 'pessoais e patrimoniais; b) soma de empreendimentos financeiros com esforço comum; c) existência de conta conjunta; d) declaração de dependência no Imposto de Renda; e) planos de saúde.

No caso *sub examine*, não há provas referentes ao *animus familiae*, pois, inexistente qualquer conta conjunta aberta pelas partes, não há qualquer referência da existência de plano de saúde com dependência, não se desvelam nos autos qualquer declaração de dependência no imposto de

11 Op. cit., p. 122.

renda e, principalmente, a soma dos projetos afetivos não demonstram a tentativa de construção de uma família, não havendo que se falar em tentativa de formação de uma instituição familiar.

Nesse prisma, segue o entendimento jurisprudencial pacífico que corrobora com os argumentos supramencionados, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO DE MERO NAMORO.

Se a prova coligida nos autos reflete que a relação mantida entre as partes não ultrapassou um mero namoro, deixando de preencher requisito fundamental para a configuração da união estável – o ânimo de constituir família –, cumpre confirmar a sentença de improcedência.

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (TJRS – 8ª Câmara Cível, APC nº. 70043149251, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 03.11.2011).

Na mesma linha de raciocínio:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. *AFFECTIO MARITALIS*. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e deve indicar uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*, que no caso inexistiu. 3. Ficando comprovado que a publicidade do relacionamento era de namoro, ainda que com intimidade, pois, por vezes, a autora pernoitava na casa do de cujus, mas ausente prova cabal da residência sob o mesmo teto e da intenção de constituir família, a improcedência da ação se impõe. Recurso desprovido. (TJRS – 7ª Câmara Cível, APC nº. 70037792975, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28.09.2011).

Nesse diapasão:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPROVAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA. SIMPLES NAMORO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Consoante exegese do artigo 1º, da Lei 9.278/96, e artigo 1.723 do Código Civil, o reconhecimento de união estável, como entidade familiar, pressupõe a existência de prova firme, cabal e segura, positivando a convivência duradoura, ostensiva e contínua entre homem e mulher, dando aparência pública de casados, não se confundindo com simples namoro. 2. A ausência de comprovação de tais pressupostos, cujo ônus é da parte autora, nos moldes do inciso I, artigo 333, I, do CPC, dá ensejo à rejeição do pedido. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT – 1ª Turma Cível, APC nº. 20090111203613, Rel. Des. Sandoval Oliveira, j. 16.03.2011).

Da mesma forma, segue a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. INEXISTENTE PROVA DE QUE A RELAÇÃO ALEGADAMENTE MANTIDA PELA AUTORA E PELO FALECIDO SE REVESTIU DAS CARACTERÍSTICAS DE PUBLICIDADE, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA, CONFORME EXIGE O ART. 1.723 DO CCB. A PROVA PRODUZIDA NÃO DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL, COMPROMETIMENTO MÚTUO OU PROJETOS COMUNS DE VIDA, SENDO DA PARTE AUTORA O ÔNUS DE DEMONSTRAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO ALEGADO, CONFORME DISPÕE O ART. 333, INCISO I, DO CPC. NA ESPÉCIE, VISLUMBRO QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO É EXCESSIVAMENTE FRÁGIL PARA SE RECO-

NHECER A UNIÃO ESTÁVEL. 1-O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL DEPENDE DE PROVA PLENA E CONVINCENTE DE QUE O RELACIONAMENTO SE ASSEMELHA EM TUDO AO CASAMENTO. 2 - A UNIÃO SE CARACTERIZA PELA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA ENTRE UM CASAL COM O OBJETIVO DE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA. AO CONTRÁRIO DO QUE OCORRE NO NAMORO, OS CONVIVENTES SE APRESENTAM PERANTE A SOCIEDADE COMO SE CASADOS FOSSEM, E ASSUMEM PARA SI ÂNIMO PRÓPRIO DOS CASADOS, DE SE CONSTITUÍREM ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR. - INEXISTINDO INDÍCIOS SUFICIENTES A DEMONSTRAR QUE A NATUREZA DO RELACIONAMENTO SE ESTENDIA PARA ALÉM DE UM FLERTE, NAMORO OU UMA RELAÇÃO EXTRACONJUGAL, POR NÃO HAVER PROVAS DA EXISTÊNCIA DE VIDA EM COMUM DE RECONHECIMENTO PÚBLICO, ASSEMELHADA A UM CASAMENTO, DESCABE A DECLARAÇÃO DA SOCIEDADE DA UNIÃO ESTÁVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJBA – 4ª Câmara Cível, APC nº. 234-1/1997, Rel. Des. José Olegário Monção Caldas, j. 27.01.2010).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - REQUISITOS - ART. 1.723 DO CC - ÔNUS DA PROVA - AUTOR - NAMORO SÉRIO X UNIÃO ESTÁVEL - INEXISTÊNCIA DO REQUISITO “OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA” - COABITAÇÃO - FORTE INDÍCIO. Para a configuração da união estável são indispensáveis alguns requisitos, quais sejam, dualidade de sexos, convivência duradoura e contínua, honrabilidade (respeito entre os conviventes), notoriedade de afeições recíprocas, fidelidade presumida, coabitação (no sentido de não aceitar o simples namoro ou relação passageira) e, principalmente, o objetivo de constituir família. A coabitação não é elemento essencial para a caracterização de união estável, mas normalmente é um indício importante, sendo que admite-se situações em que os conviventes não residem sob o mesmo teto, quando há um relevante motivo que impeça a concretização de tal circunstância. Na ausência de motivo relevante, a não coabitação entre um casal jovem, livre e desimpedido durante anos, afigura-se como indício de inexistência de união estável. O namoro sério é muitas vezes confundido com união estável, sendo o requisito “objetivo de constituição de família”, o elemento diferenciador entre os dois, que deve ser aferido em cada caso, de acordo com suas circunstâncias específicas. (TJMG – 4ª Câmara Cível, APC nº. 1.0145.99.001607-6/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 27.11.2008).

Por fim:

UNIÃO ESTÁVEL NÃO RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA, ESTABELECIDADA COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. 1. Não se reconhece a União estável senão houver prova da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituir família. 2. Em outras palavras, é preciso separar o joio do trigo, pois não se pode confundir um simples relacionamento amoroso, por mais profundo que seja, com a união estável, que tem requisitos e pressupostos estabelecidos em lei (art. 1.723 do Código Civil). (TJAC – Câmara Cível, APC nº. 2007.001532-5; Rela. Desa. Miracele Lopes, p. 04/10/2007)

Saliente-se que nada mais era preciso dizer, até porque a parte autora não conseguiu indicar provas firmes sobre a pretendida união estável.

Frise-se, ademais, que ambas as partes têm suas profissões e seus bens, o que desvela a desnecessidade de fixação de alimentos em favor de uma das partes.



Não comprovada a existência de união estável entre as partes, descabido é o pedido de alimentos e de partilha dos bens.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0000277-58.2011.8.05.0020, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des. Emílio Salomão Resedá, julgado em 10/5/2016**

**AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA COM O *DE CUJUS*. REQUISITOS ESSENCIAIS INDEMONSTRADOS. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO COM AS APELADAS, COMPANHEIRA E FILHA DO *DE CUJUS*, ATÉ O ÓBITO. CONHECIMENTO DA APELANTE ACERCA DA UNIÃO ESTÁVEL DO EXTINTO COM A PRIMEIRA APELADA, COMO SE INFERIR DA PROVA COLHIDA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS QUE AFASTAM O RECONHECIMENTO DA SEGUNDA RELAÇÃO CONCOMITANTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000277-58.2011.8.05.0020, da Comarca de Barra do Choça, em que são apelante e apeladas as partes acima nominadas.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO** à Apelação, pelas razões adiante expostas.

### **RELATÓRIO**

Integro ao presente o relatório da sentença de fls. 288/292, que, na ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união estável “*post mortem*”, julgou improcedente o pedido da autora, Marineide Santos Pacheco, deixando de reconhecer a existência de união estável entre ela e o falecido Valmeir Souza Neris.

Inconformada, a acionante interpôs o apelo de fls. 294/299, aduzindo, em síntese, que permaneceu em companhia do *de cujus* desde fevereiro de 2007 até a data do óbito, em 27 de novembro de 2010, sem que jamais tenha ocorrido separação de fato do casal. Argumenta que a apelada, Vanilda Andrade Santos, embora tenha tido uma filha, em agosto de 1998, com o extinto, não tinha, com ele, união estável, como também não havia essa circunstância em relação à mãe de um outro filho do finado. Insiste em que os depoimentos colhidos em Juízo são suficientes para comprovar a aludida convivência marital, pugnando, pois, pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença hostilizada para declarar a existência de união estável havida entre a apelante e o falecido por quase quatro anos, de 2007 a novembro/2010, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Contrarrazões às fls. 303/307, requerendo as apeladas, Vanilda Andrade Santos e Ilana Andrade Neris, a confirmação da sentença, em todos os seus termos.

O parecer da Douta Procuradoria de Justiça, opina pela parcial procedência do recurso, reconhecendo-se a união estável entre a autora e o *de cujus* somente a partir de julho de 2009.

### VOTO

O cerne da questão consiste em avaliar se houve ou não a configuração da alegada união estável entre a apelante e o falecido Valmeir Souza Neris.

Leciona MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO acerca dos requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável: *“são os seguintes os requisitos da união estável: a) convivência pública: a publicidade exigida pela lei é a que significa notoriedade da relação, ou seja, que a união seja reconhecida no meio social em que vivem os companheiros, não podendo ser, portanto, secreta ou clandestina; b) duradoura e contínua: a união do homem e da mulher deve ser durável e não passageira, breve, circunstancial ou momentânea, para que seja considerada estável. Ainda que o legislador não tenha estabelecido o prazo mínimo para seu reconhecimento - que poderia ser de dois anos, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, em Novo Código Civil Comentado (São Paulo, Saraiva, 2002) - exigiu que se considerem a consistência e a efetividade da união. (...) c) objetivo de constituição de família: não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que celebrada em contrato escrito, pública e duradoura, com relações sexuais, com prole, e até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento fundamental consistente em desejar constituir família.”* São indispensáveis esses elementos subjetivos para a configuração da união estável.

Ao exame dos autos, verifica-se que a primeira apelada, companheira do extinto, juntou documentação que corrobora a permanência da união estável consigo, Vanilda, no mesmo endereço na cidade de São Paulo (fl. 34), além da sua manutenção como dependente, inclusive da filha havida em comum, Ilana Andrade Neris (v. documentos de fls. 89, 92, 109 e 2011). Certo é que o casal permaneceu residindo na cidade de São Paulo pelo menos até 5 de junho de 2009, quando a empresa BKO – Engenharia e Comércio Ltda. deu baixa na sua carteira de trabalho, fl. 114.

Após essa data, verifica-se, também através das anotações na Carteira de Trabalho do falecido, que o mesmo passou a trabalhar em Vitória da Conquista, desde 1º de novembro de 2010, mantendo, todavia, a condição de mantenedor do referido núcleo familiar, como demonstram os extratos de transferência bancária em favor de Vanilda acomodados às fls. 169/174, consignando operações que se estendem do ano de 2009 a 2010, ano de sua morte.

Não há, de outro lado, comprovação de endereço comum com a Apelante em Vitória da Conquista. Atente-se que, no atestado de óbito (fl.10), sendo declarante Marineide, foi indicado como endereço de Valmeir a *“avenida Ilhéus, 2672, bairro Brasil”*, ao tempo em que também ela, Marineide, declina como o próprio endereço na procuração de fl. 07 a *“rua Agenor Oliveira”*, nº 155, na cidade de Barra do Choça.

Do depoimento da apelante, às fls. 162/164, é possível destacar:

*“[...] que conheceu Valmeir na cidade de São Paulo em 2007; que de logo soube que era separado da Sra Vanilda; que a Sra Vanilda morava na mesma rua que a irmã da depoente de prenome Abenilda [...] a depoente tem conhecimento que a separação deles aconteceu, via judicial, através de reconhecimento e desfazimento de união estável; com vinte dias de conhecimento a depoente foi morar com Valmeir, em uma casa alugada por ele na cidade de São Paulo, no bairro Gaivotas, não se recordando ela o nome da rua, onde morou por cerca de sete meses; mudaram para outro bairro Grajaú, rua Butantã, nº 152, onde residiu por cerca de quatro meses depois disso, Valmeir pediu demissão do trabalho na empresa BKO, empresa de construção civil e vieram morar na cidade de Barra do Choça para ficar mais próximo da família dele; passou a trabalhar na cidade de Vitória da Conquista no ano da construção civil e a depoente trabalhava em casa de família nesta cidade; que residiam na casa da genitora da depoente, que foi alugada por eles, pelo valor de R\$ 200,00*

*mensais, ficando a situada na Rua Agenor Oliveira, nº 155, Ouro Verde, barra do Choça, onde a depoente reside até o dia de hoje em companhia das duas filhas que tem de relacionamento anterior ao do sr. Valmeir [...] que ela e Valmeir faziam planos de casar, apesar de não terem marcado a data; que o casal não teve filhos, durante a convivência por opção mesmo, por entenderem que não era o momento de terem filhos – (depoimento da autora/apelante – fls. 162/164).*

Como se percebe, a relação havida entre a apelante e o extinto se originou ainda na cidade de São Paulo, onde uma irmã da recorrente morava na mesma rua da companheira, Vanilda, sinalizando, pois, o conhecimento sobre a situação conjugal de ambos.

Já do depoimento da apelada, Vanilda Santos, fls. 164/165, colhem-se os seguintes trechos:

*“[...] que conviveu com Valmeir por quase treze anos; que conheceu em São Paulo, por intermédio de um primo dela[...] quanto à requerente, a depoente se recorda que ela chegou à cidade de São Paulo, no ano de 2007, para tirar o resguardo de uma irmã, conhecida por Nívia, que era vizinha da depoente e de seu marido; que passado o período de resguardo de Nívia, a requerente resolveu permanecer em São Paulo[...] que no final de 2008, a depoente descobriu que a requerente e seu marido, estavam vivendo “um caso”; que estava muito desconfiada e pediu a Deus, em oração, que lhe mostrasse se as suas desconfianças eram reais, ou se estava sendo injusta com seu marido; até que um dia seu marido “bebeu todas” e assentou-se com ela na cozinha, na casa de casal, e lhe contou a traição, só não declinou o nome da pessoa com quem ele a traía[...] que diante desta situação, resolveu confrontar o marido pedindo a ele que escolhesse entre ela e Neide; que ele optou por ela; que continuaram, ela o perdoou, e continuaram a vida normalmente, e por conta disso resolveram mudar de lugar[...] no final do ano de 2009, logo depois da mudança para o novo apartamento, o marido da depoente disse a ela que viria a cidade de Vitória da Conquista para trabalhar como empreiteiro, afirmando a ela que aqui, na área da construção civil, estavam mais abundantes; mas aqui chegando, ele não conseguiu de logo trabalho, mas mesmo assim, mandava para ela mensalmente, quantias que tirava do seu seguro acidente; que nomes de junho do ano de 2010, ele conseguiu a obra onde sofreu o acidente. (depoimento da ré/apelada, fls. 164/165).*

Desses depoimentos é possível concluir que, de fato, houve algum envolvimento com a apelante, mas que não chegou a caracterizar união estável, sobretudo porque evidenciado que o extinto remanesceu em união com a primeira apelada, em relação à qual não há dúvidas acerca da convivência estável, duradoura, com intenção de formar um núcleo familiar, tendo uma filha como fruto e evidência dessa relação.

Parece evidente, de outro lado, que Marineide jamais ignorou a situação existente entre o falecido, Valmeir, e sua companheira, Vanilda. Chega a admitir, inclusive, que entre eles, Marineide e Valmeir, cada qual pagava suas contas, como bem revela o seguinte trecho:

*“[...]Que, no relacionamento deles não havia essa participação nos negócios, que cada um resolvia a sua vida, por opção da depoente mesmo; sempre que mexia em dinheiro, cada um resolvia a sua vida; que a depoente se automantinha, pois trabalhava, mas Valmeir pagava supermercado, água, luz e aluguel e às vezes presenteava a depoente e suas filhas, com roupas; (fl. 163).*

Os depoimentos das testemunhas, de outro giro, ratificam a versão de que Valmeir e Vanilda jamais se separaram, a despeito do envolvimento do varão com Marineide. Confira-se:

*[...] a depoente foi vizinha de Valcedi, irmã de Valnilda. Vanilda era esposa de Valmeir e a depoente nunca ficou sabendo da existência de outra companheira de Valmeir. Valmeir trabalhava como mestre de obras e viajava para a Bahia em razão das obras. Mesmo morando na Bahia Valmeir sempre vinha para São Paulo para encontrar a esposa. Vanilda e Valmeir eram pais de Ilana. Valmeir faleceu enquanto estava na Bahia trabalhando. Foi uma surpresa para toda família de Vanilda a existência de Marineide, amante de Valmeir. Foi a irmã de Valmeir que ligou para Vanilda comu-*

*nicando o falecimento. Foi Vanilda quem pagou todos os gastos com velório e enterro de Valmeir. Após o falecimento de Valmeir, seus irmãos disseram para Vanilda que o de cujus tinha um caso com Marineide enquanto ficava na Bahia.* (depoimento de Camila Beatriz Ferreira Barbosa, fl. 246).

*[...] conheceu Valmeir e Vanilda por aproximadamente 14 anos porque a depoente é casada com o primo de Vanilda. Sempre se encontrou com o casal durante todos esses anos. Valmeir e Vanilda sempre moraram juntos e se apresentavam como marido e mulher. Da união nasceu Ilana. Valmeir foi para a Bahia em razão de trabalho. Não sabia dizer quem seria Marineide. Vanilda sempre foi dependente de Valmeir, tanto que figurava como dependente nos benefícios da empresa BKO, empresa que Valmeir trabalhava.* (depoimento de Sandra Aparecida Adriano – fls. 257);

*[...] que era amiga de Valmeir. Confirma que Valmeir era casado com Vanilda Andrade Santos. Foi vizinha do casal no Jd. Gaivotas. O casal teve uma filha chamada Ilana. Valmeir tem familiares em Vitória da Conquista. Valmeir não tinha costume de ir para Bahia. Conheceu Marineide que veio de São Paulo para ajudar nos cuidados de sua sobrinha, recém-nascida. Marineide voltou a Bahia em 2009 e desde então não retornou a São Paulo. Enquanto esteve em São Paulo, Marineide foi amante de Valmeir, que sabia do relacionamento de Valmeir com Vanilda. No bairro, todos ficaram sabendo do caso entre Marineide e Valmeir e, mesmo a traição vindo a público, Valmeir não se separou da esposa. Valmeir conseguiu um emprego na Bahia e morreu no trabalho[...] Valmeir nunca morou com Marineide. Foi Vanilda quem pagou todos os custos do velório e do enterro* (depoimento de Janaína de Sousa Silva, fl. 258)

De tudo resulta que o falecido permaneceu em união estável com Vanilda Andrade Santos até sua morte, embora seja forçoso reconhecer que, em seus últimos anos, experimentou relação afetiva, também, com Marineide. Esta, todavia, não tinha como ignorar a situação do amante, sequer questionando quando Vanilda, vindo ao sepultamento de Valmeir, na cidade de Vitória da Conquista, levou consigo o veículo que lhe pertencia, informações contidas no depoimento do irmão do *de cujus*, Alteni Sousa Neres, fls. 189.

O conhecimento sobre a existência de união estável contemporânea tem repercutido na jurisprudência, que não reconhece a existência de uma segunda união estável quando a segunda convivente sabe da existência da primeira.

Nesse sentido:

*“UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES CONCOMITANTES. EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO PUTATIVO. LEI Nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido.”* (REsp Nº 789293/RJ, Min. Rel. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma do STJ, publ no DJ em 20/03/2006).

*DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. - Restando comprovado nos autos que o falecido mantinha união estável com uma mulher, não é possível o reconhecimento de uma segunda união estável com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, visto que não observada a affectio familiae entre o casal, necessária ao reconhecimento da união estável, e nem muito menos o essencial dever de lealdade e fidelidade.* (APCV Nº 10024121249429001, DES. Rel DUARTE DE PAULA, Quarta Câmara Cível do TJ/MG, pub no Dje em 28/05/2014).

*DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES CONCOMITANTES. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL. PRELIMINAR DE IM-*



POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS CARACTERIZADORES DA UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. I - EM REGRA, O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO NÃO ADMITE O RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS, SENDO A SEGUNDA, CONSTITUÍDA À MARGEM DA PRIMEIRA, TIDA COMO CONCUBINATO OU "UNIÃO ESTÁVEL ADULTERINA". ENTRETANTO, DADA A DINÂMICA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E PESSOAIS, E VISANDO À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E, SOBRETUDO, À PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, AS NUANCES E PECULIARIDADES DE CADA CASO DEVEM SER CONSIDERADAS, E AS NORMAS QUE REGEM A MATÉRIA MITIGADAS PARA, EXCEPCIONALMENTE, ADMITIR-SE DUAS UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. II - O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL DEPENDE DA VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTINUADA E DURADOURA, ESTABELECIDADA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. SE, EMBORA DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DE UM RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE AS PARTES, MAS NÃO HAVENDO NOS AUTOS PROVAS DE QUE A RELAÇÃO SE CONFIGUROU EM UMA UNIÃO ESTÁVEL, PORQUANTO AUSENTES OS PRINCIPAIS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO INSTITUTO, TAIS COMO O ÂNIMO DE CONSTITUIR FAMÍLIA E A APARÊNCIA DE CASAMENTO, NÃO HÁ COMO RECONHECÊ-LA COM OS EFEITOS JURÍDICOS DELA DECORRENTES. III - NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (APCV Nº 0037507-79.2007.8.07.0001, Des. Rel. JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Sexta Turma Cível do TJ/DF, publ em 24/06/2009).

Com efeito, o artigo 1.723 do Código Civil, dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

No caso, pela prova colhida, não há como se presumir o objetivo de constituição de família na relação entre a apelante e Valmeir, justamente porque a primeira tinha conhecimento que o extinto já possuía seu próprio núcleo familiar. De fato, restou comprovado que a apelada, Vanilda, manteve-se como companheira do *de cujus*, sendo por ele mantida, circunstância que, a par do conhecimento da autora, afasta o reconhecimento de uma nova união estável.

Foi justamente essa a diretriz seguida pela sentença, guardando harmonia, outrossim, com a orientação jurisprudencial trazida a lume.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** à Apelação, mantendo-se a sentença em todos seus termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Agravo de Instrumento nº 0019712-73.2014.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Cynthia Maria Pina Resende, julgado em 24/3/2015**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS AVOENGOS. LIMINAR DEFERIDA. ARGUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO EM RELAÇÃO AO PAI. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. **RECURSO IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.**

O genitor, estando em lugar não sabido, autoriza a busca do direito dirigida aos seus progenitores, os quais, quando citados, poderão eximir-se indicando o paradeiro do pai das menores e, inclusive, as condições dele para arcar com os encargos alimentares da prole.



Quando se está diante de caso como o dos autos, versando notadamente sobre os alimentos necessários para a manutenção de seres ainda em formação, sem os quais suas dignidades encontram-se desrespeitadas, deve-se proceder a uma interpretação jurídico-constitucional, de modo a garantir minimamente a tutela de suas vidas.

Portanto, faltando o pai com o dever de prestar alimentos, por estar em lugar não sabido, aliado ao fato das necessidades das alimentandas, deve a avó paterna contribuir com o sustento de suas netas.

Com o julgamento do mérito do presente recurso, resta prejudicado o agravo regimental.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nos presentes autos o Agravo de Instrumento nº. **0019712-73.2014.805.0000**, no qual figura como agravante **MARILENE BRITTO SANTANA** e, agravadas, **M.C.N.S.D e M.E.N.S.D. REPRESENTADAS POR DARIANA NABUCO SIMÕES**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao agravo de instrumento e **JULGAR PREJUDICADO** o agravo regimental.

### RELATÓRIO

Trata-se de um agravo de instrumento interposto por **MARILENE BRITTO SANTANA** contra decisão interlocutória proferida pela MM Juíza de Direito da 4ª Vara de Família, Sucessões, Órfãos, Interditos e Ausentes da Comarca do Salvador, que, nos autos da Ação de Alimentos contra si proposta por suas netas, fixou os alimentos provisórios no valor equivalente a 15% (quinze por cento) dos vencimentos líquidos da agravante, incidindo sobre o 13º salário e férias.

Aduz a agravante que a obrigação avoenga é subsidiária e complementar à dos genitores, somente podendo ser exigida excepcionalmente, desde que comprovada a falta dos pais ou a incapacidade destes de suportar o encargo, sem prejuízo do próprio sustento, sendo parte ilegítima.

Assevera que a agravada tem contato com o genitor das crianças, mas optou por processar a agravante, por ser funcionária pública.

Defende que o genitor das menores reside em Salvador e encontra-se trabalhando (fls.28/29).

Alega que a agravada não esgotou todos os meios para exigir do genitor das menores a obrigação alimentar, sendo a agravante pessoa idosa, com problemas de saúde (fls.68/69,71/80) e de parcas situações financeiras (fl.65).

Requer a suspensão dos efeitos da decisão agravada, nos termos do art. 527, II do CPC. Pugna pelo total provimento do recurso.

Deferida a assistência judiciária pela 1ª Vice-Presidência, fls.102.

Processo distribuído à minha relatoria, quando indeferi o efeito suspensivo pretendido, mantendo provisoriamente a decisão do juízo de piso.

Às fls.111/122, a agravante interpôs agravo regimental, com pedido de reconsideração da decisão monocrática, que negou o efeito suspensivo, sob os mesmos argumentos da exordial recursal, pugnando pelo provimento do recurso.

As informações requisitadas ao juízo *a quo* foram apresentadas às fls.124/125.

Oportunizado contraditório, a agravada apresentou contrarrazões de fls. 127/134, sustentando que a genitora das menores é pobre, encontra-se desempregada, e que o pleito tem respaldo nos arts. 1.696 e 1.698 do CC/02.

Aduz que o genitor das crianças não presta alimentos e encontra-se em local desconhecido, sendo obrigação da avó de prestar alimentos, nos termos do art. 1.694 do CC/02.

Assevera que a decisão singular respeitou os pressupostos para a concessão da medida cautelar, pugnando pelo não provimento do agravo, mantendo-se a decisão recorrida.

Às fls. 137/142, o Procurador de Justiça sustentou que a obrigação da avó em prestar alimentos é subsidiária e complementar à obrigação dos genitores, sendo indispensável, portanto, restar demonstrada a impossibilidade dos pais de arcarem, em absoluto ou parcialmente, com as suas cotas de responsabilidade pelo ônus alimentício.

Autos conclusos, quando após analisados, determinei a imediata inclusão do feito em pauta de julgamento.

### VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do presente recurso, impõe-se o seu conhecimento.

A matéria trazida ao crivo desta egrégia Corte versa sobre a irresignação da Agravante em face da imposição de pagamento de alimentos provisórios em favor das netas.

A agravada optou por acionar diretamente a avó paterna, alegando não saber o paradeiro do genitor das menores. Assevera, também, que a progenitora conhece o paradeiro do pai das crianças, porém não informa.

Isso posto, é certo que a responsabilidade dos avós paternos sobre o adimplemento de pensão alimentícia dos netos não comporta mais discussão, a teor do disposto no art. 1.698 do Código Civil, que assim dispõe:

**“Art. 1.698.** Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato.”

A correta exegese do referido dispositivo é no sentido de que o dever de alimentar recai, em primeiro lugar, sobre os pais, sendo estendido aos ascendentes mais remotos para suceder no pagamento da pensão ou, simplesmente, complementá-la, quando os pais não tiverem condições de suprir todas as necessidades do alimentando.

Trata-se da aplicação do *princípio da solidariedade familiar*, justificando, no caso, que os ascendentes paternos suportem a referida verba alimentar. Sobre o tema, leciona o professor YUSEF SAID CAHALI, *verbis*:

*“o legislador não se limita à designação dos parentes que se vinculam à obrigação alimentar, mas determina do mesmo modo a ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade, preferindo os mais próximos em grau, e só fazendo recair a obrigação nos mais remotos à falta ou impossibilidade daqueles em prestá-los: o conceito é, pois, o de que exista uma estreita ligação entre obrigado e alimentado, pelo que aqui não se considera a família no seu mais amplo significado, mas como núcleo circunscrito de parentes próximos e quais aqueles que estão ligados pelas mesmas íntimas e comuns relações patrimoniais”. (in Dos Alimentos, 5ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 469).*

Desta forma, o mais próximo, o genitor, estando em lugar não sabido, autoriza a busca do direito dirigida aos seus progenitores, os quais, quando citados, poderão eximir-se indicando o

paradeiro do pai das menores e, inclusive, as condições dele para arcar com os encargos alimentares da prole.

Note-se que o Código Civil de 2002 proporcionou algumas alterações na matéria pertinente aos alimentos. Em todas as inovações trazidas no texto vigente, percebe-se que a noção de solidariedade e dignidade encontram-se no vértice das preocupações do legislador que buscou a todo tempo dar concretude aos princípios fundamentais de Direito de Família.

A preocupação em assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e adolescentes não pode ser mitigada, sobretudo por traduzir mandamento constitucional que deve ser prestigiado e concretizado a partir das decisões judiciais nas quais esses interesse demonstrem-se ameaçados.

Quando se está diante de caso como o dos autos, versando notadamente sobre os alimentos necessários para a manutenção de seres ainda em formação, sem os quais suas dignidades encontram-se desrespeitadas, deve-se proceder a uma interpretação jurídico-constitucional, de modo a garantir minimamente a tutela de suas vidas.

Portanto, faltando o pai com o dever de prestar alimentos, por estar em lugar não sabido, aliado ao fato das necessidades das alimentandas, deve a avó paterna contribuir com o sustento de suas netas.

Finalmente, a apreciação do agravo regimental de fls.111/122, fica prejudicada, em face do julgamento do recurso principal.

Em face do exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO**, mantendo incólume, por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida até o julgamento da ação, e **JULGO PREJUDICADO** o Agravo Regimental.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0177704-07.2008.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 6/6/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS – EXAME DE DNA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DO RÉU. PROVA TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO DO RELACIONAMENTO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE PATERNIDADE. FORTE NA SÚMULA 301 DO STJ. ALIMENTOS. FILHA MAIOR ESTUDANTE. PROVA DO BINÔMIO NECESSIDADE / POSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NA CONTESTAÇÃO. FATO INCONTROVERSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. RECURSO IMPROVIDO.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0177704-07.2008.8.05.0001**, de Salvador, em que figura como apelante **João Luiz Ramos Esteves** e, como apelada, **Marcela Riane da Silva Paim**.

**ACORDAM** os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de sua Turma Julgadora, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

**RELATÓRIO**

Adoto o relatório da sentença de fls. 152/156 e acrescento que fora proferida pela Juíza de Direito da 14ª Vara de Família, Sucessões Órfãos, Interditos. e Ausentes da Comarca da Capital, Dra. Maria das Graças Guerra de Santana Hamilton, nos autos da Ação de Investigação de Paternidade c/c Alimentos, movida por Marcela Riane da Silva Paim contra João Luiz Ramos Esteves, na qual restaram julgados procedentes os pleitos *“para DECLARAR João Luiz Ramos Esteves PAI de Marcela Riane da Silva Paim, e determino a averbação no registro de nascimento para inclusão do réu como pai, dos avós paternos e patronímico paterno; CONDENO réu a prestar alimentos à filha no percentual de 20 % do salário mínimo, devidos desde a citação válida, até a data em que alimentanda completou 24 anos de idade. Deixo de condenar o réu nas custas judiciais e honorários advocatícios vez que beneficiário da justiça gratuita.”*

Irresignado, o autor apelou (fls. 159/166), aduzindo que a sentença impugnada, ao sustentar a preclusão consumativa da matéria, não se atentou ao fato de ser da apelada o ônus probatório acerca da demonstração da existência do binômio alimentar da necessidade/possibilidade, uma vez que a presunção da necessidade dos alimentos não se aplica ao filho maior de idade, conforme ocorre na hipótese dos autos. Destaca o preceito contido no parágrafo único do art. 2º-A da lei 8.560/92, que prevê a necessidade de se apreciar a presunção da paternidade em conjunto com o contexto probatório dos autos, não sendo suficiente a simples análise isolada da realização ou não do exame, principalmente, ante a inexistência de prova oral ou documental que conduza à conclusão alcançada na sentença atacada.

Aduz que o recorrente jamais se eximiu de comparecer para o exame de DNA e que até informou o endereço e horários em que poderia ser encontrado para a intimação. Diz que o exame não foi realizado por razões alheias a sua vontade. Alega violação a ampla defesa e ao contraditório, preceituados no art. 5º, inciso LXVIII da CF. Pugna, ao final, que seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença no sentido de declarar a inexistência da relação de paternidade e, caso mantida, seja extinta a obrigação de pagar alimentos, porquanto indevida.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 177/183, assevera que o recorrente se utilizou, ao longo dos oito anos de tramitação do feito, de diversas manobras jurídicas para se esquivar da realização do teste de DNA, exame de fácil acesso, mas que restou não efetivado em razão de recusa pelo autor. Sustenta que outras provas foram produzidas para suprir a carência da prova pericial. Destaca que a rejeição à realização do exame de DNA induz presunção *juris tantum* da paternidade e que esse entendimento está sedimentado no enunciado da Súmula 301 do STJ. Pugna pela manutenção da sentença e pela condenação do apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes, a serem revertidos em benefício do Fundo de Assistência Judiciária da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça se absteve de emitir opinativo, em razão dos autos não versarem acerca de matéria que demande a necessidade da intervenção ministerial.

Lançado o presente relatório, devolvo os autos à Secretaria da Câmara, nos termos do art. 931, do Novo CPC.

**VOTO**

Presentes que se encontram os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Da análise dos elementos coligidos aos autos, entendo que a pretensão recursal não merece prosperar, sobretudo em razão de restar demonstrada nos autos a negativa imotivada do investi-

gado em submeter-se ao exame de DNA, não obstante devidamente intimado, fato que, aliado ao arcabouço probatório dos autos, *in casu*, declarações das testemunhas (fls. 71/72), constituiu-se em presunção *juris tantum* em seu desfavor, nos termos dos arts. 231 e 232 do Código Civil, que assim dispõem:

*“Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.”*

*“Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.*

Nesse sentido, o enunciado da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça:

*“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”*

Corroborando o quanto exposto, junto jurisprudência do STJ:

*INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NÃO COMPARECIMENTO PARA EXAME DE DNA. PATERNIDADE PRESUMIDA. A ausência do investigado à coleta de material genético para realização do exame de DNA, conduz à presunção da paternidade. Inteligência dos art. 339, arts. 231 e 232 do CC e súmula 301 do STJ. Apelação desprovida, de plano. (Apelação Cível Nº 70043022722, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 20/01/2012). (TJ-RS - AC: 70043022722 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 20/01/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/02/2012). (Grifo nosso)*

Como bem anotam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “*sendo a prova pericial do DNA decisiva e fundamental para a afirmação do estado de filho, a recusa na sua realização, sem qualquer justificativa plausível, revela o temor da descoberta da verdade, dela decorrendo a presunção de verdade dos fatos, sob pena de reprimin-se tempos felizmente passados de discriminação entre filhos e dificultar sobremaneira o exercício da vida digna.*” (Direito das Famílias. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 640).

Com efeito, fazendo jus à conduta esquiva do pai ausente, situação retratada nos autos, o apelante não compareceu a nenhuma das audiências designadas, furtando-se, ainda, à realização do exame de DNA.

Ademais, ao contestar a ação promovida por sua filha, em nenhum momento impugnou, sequer levemente, a necessidade alimentar alegada pela autora, limitando-se a discorrer acerca da sua incapacidade financeira para arcar com o valor dos alimentos requerido e o não cabimento destes, ante a inexistência de sentença reconhecendo a sua paternidade.

A despeito do tímido lastro probatório documental apresentado nos autos, a necessidade da recorrida aos alimentos se tornou fato incontroverso, porquanto alegado por ela na exordial e não impugnado pelo réu na contestação.

Observe-se que o art. 374, inciso III, do CPC/15 expressamente dispõe que não dependem de prova os fatos “admitidos, no processo, como incontroversos” e aqueles “em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade”.

É ônus do réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor, bem como manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, consoante preceituado nos arts. 341 e o acima citado art. 374, inciso III, do CPC/15.



De forma escurteira, a ilustre prolatora da sentença, Dra. Maria das Graças Guerra de Santana Hamilton, delimitou a controvérsia posta a exame, fazendo-o nos seguintes termos:

*“Quanto ao segundo pedido, foi requerido pela autora a fixação de pensionamento em 01 salário mínimo. A contestação do réu limitou-se à: prejudicialidade do reconhecimento da paternidade e à sua incapacidade para o montante requerido. Por força dos arts. 300 e 302 do CPC, esses são os limites da controvérsia, não podendo o réu inovar a sua matéria de defesa posteriormente à contestação, por preclusão consumativa; como tentou fazer em sede de alegações finais, tratando da maioridade da autora como causa extintiva da obrigação. A necessidade da alimentanda, portanto, restou incontroversa (art. 334, III do CPC). (Sentença, fl. 155)*

A esse propósito, importante destacarmos o entendimento jurisprudencial externado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. OBJETO DA PROVA. FATOS INCONTROVERSOS. DEFESA INDIRETA DE MÉRITO. REVELIA PARCIAL. ÔNUS DA PROVA. Revela-se inviável a abertura da via especial se, para que sejam revistas as teses suscitadas à apreciação desta Corte Superior, faz-se necessário o reexame da prova dos autos. O pedido e a contestação fixam os limites da controvérsia, devendo as provas ser produzidas de acordo com as questões suscitadas pelas partes. O conhecimento do objeto da prova e do tipo de defesa expendida pelo réu constitui análise que precede à verificação do ônus da prova. **Se o réu oferece defesa indireta de mérito, reconhece implicitamente os fatos em que se baseia a pretensão do autor, tornando-os incontroversos, e, portanto, despciendos de prova.** Como consequência, inexistente violação a regra pertinente ao ônus da prova se o réu não cumpre com o ônus da impugnação especificada, controvertendo os fatos, nos moldes do princípio da eventualidade e assim, é atingido pela revelia parcial” (STJ, AgRg no REsp 235.154/DF, 3.<sup>a</sup> T., j. 01.03.2001, rel. Min. Nancy Andrighi) (Grifo nosso)*

Nesse contexto, passados oito anos do ajuizamento da ação de investigação de paternidade c/c alimentos, esquivando-se o requerido, ora apelante, de audiências e, frise-se, da realização do exame de DNA, somente em sede de alegações finais, contrapôs-se à necessidade alegada por sua filha – insurgência tardia reeditada no presente apelo, que, evidentemente, não merece acolhida.

Se é fato, como sustenta o recorrente, que a sua filha, em razão da maioridade, não faz jus aos alimentos pleiteados, porquanto teria ultrapassado a fase estudantil, cabe-lhe, na sede própria da ação revisional ou, até mesmo, da exoneratória, demonstrar a perda do direito ao pensionamento.

Nessa conjectura, o dever de prestar alimentos, em que pese sua natureza de obrigação jurídica assistencial, afigura-se, sobretudo, em uma obrigação moral entre pais e filhos. A obrigação alimentar deve se pautar, sobretudo, à luz dos preceitos contidos nos princípios constitucionais da solidariedade, da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e demais princípios norteadores da matéria. Não se pode olvidar que o instituto dos alimentos tem por pressuposto garantir a sobrevivência do alimentando, proporcionando-lhe, sobretudo, uma vida digna.

Mostra-se razoável que a autora, privada, ao longo de toda vida, do amparo material, psicológico e emocional do genitor e, como visto, necessitando, ainda, desse apoio, possa valer-se desse direito, lastreada nos preceitos regentes das relações parentais.

A par disso, é inafastável a razoabilidade do *quantum* alimentar fixado – 20% (vinte por cento) do salário mínimo, devidos a partir da citação, nos termos do quanto dispõe a Súmula nº 277 do STJ.

Feitas essas considerações, tem-se como correta a decisão hostilizada, que, ao compelir o recorrente a reconhecer a paternidade de sua filha e promover-lhe o custeio dos alimentos, home-

nageou os princípios norteadores da obrigação alimentar parental, resguardando, na sua inteireza, o bem jurídico maior a ser garantido, qual seja, o direito à vida com dignidade.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, mantendo-se a sentença recorrida por estes e por seus próprios fundamentos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0002331-81.2004.8.05.0039, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des. Roberto Maynard Frank, julgado em 7/6/2016**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LEGITIMIDADE ATIVA DA PROPRIETÁRIA – POSSUIDORA INDIRETA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PAGAMENTO PARCIAL. CO-TITULARIDADE COM A COMPRADORA DO IMÓVEL OBJETO DA LIDE QUE REVENDEU PARA AS APELADAS. INEXISTÊNCIA DE POSSE DIRETA POR PARTE DA APELANTE, MAS, EM TESE, DA INDIRETA. ESBULHO NÃO VERIFICADO. A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA DEVE SER ANALISADA SOB O ÂNGULO DAS PERDAS E DANOS, CONSOANTE NORMA CIVIL. CONHECIDO E IMPROVIDO O RECURSO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002331-81.2004.8.05.0039, de Camaçari, em que é Apelante **Alice Maria Goes Ito Rocha**, e, como Apeladas, **Magnólia Oliveira da Silva e Outras**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, **em conhecer e negar provimento ao recurso**, ante as razões a seguir expostas.

### RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Alice Maria Goes Ito Rocha** contra a sentença, de fls. 303/306, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Camaçari, que julgou improcedente: 1) o pedido de reintegração de posse formulado pela Apelante, bem como a condenou nas custas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor correto e atualizado da causa; 2) o pedido contido na reconvenção, condenando as apeladas nas custas processuais e honorários advocatícios em 10 % sobre o valor da causa, ficando autorizada a compensação da verba honorária.

No recurso (fls.315/324), a Recorrente pleiteia a reforma da sentença, porquanto a empresa O.S. Empreendimentos e Incorporações Ltda., titular da promessa de compra e venda realizada com a Apelante, jamais poderia realizar qualquer venda a terceiros (Apeladas) sem que, antes, após a quitação do preço, fosse investida no domínio da área objeto da lide.

Assevera, ainda, que “... não recebeu o preço da venda, ajuizou a Interpelação Judicial nº 308.021-6, que tramitou na 3ª Vara Cível de Salvador, mediante a qual a empresa OS Empreendimentos e Incorporações Ltda., foi constituída em mora, porque devidamente intimada não regularizou os pagamentos das prestações vencidas, dando ensejo, então ao ajuizamento da consequente Ação Or-

*dinária nº 14.02.913042-8, em curso na 15ª Vara Cível de Salvador, em que se busca a rescisão da promessa de compra e venda”, cf. fl. 317.*

Por fim, pontua que as apeladas adquiriram lotes que legalmente não existem, da pessoa que não possuía o domínio, e, por inadimplência, foi judicialmente constituída mora e deixou-se que corresse à revelia a ação em que a Recorrente busca sentença de rescisão do negócio.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do recurso.

À fl.334, a magistrada recebeu o Apelo em ambos os efeitos.

Devidamente intimadas, as Apeladas deixaram transcorrer in albis o prazo para apresentar suas contrarrazões.

Nesta instância, distribuídos os autos, coube-me, por sorteio, o encargo de Relator.

Isentos de revisão, **peço pauta.**

## VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Alice Maria Goes Ito Rocha** contra a sentença, de fls. 303/306, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Camaçari, que julgou improcedente: 1) o pedido de reintegração de posse formulado pela Apelante, bem como a condenou nas custas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor correto e atualizado da causa; 2) o pedido contido na reconvenção, condenando as apeladas nas custas processuais e honorários advocatícios em 10 % sobre o valor da causa, ficando autorizada a compensação da verba honorária.

No recurso (fls.315/324), a Recorrente pleiteia a reforma da sentença porquanto a empresa O.S. Empreendimentos e Incorporações Ltda., titular da promessa de compra e venda realizada com a Apelante, jamais poderia realizar qualquer venda a terceiros (Apeladas) sem que, antes, após a quitação do preço, fossem investida no domínio da área objeto da lide.

Assevera, ainda, que “..., não recebeu o preço da venda, ajuizou a Interpelação Judicial nº 308.021-6, que tramitou na 3ª Vara Cível de Salvador, mediante a qual a empresa OS Empreendimentos e Incorporações Ltda., foi constituída em mora, porque devidamente intimada não regularizou os pagamentos das prestações vencidas, dando ensejo, então ao ajuizamento da consequente Ação Ordinária nº 14.02.913042-8, em curso na 15ª Vara Cível de Salvador, em que se busca a rescisão da promessa de compra e venda”, cf. fl. 317.

Por fim, pontua que as apeladas adquiriram lotes que legalmente não existem, de pessoa que não possuía o domínio, e, por inadimplência, foi judicialmente constituída mora e deixou-se que corresse à revelia a ação em que a Recorrente busca a sentença de rescisão do negócio.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do recurso.

Pois bem.

Analizando os autos, os fatos narrados e discutidos ao longo do processamento da demanda **apontam** para um questionamento crucial, qual seja, se a época da propositura da ação reintegratória a Apelante exercia a posse direta do imóvel objeto da lide.

Com efeito. Pelo conjunto probatório, percebe-se que a autora realizou compromisso de compra e venda com a OS Empreendimentos e Incorporações Ltda., que alienou o aludido imóvel às Apeladas; todavia, a empresa não quitou completamente as parcelas do contrato, o que motivou a propositura de uma interpelação judicial e ação de rescisão contratual.

Dito isto, tem-se duas situações:

1) o não pagamento das parcelas não ocasionou a transferência do domínio do imóvel para a empresa;

2) em razão do compromisso de compra e venda, a empresa alienou o objeto da controvérsia às Apeladas, que construíram suas casas.

Portanto, o panorama jurídico revela, a priori, que a Autora, ora Apelante, é proprietária sem posse, em razão do compromisso de compra e venda que foi realizado em 17/12/1987 (fls. 78/80), cuja demanda ora analisada fora proposta em 6/11/2002 (fl.01), salientando-se que não houve o pagamento total das parcelas do aludido pacto, o que revela a cotitularidade do domínio.

Para uma pessoa ser considerada possuidora de determinado bem, não é necessário que esteja no poder físico da coisa, mas que tão somente guarde com esta uma relação jurídica. Assim, pode o possuidor indireto se utilizar das medidas processuais de natureza possessória existentes no ordenamento jurídico para defesa de sua posse.

Nesta trilha, o desfecho que vejo para o caminhar do direito postulado em juízo é afirmar que ***o inadimplemento contratual, da empresa com a Apelante, implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado***, consoante rezam os artigos 389 c/c 475 do Código Civil.

Acrescente-se que a proteção possessória requerida pela Autora deveria ser um pedido cumulado à ação de rescisão proposta em face da OS Empreendimentos e Incorporações Ltda. em litisconsórcio com as Apeladas. Ou seja, a presente demanda não poderia ser direcionada somente às Apeladas, pois inexistente o esbulho por elas praticado, que, por sinal, são adquirentes de boa-fé, restando ausente o referido requisito, previsto no artigo 927, II e III do CPC/73, matéria idêntica regulada no artigo 561, II e III do CPC/2015.

Por tais considerações, o voto é no sentido de **conhecer e negar provimento ao recurso**, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0009949-07.2011.8.05.0080, Quinta Câmara Cível, Relator (a): Des<sup>a</sup>. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, julgado em 23/8/2016**

**EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. INTERDITO PROIBITÓRIO. POSSE E AMEAÇA EVIDENCIADAS. DESFORÇO INCONTINENTI NÃO CARACTERIZADO. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA DEVIDA.**

1. A troca forçada do cadeado que permite o acesso ao imóvel constitui ameaça suficiente para ensejar a proteção possessória, uma vez que é incontroversa a posse mansa e pacífica da outra parte.

2. Mesmo que o Apelante fosse compossuidor, fato não provado nos autos, não poderia se valer de violência para impedir a Apelada de usufruir do imóvel, conforme o art. 1.199 do Código Civil. Seu ato não pode ser caracterizado como desforço *incontinenti*, pois jamais exerceu a posse direta sobre o imóvel. Além disso, a troca do cadeado deu-se em data arbitrária, quando a posse da Apelada já tinha muito tempo, o que não preenche o requisito de imediatidade previsto no §1º do art. 1.210 do CC.

3. Descabe a alegação de propriedade no âmbito da tutela possessória. A exceção de domínio, no máximo, se presta a colorir a posse, evidenciando-a em situações controversas. Caso o Apelante seja futuramente reconhecido como proprietário do imóvel, deverá tomar as medidas legais pertinentes para ser imitado na posse.

**4. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº. 0009949-07.2011.8.05.0080**, originário da 3ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Feira de Santana/BA, tendo como Apelante **SILEZIO DA SILVA SANTOS** e, como Apelada, **GIRLANDE FERREIRA DE SOUZA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por SILEZIO DA SILVA SANTOS, contra a sentença do Juízo da 3ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Feira de Santana/BA, que julgou procedente o pedido da Ação de Interdito Proibitório movida por GIRLANDE FERREIRA DE SOUZA.

Na petição inicial do Interdito Proibitório, a Apelada aduziu que o Apelante, no dia 8 de junho de 2011, arrombou o cadeado que dá acesso ao imóvel controvertido, uma casa no bairro Jardim Cruzeiro do município de Feira de Santana, substituindo-o por outro, tentando impedir o acesso da Apelada ao referido imóvel. Informou que imediatamente chamou um chaveiro e retirou o cadeado.

Relatou que comunicou o fato na delegacia e que vinha sofrendo constantes ameaças à sua posse por parte do Apelante, que desejava retomar o imóvel a qualquer custo.

Na ação, requereu, liminarmente, a proteção da posse, com a procedência, ao final, do pedido. Após audiência de justificação, na qual participou o Apelante acompanhado de advogado, com a oitiva de três testemunhas (fls. 48/50), foi deferida a manutenção liminar (fls. 53/54), tendo sido o Apelante citado, por mandado (fl. 55), mas não apresentou contestação (fl. 57).

Na sentença de fls. 62/63, foi decretada a revelia do Apelante, por não ter apresentado contestação, apesar de regularmente citado. Na fundamentação, o juízo *a quo* afirmou que a Apelada demonstrou a sua posse e as ameaças do Apelado, por meio das testemunhas ouvidas e pela presunção de veracidade decorrente da revelia do Apelante. Por isso, o juízo *a quo* julgou procedente o pedido de proteção da posse, declarando consolidada a liminar deferida. Condenou o Apelante em custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Irresignado, SILEZIO DA SILVA SANTOS interpôs recurso de apelação (fls. 65/74), aduzindo, em síntese, que eles são sobrinhos da proprietária original do imóvel, já falecida, e ambos receberam o imóvel por doação em vida, além de serem herdeiros da *de cujus*. Por isso, seriam compossuidores. Desqualificou as testemunhas, por serem pessoas próximas à Apelada. Afirmou que a troca do cadeado efetivamente ocorreu, mas tratou-se de desforço *incontinenti*, sendo lícita a sua conduta. Requereu a concessão de gratuidade da justiça e a reforma da sentença pra julgar o pedido improcedente. Juntou documentos às fls. 76/82.

A apelação foi recebida no efeito devolutivo (fl. 83).

Regularmente intimada, a Apelada não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fl. 85.

Inclua-se em pauta para julgamento.



## VOTO

Conheço o recurso de Apelação, porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Preliminarmente, DEFIRO o pedido de gratuidade da justiça formulado pelo Apelante, que afirmou e demonstrou por meio de seus contracheques (fls. 81/82) não ter capacidade econômica para arcar com os custos inerentes ao processo, ficando eventuais verbas sucumbenciais por ele devidas com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 98, §3º do CPC.

**Inicialmente, verifico que o Apelante não recorreu do capítulo da sentença relativo à revelia.** Por isso, as impugnações promovidas em suas razões recursais devem ser interpretadas de forma restritiva. Opera a presunção de veracidade dos fatos articulados pela Apelada na inicial, conforme o art. 319 do CPC-1973 preceituava à época da prolação da sentença. Contudo, tal presunção é relativa, conforme a jurisprudência do STJ:

1. A caracterização da revelia não induz a uma presunção absoluta de veracidade dos fatos narrados pelo autor, permitindo ao juiz que, para formar o seu convencimento, analise as alegações formuladas pelas partes em confronto com as provas constantes dos autos. Jurisprudência do STJ.

(AgRg no REsp 1342255/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 11/03/2016 - Excerto da ementa)

Tecnicamente, trata-se de questão simples. No interdito proibitório, só é preciso provar que existia a posse e que esta encontrava-se ameaçada. O art. 932 do CPC-1973 é a norma aplicável ao caso:

Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

A posse mansa e pacífica da Apelada é fato incontroverso nos autos. Do mesmo modo, é incontroverso que o Apelado, no dia 8 de junho de 2011, arrombou o cadeado que dá acesso ao imóvel controvertido, substituindo-o por outro, tentando impedir o acesso da Apelada. **A controvérsia, em verdade, restringe-se a licitude do referido ato.** O Apelante alega que estaria correto, por também ser compossuidor e ter praticado o ato em desforço *incontinenti*, conforme o art. 1210, §1º do CC:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

**§1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.**

Analisando o argumento que seria compossuidor, verifico que tal fato não restou comprovado nos autos. Não é preciso sequer recorrer à presunção decorrente da revelia para afastar tal característica. O próprio Apelante aduz que só esteve no local uma vez (fl. 74), quando trocou o cadeado. Com tal atitude, o Apelante tentou impedir o ingresso da Apelada no imóvel. Sendo matéria incontroversa dos autos o exercício manso e pacífico da posse direta por parte da Apelada, mesmo que o Apelante comprovasse a com posse, o que não ocorreu, sua conduta teria sido ilícita, com base no art. 1.199 do CC:

Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, **contanto que não excluam os dos outros compossuidores.**

Pelas razões recursais, o apelante, no máximo, exerceria a posse indireta sobre o imóvel. Tal fato, não comprovado, caso fosse realidade, mesmo assim não lhe daria o direito de obstar a posse direta da Apelada. Entendendo que também tinha direito à posse do imóvel, deveria ter ajuizado a ação pertinente. O ordenamento repele o uso arbitrário da força. Agiu com acerto o magistrado *a quo* ao deferir a liminar pleiteada, por força do art. 1.211 do CC:

Art. 1.211. **Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa**, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso.

Também agiu com acerto o juízo *a quo* ao consolidar a liminar e deferir a proteção possessória na sentença. O Apelante nunca foi turbado ou esbulhado no exercício da posse direta para fazer jus à utilização do desforço *incontinenti*. A posse da Apelada era mansa e pacífica muito tempo antes da troca do cadeado. Por isso, o Apelante também não atenderia ao requisito temporal contido na expressão “*contanto que o faça logo*” do texto do §1º do art. 1.210 do CC. Praticou o ato de violência contra a posse em data arbitrária.

Em verdade, quem esteve albergado pelo permissivo do desforço *incontinenti* nos fatos narrados no processo foi a Apelada, quando, ao perceber o que o Apelante havia feito, imediatamente chamou o chaveiro para remediar a situação.

Em relação à desqualificação das testemunhas, tampouco assiste razão ao autor. Constam ressalvas expressas nos termos de suas oitivas (fls. 48/50) sobre a relação de cada uma com a Apelada, tendo sido ouvidas como meras informantes do juízo. Os fatos afirmados nas oitivas não contradizem em nada o que foi narrado pelo Apelante. A única controvérsia suscitada no recurso de apelação, e já afastada, dizia respeito à possibilidade de caracterização do ato de troca do cadeado como desforço *incontinenti*.

Acerca das alegações do Apelante, de ser coproprietário do imóvel, seja por doação em vida ou por herança de sua tia, vale dizer que a prova do domínio não é pertinente no âmbito das ações possessórias. No máximo, serve para *colorir* a posse, de modo a evidenciá-la em situações controversas. Caso seja reconhecido como herdeiro do imóvel no inventário em questão, no qual já requereu a habilitação (fl. 77), deverá adotar posteriormente as medidas legais cabíveis para ser imitido na posse. Não poderá se valer da força para entrar no imóvel.

Ante o exposto, o **VOTO É NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO e NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0067094-50.2000.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Des. Emílio Salomão Resedá, julgado em 10/5/2016**

**APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. TELEFONIA. AÇÕES TELEBRÁS. CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA PARA A AQUISIÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. PLANO DE EXPANSÃO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. DIFERENÇA DE VALORES DAS AÇÕES DO DIA EM QUE HOUVE INTEGRALIZAÇÃO COMPULSÓRIA. RELAÇÃO ENTRE A EMPRESA DE TELEFONIA**

**E OS CONTRATANTES ALBERGADA PELA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. REJEIÇÃO. AÇÕES EMITIDAS PELA TELEBRÁS, SUCEDIDA PELA TELEBAHIA S/A E, NA SEQUÊNCIA, PELA TELEMAR NORTE LESTE S/A. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO ESTADO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE CARÊNCIA DE AÇÃO. REJEIÇÃO. O INTERESSE PROCESSUAL RESIDE NA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DE RESGATE DAS AÇÕES PELA TELEMAR E O VALOR CONSTANTE DO BALANCETE DO MÊS DE INTEGRALIZAÇÃO DAS AÇÕES. PREJUDICIAIS DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE SERVIÇO, POSTO TRATAR-SE DE DIREITO DE NATUREZA PESSOAL OBRIGACIONAL. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. INTEGRALIZADAS AS AÇÕES EM 20/4/96 E AJUIZADA A PRESENTE AÇÃO EM 28/6/2000, APLICA-SE O LAPSO PRESCRICIONAL DE 20 (VINTE) ANOS. PREJUDICIAIS AFASTADAS. ILEGALIDADE DAS PORTARIAS GOVERNAMENTAIS QUE DEFINEM O MOMENTO EM QUE O VALOR PATRIMONIAL DAS AÇÕES DEVE SER APURADO. SÚMULA 371/STJ. VALOR PATRIMONIAL APURADO COM BASE NO BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO, COM SEUS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação nº 0067094-50.2000.8.05.0001, de Salvador, em que são partes as acima nominadas.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR** as preliminares e prejudiciais suscitadas, **NEGANDO PROVIMENTO** à apelação, pelas razões adiante expostas.

### **RELATÓRIO**

Integro ao presente o relatório da sentença de fls. 99/116, que, afastando as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência do Juízo, bem assim as prejudiciais de decadência e prescrição, julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a Ré ao pagamento do “*valor total correspondente às ações não subscritas, com base no balancete do mês da integralização, observando-se, ainda, o valor acionário no mercado financeiro, conforme a maior cotação entre o período compreendido entre a integralização e o trânsito da presente ação, como também o valor total correspondente à diferença de valores entre as ações da Telebrás/Telebahia, devendo incidir sobre estes valores juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação, além de correção monetária*”. Considerando o decaimento mínimo da parte autora, impôs ao réu o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

A Telemar Norte Leste S/A interpôs Apelação às fls. 136/151, reiterando preliminar de ilegitimidade passiva, por ser a União quem deveria figurar no polo passivo, uma vez que responsável pela política pública de desestatização do serviço de telefonia no Brasil, inclusive estabele-

cendo os critérios para emissão das ações da Telemar. Sendo de tal modo, desponta também a incompetência do Juízo, eis que a presença da União na lide impõe a remessa dos autos à Justiça Federal. Suscita ainda preliminar de ilegitimidade ativa e carência de ação, posto que as ações do autor já foram pagas, faltando-lhe, assim, o interesse processual. No mérito, alega a ocorrência de decadência consoante prazo estabelecido no art. 26 do CDC, ou, caso assim não seja entendido, a ocorrência de prescrição em face do inadimplemento contratual, na forma do art. 206, §3º, inciso V do CC/02. Rejeita que tenha promovido ato abusivo ou propaganda enganosa, jamais tendo prometido a disponibilização de ações da TELEBRÁS S/A. Afirma, outrossim, que o “manual de acionista” acostado aos autos não foi distribuído com o lançamento do Plano de Expansão de 1996 ou 1997, e, sim, em 1994, não contemplando as ações verberadas pelo autor. Aduz, por fim, que é dever do Judiciário zelar pela observância das portarias ministeriais que disciplinaram o setor de telefonia. Reclama, pois, o acolhimento das preliminares, ou, caso superadas, o reconhecimento da improcedência da ação.

Sem contrarrazões (certidão de fl. 217).

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

### VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial da ação ordinária ajuizada por Gilmar Gomes Vieira, que determinou o ressarcimento da diferença entre o valor das ações por ele adquiridas quando da assinatura do contrato da compra de linha telefônica do plano de expansão da TELEBRÁS, e o valor que findou por receber, em dezembro/1997 (fl. 06).

De início, rejeita-se a alegação de ilegitimidade passiva e de incompetência da Justiça Estadual, uma vez que não há necessidade da União ser chamada a integrar a lide, já tendo o ente constitucional se posicionado em inúmeros feitos análogos que não tem interesse ou qualquer responsabilidade pelo ressarcimento dos alegados prejuízos. Com efeito, o fato de ser da sua competência a regulamentação e o controle da concessão deste tipo de serviço público não lhe atribui legitimidade para figurar em tais ações, cabendo à Telemar Norte Leste responder pelos direitos e obrigações da sucedida. Neste sentido recente julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A APELAÇÃO. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM PLANO DE EXPANSÃO DE REDE DE TELEFONIA - SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONDIÇÃO DE ACIONISTA PROVADA. DIREITO À SUBSCRIÇÃO DA QUANTIDADE DE AÇÕES EQUIVALENTES AO VALOR PATRIMONIAL DA DATA DA INTEGRALIZAÇÃO. RECONHECIMENTO. SÚMULA 371 DO STJ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A Telemar Norte Leste S/A sucedeu a Telp (Telecomunicações de figurar no polo passivo da presente demanda vez que responsável por todos os direitos e obrigações da sucedida). 2. Os prazos prescricionais a serem observados nas ações ajuizadas em que se persegue o direito à complementação de ações subscritas decorrentes de contrato firmado com sociedade anônima devem ser aqueles previstos no art. 177 do CC/1916 e art. 205 do CC/2002, em razão da natureza pessoal daquele direito, e não o prazo de 3 anos previsto na Lei Societária. Rejeição da mencionada prejudicial de mérito. 3 - Demonstração através dos documentos trazidos aos autos, de ser a autora possuidora das ações junto à empresa de telefonia. 4 - Entendimento consolidado, no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o Valor Patrimonial da Ação (VPA) deve ser apurado com base no balancete do mês da integra-*



*lização, consoante se pode inferir do enunciado sumular nº 371 da Corte Superior de Justiça. 5 - A sentença de condenação à subscrição das ações com base no VPA da data da integralização não se incompatibiliza com o entendimento sumulado no âmbito do C. STJ, consoante restou consolidado no REsp. nº 975.834/RS. 6 - Recurso não provido. (AGI Nº 4173059, Des. Rel. JOVALDO NUNES GOMES, Quinta Câmara Cível TJ/PE, publ em DJ e em 16/02/16).*

Não viceja, de igual modo, a preliminar de ilegitimidade ativa, eis que a parte autora, como acionante da empresa TELEBAHIA S/A adquiriu, por meio oneroso, ações TELEBRÁS, sendo patente a sua legitimidade para buscar em juízo o apontado prejuízo decorrente da diferença de cotações. Assim, existindo relação contratual entre as partes, é manifesta a legitimidade do promovente para pleitear as diferenças.

Quanto a preliminar de carência de ação, erigida pela apelante sob o argumento de que os documentos colacionados sinalizam a existência de apenas um contrato, e que as ações referentes ao mesmo já foram pagas em 1997, também não resiste a um exame mais acurado.

Dos elementos reunidos aos autos constata-se a existência do contrato nº 06.046.570 (fl. 13), contemplando ações que tiveram sua compra integralizada em 5/6/96, com o pagamento de 5 parcelas: entrada no valor de 1 X R\$ 205,00 (duzentos e cinco reais) e mais 4 parcelas iguais no valor de R\$ 202,63 (duzentos e dois reais e sessenta e três centavos), fls. 08/10. Nesse momento, a parte autora já teria o direito de resgate das ações, que, no entanto, só foram disponibilizadas em 9/12/97.

Patente, então, o interesse processual em obter a diferença entre os valores de resgate das ações cujo diferimento foi imposto pela Telebahia, antecessora da Telemar Norte Leste.

Quanto a prejudicial de decadência, alega a recorrente que teria o titular das ações o prazo de até 90 (noventa) dias após a respectiva disponibilização para reclamar eventual vício. Ora, a decadência regulada no art. 26 de CDC se refere a vício de serviço e de produto de fácil constatação, ao que não corresponde a situação dos autos, jungida ao não cumprimento de obrigação contratual. Preliminar Rejeitada.

Quanto a prejudicial de prescrição, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, examinando caso semelhante, no sentido de que não tem aplicação o prazo de prescrição fixado no art. 287, inciso II, alínea “g”, da Lei Nº 6.404/76, porquanto o direito pleiteado a título de subscrição suplementar de ações não constitui obrigação de caráter societário, mas direito de natureza pessoal obrigacional. Confira-se:

*DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA AÇÃO DE SUBSCRITOR DE AÇÕES NÃO ENTREGUES. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES SUBSCRITAS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 287, II, G, DA LEI Nº 6.404/76. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO DE ACIONISTA. NATUREZA PESSOAL DA PRETENSÃO. PRESCRIÇÃO DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL. - Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo; para se verificar se houve ou não prescrição é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão. - Nos termos do art. 287, II, g, da Lei Nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), com a redação dada pela Lei nº 10.303/01, a prescrição para o acionista mover ação contra a companhia ocorre em 3 (três) anos. - A pessoa que subscreveu ações de uma sociedade anônima, mas não recebeu a quantidade devida de ações, não é acionista da companhia em relação às ações não recebidas e, por isso mesmo, ainda não tem qualquer direito de acionista em relação à companhia por conta das referidas ações. - O direito à complementação de ações subscritas decorrentes de instrumento contratual firmado com sociedade anônima é de natureza pessoal e, conseqüentemente, a respectiva pretensão prescreve nos prazos previstos nos arts. 177 do Código Civil/1916 (20 anos) e 205 do atual Código Civil (10 anos). Recurso*



*especial conhecido e provido. (REsp Nº 829835, Min. Rel. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma do STJ, publ no DJ em 21/08/06).*

Neste contexto, considerando que as ações foram integralizadas em 20/4/96 (fl. 10) e ajuizada a presente ação em 28/6/2000 (fl. 02), prevalece a regra cunhada no Código Civil/16, aplicando-se, destarte, o lapso prescricional de 20 (vinte) anos. Não há falar, portanto, na ocorrência do fenômeno na situação em apreço.

Rejeitam-se, pois, as prejudiciais de prescrição e decadência.

No mérito, verifica-se que a matéria contemplada nos autos envolve relação de consumo, uma vez que as ações adquiridas pelo autor decorreram da contratação do serviço de telefonia em 1996. A Douta magistrada de piso aplicou, corretamente, o CDC, pois trata-se de contrato de adesão (compra das ações), acessório ao contrato de telefonia (compra da linha), firmado com a antiga Telebahia S/A, antecessora da atual Telemar Norte Leste S/A.

É cediço que as empresas que compunham o Sistema Telebrás celebraram com consumidores diversos contratos de participação financeira. Por meio desses contratos, os proponentes assinantes – consumidores – repassavam à empresa de telefonia contratada uma determinada quantia em dinheiro e, em contrapartida à participação financeira, teriam os consumidores direito ao uso de uma linha telefônica e à subscrição de ações correspondentes ao total investido.

Ocorre, no entanto, que os contratos não foram adimplidos em sua completude pela operadora de Telefonia. Não obstante os consumidores terem adimplido os valores acertados, não houve, em diversos casos, a subscrição de ações pelas empresas de telefonia no prazo correto, o que ensejou o ajuizamento de várias ações individuais e coletivas (ações civis públicas) em desfavor das extintas empresas operadoras de telefonia integrantes do Sistema Telebrás. Em tais ações, pleiteou-se a emissão das ações conforme contratado, e ainda indenização por eventuais prejuízos suportados pelos consumidores.

Assim, tendo havido o descumprimento contratual por parte das operadoras de telefonia contratadas, constitui direito dos contratantes compelidos à compra das ações receberem a diferença entre o valor do dia em que efetivamente integralizado o pagamento e o que lhes foi pago a menor pelas concessionárias de telefonia, montante que deve ser acrescido de juros e correção monetária.

Compulsando os autos, vê-se que o autor firmou com a Telebahia o contrato nº 06.046.570, reproduzido à fl. 13, contemplando ações que tiveram sua compra integralizada em 5/6/96, após o pagamento de 5 parcelas, como descrito acima.

Já assentou o STJ que o Valor Patrimonial da Ação – VPA – é apurado com base no balancete do mês da integralização, sendo matéria sumulada na Corte Jurisprudencial, verbete nº 371. Dito valor, no caso, só foi disponibilizado em 9/12/97, como comprova o documento de fl. 06, testificando a data de disponibilização das ações pela Telebahia, patenteando a afronta àquele entendimento consolidado em súmula. Assim surgiu o direito do acionista de receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, tal como dispôs a sentença.

A jurisprudência se encontra remansada sobre o tema, senão confira-se:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM PLANO DE EXPANSÃO DE REDE DE TELEFONIA. AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. BRASIL TELECOM S/A. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRECEDENTES. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE SÚMULAS 5 E 71 STJ. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. DATA DA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL. BALANCETE*

*MENSAL CORRESPONDENTE. 1. Ante o cunho meramente infringente da argumentação desenvolvida pela ora embargante e não tendo sido objetivamente apontado nenhum dos vícios descritos no artigo 535 do CPC, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os embargos declaratórios como agravo regimental. 2. Em relação à prescrição, já decidiu esta Corte Superior de Justiça ser ela vintenária nos casos em que incide a hipótese do art. 177 do Código Civil/1916 e decenal naqueles em que se aplica o art. 205 do Código Civil/2002, pois a ação é de natureza pessoal e objetiva o cumprimento de obrigação contratual, não cuidando de pedido de anulação de deliberação tomada em assembleia geral. 3. No que se refere à legitimidade passiva do ora agravante para responder pela emissão de ações em nome da Celular CRT Participações S.A., não subsiste a alegada violação dos artigos supracitados, uma vez que esse é o entendimento desse eg. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 4. No que concerne à legislação consumerista, mostra-se adequada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no contrato em análise, visto que, acobertada pela relação societária, há clara relação de consumo na espécie. 5. Quanto à multa cominatória, constata-se inexistir a violação apontada, porquanto é possível, nos termos do art. 461 do CPC, a sua imposição, ainda no processo de conhecimento, para garantir a eficácia da determinação judicial. 6. No tocante à modificação e aumento do capital social com consequente alteração do valor das ações, a reserva de capital, as modalidades do ato jurídico e a interpretação dos contratos, respectivamente, verifica-se que a análise das razões recursais demanda, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória e interpretação de contrato, o que se revela defeso no âmbito do recurso especial, sendo aplicável, in casu, os enunciados 5 e 7 da Súmula/STJ. 7. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 975834/RS, realizado em 24/10/2007, por unanimidade, firmou entendimento no sentido de que o valor patrimonial da ação, nos contratos de participação financeira, deve ser fixado no mês da integralização, com base no balancete a ele correspondente; nos casos da integralização parcelada, considera-se a data do pagamento da primeira parcela. 8. Não tendo os argumentos apresentados pela ora agravante infirmado os fundamentos do acórdão recorrido, deve ser mantido o decisum agravado. 9. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no Ag 943415, Min. Rel. CARLOS FERNANDO MATHIAS, Quarta Turma do STJ, publ. no DJe em 25/08/2008).*

*COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA CONJUGADO COM AQUISIÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. SUBSCRIÇÃO E INTEGRALIZAÇÃO. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. PEDIDO INDENIZATÓRIO. DIFERENÇAS A RECEBER. CRITÉRIO DE APURAÇÃO. VPA. BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO DA PRIMEIRA OU ÚNICA PARCELA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRETENSÃO INFRINGENTE. EXAME DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO. I. Consoante o entendimento consolidado na 2a. Seção do STJ, a complementação buscada pelos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira firmado com a hoje Brasil Telecom S/A, deve tomar como base o valor patrimonial da ação, na data em que efetuada a sua integralização. II. Para tanto, o valor patrimonial da ação será apurado pelo balancete do mês da respectiva integralização, consoante a orientação uniformizada pela 2a. Seção (Resp n. 975.834/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 26.11.2007), entendimento harmônico com a orientação enunciada no item I, acima. III. Refoge ao Superior Tribunal de Justiça o exame de normas constitucionais afetas à competência do Pretório Excelso. IV. Descabido o uso de embargos declaratórios quando, a pretexto de reparar vícios aqui não encontrados, pretendem efeito meramente infringente ao julgado, para forcejar uma decisão favorável à tese que defendem, já repelida pelo aresto embargado. V. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no REsp Nº 975834, Min. Rel. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Segunda Turma do STJ, publ no DJe 13/03/2008).*

De ver que o argumento da apelante, no sentido de que apenas procedeu nos termos das decisões aprovadas em assembleias gerais e de portarias ministeriais, não se sustenta. Tais mecanismos e atos de hierarquia normativa inferior não podem ultrapassar os limites impostos pela lei.

Sendo de tal modo, implicando o denunciado diferimento em resgate “a menor” do valor das ações, tem o apelado direito às diferenças das parcelas, acrescidas dos consectários de lei, como bem decidiu a magistrada de piso.

Diante do exposto, **REJEITAM-SE** as preliminares e prejudiciais de mérito, para **NEGAR PROVIMENTO** à Apelação, mantendo-se a r. sentença em todos os seus termos.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0006672-48.2007.8.05.0039, Terceira Câmara Cível, Relator (a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 16/2/2016**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS. LUCROS REMANESCENTES PAGOS EXCLUSIVAMENTE AOS TITULARES DAS AÇÕES ORDINÁRIAS. ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES DA ASSEMBLEIA GERAL DA EMPRESA DEMANDADA. CABIMENTO. AÇÕES PREFERENCIAIS COM DIREITO A DIVIDENDOS MÍNIMOS. DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS RESIDUAIS EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM AS AÇÕES ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 17, §§ 1º e 4º E ART. 202, § 1º DA LEI DE S/A EM COTEJO COM O ESTATUTO SOCIAL. PAGAMENTO DAS QUANTIAS APURADAS NA PERÍCIA CONTÁBIL QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.**

1. Cabível a anulação das deliberações das Assembleias Gerais que determinaram a distribuição dos lucros remanescentes apenas aos titulares de ações ordinárias. Inteligência dos arts. 17, §§ 1º e 4º e 202, § 1º da Lei de 6.404/76 (S/A) em cotejo com os art. 5º, §§ 3º e 5º do Estatuto Social.

2. Ações preferenciais com dividendos mínimos. Possibilidade de participação na distribuição dos lucros residuais em igualdade de condições com as ações ordinárias.

**3. Pagamento das diferenças apuradas na perícia contábil, que se impõe. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação n.º 0006672-48.2007.8.05.0039**, em que figuram, como Apelante, o **Polo Hg Fundo de Investimento Em Ações, Polo Norte Fundo de Investimento Multimercado** e, como Apelado, **Braskem S.A.**

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO AO APELO**, nos termos do relatório e voto do Relator:

### **RELATÓRIO**

Adoto como próprio o relatório da sentença de fls. 776/780, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível e do Consumidor da Comarca de Camaçari-BA, que julgou improcedente a Ação Ordinária visando a anulação das Atas das Assembleias Gerais e reconhecimento do direito dos

acionistas preferenciais na participação nos lucros remanescentes, condenando o autor nas custas e honorários.

Laudo Pericial de fls. 612/632 concluindo que a companhia distribuiu os dividendos mínimos de acordo com os termos do Estatuto Social das Atas de Assembleias Gerais de 29/4/2005, 5/12/2005 e 28/4/2006.

Embargos de Declaração opostos às fls. 786/791 (parte autora) e fls. 792/795 (parte ré) e rejeitados às fls. 820.

Irresignada, a parte autora apela, às fls. 823/839, aduzindo, em síntese, a necessidade de reforma integral da sentença recorrida para anular as deliberações da Assembleia Geral e do Conselho de Administração da Polialden, datadas de 29/4/2005, 5/12/2005 e 28/4/2006, que determinaram o pagamento dos lucros remanescentes apenas aos titulares de ações ordinárias, pugnando pela condenação da apelada ao pagamento das quantias apuradas na perícia contábil (fl. 630, item 25), corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, desde a data do laudo até a data do efetivo pagamento, condenando, ainda, a apelada nas verbas da sucumbência. Pelo provimento do apelo com reforma da sentença.

Contrarrazões da parte apelada às fls. 846//880 pugnando pela manutenção da improcedência dos pleitos autorais. Pelo improvimento do apelo.

É o relatório, que ora submeto a Excelentíssima Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Relatora, na forma Regimental.

### VOTO

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade exigidos em lei.

Em análise dos autos, vê-se que o pleito da apelante cinge-se à anulação das deliberações da Assembleia Geral e do Conselho de Administração da Polialden, datadas de 29/4/2005, 5/12/2005 e 28/4/2006, que determinaram o pagamento dos lucros remanescentes apenas aos titulares de ações ordinárias, e ao pedido de condenação da apelada ao pagamento das quantias apuradas na perícia contábil (fl. 630), corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, desde a data do laudo até a data do efetivo pagamento, bem como das verbas sucumbenciais.

Assiste razão às apelantes eis que as deliberações das Assembleias Gerais foram formuladas em desacordo com o quanto previsto nos art. 5º, §§ 3º e 5º do Estatuto Social e arts. 17, §§ 1º e 4º e 202 da Lei de 6.404/76 (S/A). Senão, vejamos:

A prova pericial produzida às fls. 612/632 é conclusiva no sentido de que a companhia distribuiu os dividendos mínimos de acordo com os termos do Estatuto Social e das atas de Assembleias Gerais de 29/4/2005, 5/12/2005 e 28/4/2006 e que, em relação aos lucros remanescentes, a Assembleia Geral deliberou a distribuição somente aos acionistas ordinários.

Em verdade, o perito do Juízo informou às fls. 619 inexistir qualquer previsão no Estatuto Social que restrinja a distribuição de dividendos às ações preferenciais ou que determine o seu pagamento apenas às ações ordinárias e, ainda, que a ré/apelada detinha praticamente a totalidade das ações ordinárias e dos votos das Assembleias Gerais, nas quais se decidiu pela distribuição dos lucros remanescentes apenas aos acionistas ordinários. Finalmente, informa o *expert* que, caso o Juízo *a quo* entendesse ser possível a distribuição proporcional dos Lucros Remanescentes dos anos de 2004 e 2005 aos acionistas preferenciais e ordinários, deveria a Companhia Brasken pagar às autoras/apelantes o valor de R\$ 12.406.903,45, sendo R\$ 9.306.684,18 para a Polo HG e R\$ 3.100.291,27 para a Polo Norte.

Neste sentido, vale destacar que o artigo 5º do Estatuto Social (fls. 144/152) prevê dividendo não cumulativo e mínimo de 6% a 8% ao ano, além de garantir a participação, em igualdade de condições com as ações ordinárias, na distribuição de ações resultantes de aumentos de capital decorrentes de correção monetária e capitalização de reservas e lucros.



Lado outro, o art. 17, §§ 1º, 4º e 5º, da Lei da S/A institui aos titulares de ações preferenciais com dividendos mínimos o direito de participar da distribuição dos lucros em igualdade de condições com os acionistas ordinários. Vale, para tanto, transcrever o mencionado artigo, *ipsis litteris*:

Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:

§ 1º Independentemente do direito de receber ou não o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem ele, as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

I - direito de participar do dividendo a ser distribuído, correspondente a, pelo menos, 25% (vinete e cinco por cento) do lucro líquido do exercício, calculado na forma do art. 202, de acordo com o seguinte critério: (Incluído dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

a) Omissis

**b) direito de participar dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo prioritário estabelecido em conformidade com a alínea a; ou (Incluída dada pela Lei nº 10.303, de 2001)**

II – omissis

III - omissis

§ 2º Omissis § 3º Omissis

§ 4º Salvo disposição em contrário no estatuto, o dividendo prioritário não é cumulativo, a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes e a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 5º Salvo no caso de ações com dividendo fixo, o estatuto não pode excluir ou restringir o direito das ações preferenciais de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas ou lucros (art. 169). (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001).

Destarte, uma vez distribuído o percentual do lucro líquido mínimo estatutariamente garantido às ações preferenciais, e havendo ainda rendimentos a partilhar, devem as ações ordinárias receber tais rendimentos até se igualarem ao mínimo previsto para as ações preferenciais e, se, após a atribuição de dividendos aos acionistas ordinários, ainda subsistirem lucros líquidos a distribuir, serão estes partilhados igualmente, de forma proporcional, entre as ações preferenciais e as ordinárias.

Nesta senda, para que os lucros remanescentes pudessem ser distribuídos apenas à apelada (acionista ordinária), deveria o estatuto social conter previsão expressa de exclusão das ações de dividendo mínimo da distribuição dos lucros residuais apurados, o que não se configurou *in casu*, tendo a parte apelante direito ao recebimento dos valores não pagos e apurados na perícia judicial.

Por fim, infere-se, ainda, da leitura do art. 202, § 1º da supracitada lei que o estatuto poderá estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria.

Ocorre que, no caso *sub judice*, vê-se que a apelada/Brasken, era detentora de 99,9% das ações ordinárias e, consequentemente, da maioria dos votos das Assembleias Gerais nas quais se deliberou a divisão dos lucros residuais apenas aos acionistas ordinários em detrimento dos acionistas preferenciais, violando-se, assim, o quanto previsto no art. 202, § 1º, da Lei que rege as Sociedades Anônimas.



Merece reforma, assim, a sentença de primeiro grau, a fim de que sejam anuladas deliberações das referidas assembleias que determinaram a exclusão da participação nos lucros apelantes/acionistas preferenciais, devendo os mesmos serem pagos com base nos valores apurados em perícia contábil às fls. 630, item VII. Neste sentido, a jurisprudência pátria:

DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS. **AÇÕES PREFERENCIAIS COM DIREITO A DIVIDENDOS MÍNIMOS. DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS REMANESCENTES EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM AS AÇÕES ORDINÁRIAS.** DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES EMITIDAS PARA AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL EM RAZÃO DE INCENTIVOS FISCAIS. DIREITO DE PREFERÊNCIA INEXISTENTE. - A legislação específica, no caso, a Lei n. 5.508/69, em seu art. 44, exclui textualmente as ações emitidas com base em incentivos fiscais da regra geral de preferência para subscrição dos acionistas inserta nos arts. 109, IV e 171 da Lei 6.404/76. - **A Lei n. 6.404/76 comanda, no § 2º do art. 17, a repartição dos lucros remanescentes também para as ações com dividendo mínimo. Assim, somente por disposição estatutária expressa é que tal direito dos acionistas preferenciais poderia ser legalmente afastado. - No caso, de acordo com o que se extrai do acórdão hostilizado, não há vedação expressa à percepção dos dividendos remanescentes para os acionistas preferenciais, mas apenas a regulamentação do percentual a ser auferido, permanecendo incólume o comando legal de distribuição dos lucros remanescentes às ações com dividendo mínimo, em igualdade de condições com as ações ordinárias.** - O recurso não merece conhecimento pela alínea c do permissivo constitucional, pois não obstante o paradigma trazido trate de matéria jurídica semelhante à versada nos presentes autos, afigura-se inviável a análise das peculiaridades fáticas de cada caso, máxime no tocante às disposições estatutárias de cada sociedade quanto à distribuição dos dividendos. - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ - REsp: 267256 BA 2000/0070690-6, Rel: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 21/08/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/11/2001 p. 115 RDR vol. 24 p. 339).

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, para anular as deliberações contidas nas Assembleias Gerais datadas de 29//2005, 5/12/2005 e 28/4/2006, a fim de que seja procedida à distribuição proporcional dos lucros remanescentes aos acionistas preferenciais e ordinários, no período pleiteado na exordial, devendo a Companhia Brasken pagar às autoras/apelantes o valor de R\$ 12.406.903,45, sendo R\$ 9.306.684,18 para a Polo HG e R\$ 3.100.291,27 para a Polo Norte, devidamente corrigido, com inversão do ônus de sucumbência.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Apelação Cível nº 0006407-59.2003.8.05.0274, Quarta Câmara Cível, Relator (a): Desª. Cynthia Maria Pina Resende, julgado em 26/5/2015**

**DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E APURAÇÃO DE HAVERES. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DAS SÓCIAS/APELADAS POSTULAREM EM NOME PRÓPRIO DIREITO DA PESSOA JURÍDICA. REJEIÇÃO. A DISSOLUÇÃO É MATÉRIA DELIBERADA PELOS SÓCIOS E NÃO PELA SOCIEDADE. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, POR TER O SÓCIO MINORITÁRIO PEDIDO A EXCLUSÃO DO SÓCIO MAJORITARIO. NÃO ACOLHIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA/ULTRA PETITA*,**

**IMPONDO-SE A REJEIÇÃO DA PREFACIAL. FALECIMENTO DE SÓCIO. COTAS. TRANSFERÊNCIA POR SUCESSÃO. ESTADO CONSOLIDADO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS EMPRESAS EPGVS e EPG. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. APURAÇÃO DE HAVERES EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO NÃO PROVIDO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0006407-59.2003.805.0274, de Vitória da Conquista, em que figuram, com parte Apelante, ANANIAS VAZ AMARAL MOTA e ESPÓLIO DE ALMIRIVAL PEREIRA MOTA e MARIA LÚCIA VAZ AMARAL MOTA REP. POR ANANIAS VAZ AMARAL MOTA e, partes Apeladas, ANA GLÓRIA VAZ BARBOSA ARAÚJO, JULIANA VAZ BARBOSA DE ARAÚJO, ANA CLÁUDIA VAZ DO AMARAL BARBOSA ARAÚJO e MAIANA VAZ DO AMARAL BARBOSA.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível deste Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **rejeitar as preliminares** e no mérito **negar provimento** ao apelo, nos termos do voto da sua Relatora.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por ANANIAS VAZ AMARAL MOTA e ESPÓLIO DE ALMIRIVAL PEREIRA MOTA e de MARIA LÚCIA VAZ AMARAL MOTA REP. POR ANANIAS VAZ AMARAL MOTA, em face da sentença de fls. 2021/2029, proferida pelo Juízo da 3ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais, da Comarca de Vitória da Conquista, que, nos autos da Ação de Dissolução e Liquidação de Sociedade Comercial, movida por MARIA LIZETE VAZ DO AMARAL BARBOSA e ANA GLÓRIA VAZ BARBOSA ARAÚJO, assim decidiu:

*“Ante o exposto, acreditando ter analisado todos os pedidos pendentes de solução, decido:*

*I – Julgo procedente, em parte, os pedidos das autoras para:*

- a) declarar a dissolução parcial da sociedade comercial, Educandário Padre Gilberto Vaz Sampaio Ltda.;*
- b) excluir o réu Ananias Vaz Amaral Mota, do quadro social do Educandário Padre Gilberto Vaz Sampaio Ltda.;*
- c) determinar, em liquidação de sentença, por meio de perito a ser nomeado pelo juízo, a ampla apuração dos haveres, com balancete do patrimônio social existente até a data da saída do réu da empresa, isto é, do trânsito em julgado desta sentença, devendo ser observadas as disposições contratuais referentes ao capital integralizado de cada sócio;*
- d) determinar que o pagamento dos haveres devido a Ananias seja satisfeito em até noventa dias do trânsito em julgado da sentença que decidir a apuração dos haveres;*
- e) ordenar a autora Maria Lizete Vaz do Amaral Barbosa a incluir novo sócio no quadro societário da empresa Educandário Padre Gilberto Vaz Sampaio Ltda., em 180 dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença;*

*II – Julgo extinto o processo, sem julgamento do mérito, com referência ao pedido de exclusão do réu da sociedade EPG – Estabelecimento Particular de Ensino Ltda., com base no art. 267, VI, do CPC.*

*III – Julgo improcedente o pedido do réu reconvinte, de dissolução total da empresa Educandário Padre Gilberto Vaz Sampaio Ltda.*

*Diante da sucumbência recíproca (art. 21 do CPC), condeno as autoras ao pagamento de 50% das custas processuais e o réu ao pagamento dos 50% restantes. Condeno, ainda, as partes ao pagamento dos honorários advocatícios a favor do advogado da parte ex adversa no percentual de 15% sobre o valor da causa”.*

Em suas razões recursais (fls. 2108/2127), a parte apelante faz um resumo acerca da constituição das duas instituições de ensino, informando que o Educandário Padre Gilberto Vaz Sampaio Ltda. – EPGVS – tinha como sócias a sua genitora, Maria Lúcia, que era sócia majoritária, e Maria Lizete Vaz do Amaral, enquanto o EPG – Estabelecimento Particular de Ensino Ltda. – tinha como sócios o seu genitor, Almirival Pereira Mota, também sócio majoritário, e a segunda apelada, Maria Glória Vaz Barbosa Araújo.

Informa que, com o falecimento de seus pais e irmãs, ocorrido em 11/1/2002, o recorrente, como único herdeiro, foi admitido a suceder às quotas de sua mãe no EPGVS, não tendo sido adotado o mesmo procedimento com relação às quotas deixadas pelo seu genitor, na condição de sócio do EPG, passando esta instituição de ensino a funcionar, desde então, com apenas um sócio, no caso a segunda apelada, Ana Glória.

Que as autoras/apeladas, ingressaram com a ação ordinária, pleiteando:

- a) o reconhecimento de igualdade de participação dos sócios, que foi contestada pelo ora apelante então réu, tendo o *a quo* reconhecido a prescrição da pretensão deduzida pelas então demandantes;
- b) reconhecimento e restituição do acervo patrimonial, sob a alegação de ocorrência de desvios feitos pelo ora apelante então réu/reconvinte, para constituição de seu patrimônio particular, tendo o *quo* reconhecido de ofício, a ilegitimidade ativa das autoras, quanto ao pedido de reconhecimento da propriedade das pessoas jurídicas sobre os bens descritos no item 5 da exordial, pois não é permitido pleitear direito alheio em nome próprio, salvo com autorização legal;
- c) resolução de ambas as empresas;
- d) sobrestamento do processo de inventário.

Reconvenção tombada sob o nº 0009251-79.2003.805.0274, autos apensados, apresentada pelo ora apelante, na qual postula a dissolução das sociedades empresárias, com apuração dos haveres, sendo que no tocante a empresa EPG seja a apuração e pagamento feito imediatamente, pois apesar de ser o único herdeiro, devido ao falecimento do seu genitor e sócio da mesma, vem a segunda reconvenida usufruindo da empresa sozinha.

Contestação à reconvenção apresentada às fls. 13/18, pugnando para que seja determinada a dissolução parcial das sociedades, com a exclusão do reconvinte e pagamento de haveres, apurados em liquidação de sentença.

Sustenta que, desde o início, vem a parte autora/apelada pleiteando direitos inexistentes, visando tão somente se beneficiar da administração solitária das empresas, pois a ação principal intentada pelas ora apeladas tem como objetivo a sua exclusão da sociedade, apesar de ser sócio majoritário, usando como fundamento para o seu pedido atos que não foram sequer praticados pelo recorrente, mas, segundo as apeladas, foram supostamente praticados por sócios já falecidos (Maria Lúcia e Almirival), o que demonstra clara e manifesta impossibilidade jurídica, ressaltando que o afastamento noticiado foi baseado em documentos forjados pelas recorridas que, supostamente, davam conta de hipotéticos embaraços cometidos pelo apelante nas empresas.

Sobreleva que a liminar concedida pelo *a quo* promoveu um enorme tumulto ao processo, ao determinar a juntada mensal da prestação de contas da administração da sociedade, exercida exclusivamente pelas recorridas, que não passam, na verdade, de demonstrativos mensais, indo de encontro ao quanto disposto no art. 917 do CPC.

Informa que, dos pedidos formulados pela parte apelada, apenas dois deles ainda perma-

neceram sem decisão, que são: a exclusão da sócia Maria Lizete da empresa EPGVS e a inclusão do ora apelante Ananias Vaz na empresa EPG; ou apuração dos haveres de seu genitor, ambos os pleitos formulados na Reconvenção.

Após tecer tais considerações, suscita a parte apelante, em preliminar, a ilegitimidade ativa das apeladas para postular a exclusão do apelante, com base no quanto disposto no art. 1.030 do CC/2002, ressaltando que na sentença vergastada restou confirmado o trânsito em julgado da decisão proferida pela Quarta Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento, que reconheceu que as recorridas não podem pleitear em nome próprio direito exclusivo da sociedade comercial e, em assim sendo, somente a pessoa jurídica poderia pleitear a exclusão do recorrente, na condição de sócio majoritário.

Também em preliminar, argui a impossibilidade jurídica do pedido de exclusão do sócio majoritário da empresa EPGVS, pois a legislação utilizada pelas apeladas (arts. 1028 e 1.032 do CC/2002) não autoriza a ação, em razão de ser Maria Lizete sócia minoritária da empresa EPGVS, conforme de depreende do quanto disposto no art. 1.034, I e II, do mesmo diploma legal.

Diz que as causas de pedir utilizadas pelas recorridas sequer se referem a falta grave, ao revés, têm como objeto ações supostamente empreendidas pelos seus pais, falecidos, Maria Lúcia e Almirival, e então sócios majoritários das mencionadas empresas, perguntando, então, em qual dispositivo legal se pautou o juízo *a quo* para excluir o sócio majoritário da empresa EPGVS, devendo assim ser acolhida tal preliminar.

No mérito, diz que, desde o início, a primeira apelada vem buscando a dissolução da sociedade, tendo ela afirmado que foi enganada ao assinar a alteração contratual visando a sobrevivência da empresa, postulando o restabelecimento da Cláusula Décima do contrato social da EPGVS, e que a própria sentença expõe que a mencionada cláusula dissolve totalmente a sociedade, o que foi rechaçado pelo juízo *a quo*, e que a sua exclusão seria decorrência lógica do restabelecimento da cláusula, o que não aconteceu.

Argumenta que o *a quo* promoveu uma injustiça, pois ambas as partes postularam, inicialmente, a extinção das sociedades comerciais, mas que, posteriormente, demonstraram a vontade de continuar com as mesmas, tendo o *a quo* entendido que somente as recorridas teriam direito a ter seu pleito de extinção total convertido em exclusão do sócio ex adverso, ressaltando que não é vontade do recorrente extinguir a sociedade, mas sim excluir a sócia apelada, que deu justa causa para ser excluída ao propor demanda infundada, violando o dever de lealdade.

Sustenta que a sentença é *extra petita*, pois cria causa de pedir diversa da contida na peça inaugural.

Diz que a reconvenção intentada pelo apelante foi julgada favoravelmente, não podendo o juízo singular excluir o recorrente quando da apreciação do feito principal, restando evidente que a decisão se revelou *extra petita*, pelo que deve ser reformada para expurgar a parte que determina a exclusão do sócio majoritário.

Argumenta que o julgador de piso decretou a falta de interesse de agir das apeladas no tocante a exclusão do apelante da empresa EPG, por entender que este nunca fora admitido como sócio, tendo no próprio julgado afirmado que o que ocorrera foi a sucessão das quotas do extinto Almirival, e por conseguinte determinou a indenização das cotas a ele pertencentes, mas o que se percebe é que a parte apelada restou premiada com as quotas pertencentes ao sócio extinto (Almirival), sem qualquer ônus financeiro. Que, se a sentença determina que as apeladas devem permanecer como sócias da empresa EPG, cumpre determinar, também, a indenização das cotas do sócio extinto ao seu espólio, em sede de liquidação de sentença, através de perito nomeado pelo juízo, para apuração dos haveres, balancetes do patrimônio social existente até o trânsito em julgado da sentença, devendo ser observadas as disposições contratuais referentes ao capital integralizado de cada sócio.



Afirma que, no tocante à sucumbência, o julgador de piso entendeu pela reciprocidade, não expondo, contudo, o motivo para tal decretação, apesar das apeladas, até o presente momento processual, terem logrado êxito em apenas um dos seus pedidos.

Pugna pelo provimento do apelo, para acolher as preliminares suscitadas, para excluir da sentença o ponto que determina a exclusão do apelante da empresa EPGVS, seja pela ausência de previsão legal (impossibilidade jurídica do pedido), seja pela ilegitimidade ativa da parte apelada e no mérito que seja provido o recurso, para conceber a reconvenção como pedido de dissolução parcial da sociedade para excluir Maria Lizete da empresa EPGVS, ou subsidiariamente, não excluir qualquer dos sócios e determinar a continuidade da mencionada empresa, tal como se encontra, julgando neste ponto improcedente o pedido da ação principal e a reconvenção, remetendo as partes às hipóteses de exclusão previstas no Código Civil, ou ainda determinar a extinção da empresa por vontade de ambas as partes. Requer ainda que, em qualquer das hipóteses, seja afastada a sucumbência recíproca, com a condenação da parte apelada a arcar com a mesma, além de determinar a indenização das quotas do sócio Almirival ao seu espólio em sede de liquidação de sentença, através de peito nomeado pelo juízo.

Contrarrazões ao apelo apresentadas às fls. 2145/2164, pugnando pela manutenção da sentença na sua integralidade.

Pedido de ingresso na lide de Juliana Vaz Barbosa de Araújo, fls. 2180/2181, em razão do falecimento de Maria Lizete Vaz do Amaral Barbosa (fl. 2182), tendo sido juntado formal de partilha (fls. 2189/2194), conforme determinado por esta relatora.

Petição do apelante (fls. 2197/2205), argumentando que, com o falecimento da primeira Apelada, perdeu o objeto o comando do *decisum* no tocante à exclusão do apelante, bem como o pleito recursal de exclusão da sócia falecida, pugnando o apelante, com arrimo no art. 1028, *caput*, do CC e art. 462 do CPC, seja o recurso provido com relação aos pedidos remanescentes.

É o relatório, que ora submeto a apreciação da eminente Desembargadora Revisora.

### VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos acerca de ação de dissolução parcial de sociedade proposta pelas ora apeladas, contra Ananias Vaz do Amaral Mota e Espólio de Almirival Pereira Mota e de Maria Lúcia Vaz Amaral Mora Rep. Por Ananias Vaz Amaral Mota, ora apelante.

As preliminares de ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido e da ocorrência de julgamento *extra e ultra petita* devem ser rejeitadas.

Argui o apelante a preliminar de **ilegitimidade ativa** da parte apelada, sob o argumento de que a sociedade é que teria legitimidade para intentar o feito, que, ao meu sentir, não merece acolhimento, visto que a dissolução não é matéria a ser deliberada pela sociedade, mas sim pelos sócios, quando ocorrer uma das causas disposta em lei, conforme artigo 1.034 do CC/2002.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho, *“a exclusão não é, ao contrário do que se costuma lecionar, assunto de deliberação da sociedade. Não é a sociedade que expulsa o sócio. São os demais sócios, à vista da ocorrência de fato que a lei define como ensejador da expulsão, que passam a titularizar o correspondente direito”*. (in, Manual de Direito Comercial. São Paulo, 2002, p. 145).

#### **Preliminar rejeitada.**

Quanto a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de ter sido, o pedido de exclusão do sócio, feito pelo sócio minoritário, também não merece acolhimento.

Isto porque, em circunstancia excepcionais, é possível a exclusão do sócio majoritário a pedido do minoritário, quando o que se pretende é a preservação da empresa.



Nesse sentido, o artigo publicado por Luiz Cláudio Barreto Silva, no site “[www.abdir.com.br](http://www.abdir.com.br)”, *in verbis*:

“É possível a exclusão dos sócios majoritários pelo minoritários pela via judicial. Essa é a interpretação de substancial vertente doutrinária ao artigo 1.030, do novo Código Civil em vigor, que disciplina a resolução da sociedade com relação ao sócio. Nessa espécie de expulsão dos sócios não se leva em conta a maioria do capital social. É que o Código Civil brasileiro usa a expressão “mediante iniciativa dos demais sócios”. Por isso, cometida a falta grave, não se pode negar aos demais sócios ainda que minoritários, o direito de buscar na via judicial a expulsão do sócio faltoso da sociedade”.

Assim, o sócio minoritário é parte legítima para, em nome próprio, figurar no polo ativo da demanda de dissolução parcial, conforme disposto no art. 1.030 do CC/2002, aplicável às sociedades empresárias de quotas de responsabilidade limitada, o qual determina que “*pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente*”.

#### **Preliminar não acolhida.**

Também há de ser rechaçada a alegação, posta nas razões recursais, de julgamento extra e *ultra petita*, uma vez que, observa-se dos autos constar expressamente, na inicial, pedido de condenação da empresa apelante no pagamento dos dividendos vencidos e vincendos, o que, por força do julgamento de total procedência da ação, foi determinado pelo *a quo*.

Cumprir destacar que o entendimento mais atual do STJ consagra a tese de que, citados todos os sócios, que no caso em tela são apenas dois, a pessoa jurídica estará amplamente defendida, não havendo assim nenhum prejuízo para os litigantes.

Na situação em exame, a empresa **EPGVS** tem como sócios o réu/apelante, que sucedeu a sua genitora, com 60% das cotas, e pela autora/apelada Maria Lizete, com 40%, tendo ambos os sócios participado da ação, defendendo seus interesses.

Nas ações de dissolução de sociedade, devem figurar no polo passivo os sócios remanescentes e a sociedade, porque tanto os sócios quanto a sociedade serão alcançados pela decisão que afastar qualquer dos sócios e condenar a sociedade ao pagamento de seus haveres.

No caso, desnecessária a formação de litisconsórcio passivo, eis que, sendo apenas dois sócios e sendo o único sócio remanescente a representante da empresa, imperativo reconhecer a perfeita identidade entre os interesses do sócio remanescente e os da sociedade, configurando excessivo rigor formal, porque inútil, exigir-se que fosse a sócia remanescente citada duas vezes, e assim também obrigada a oferecer idêntica defesa em duplicidade.

A formação do litisconsórcio não é sempre imprescindível, como reconheceu o STJ:

“Sociedade Comercial. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Dissolução parcial. Apuração de haveres. Legitimidade passiva. Sociedade e sócios remanescentes. Litisconsórcio passivo necessário. Precedentes. Caso concreto. Especificidades. Conforme precedentes desta Corte, na generalidade dos casos, a retirada de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada dá-se pela ação de dissolução parcial, com apuração de haveres, para qual tem que ser citados não só os demais sócios, mas também a sociedade. Na especificidade do caso concreto, contudo, não é necessária a inclusão da sociedade, pois, tratando-se de processo muito antigo, ansioso por chegar a desfecho, está claro que os demais sócios excluiram o autor, exclusão com a qual, pelo fato de os demais sócios constituírem a unanimidade remanescente, a sociedade jamais chegaria a sustentar o que quer que seja em contrário, de modo que, a rigor, desnecessário anular o processo para inclusão de litisconsorte necessário e retorno à mesma situação que já se tem agora. Recurso Especial Improvido”. (Resp 788886/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti).

Analisando o mérito propriamente dito, a questão posta nos autos diz respeito à exclusão dos sócios e dissolução das sociedade de ensino objeto da demanda.

Trata-se de empresas constituídas sob a forma de sociedade limitada, sendo, por isso, regidas pelos artigos 1.052 a 1.087 do novel Código Civil, bem como pelas disposições do seu ato constitutivo, ou seja, o contrato social.

A sociedade, com razão social - Educandário Padre Gilberto Vaz Sampaio – EPGVS, foi constituída em 15/5/96, tendo como sócias Maria Lúcia Vaz Amaral Mota e Maria Lizete Vaz do Amaral Barbosa (fls. 185/186), ficando estabelecido em sua clausula 10ª, para o caso de retirada ou falecimento dos sócios, que:

“No caso de retirada ou falecimento de qualquer dos sócios, a sociedade SE DISSOLVERÁ e os haveres do sócio retirante ou falecido, isto é, capital e lucros verificados por balanço extraordinário, serão pagos ao sócio retirante ou herdeiros do sócio falecido em 06 (seis) parcelas mensais e consecutivas a partir de 60 (sessenta) dias da ocorrência, pelo sócio remanescente.”

Conforme se constata, através da Clausula 10ª acima transcrita, originalmente vigente, no caso de retirada ou falecimento de um dos sócios, a sociedade se dissolveria. Todavia, foi celebrada alteração contratual (fls. 318/319), quando restou pactuada a extinção da mencionada cláusula, estando o instrumento devidamente assinado pelos então sócios, com firma reconhecida, e registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Assim, ante a validade da alteração contratual levada a efeito pelos sócios, que extirpou a cláusula 10ª supratranscrita, não é possível crer que a sócia Maria Lizete tenha sido enganada, sendo correta a sentença que não reconheceu a ocorrência de vício de consentimento passível de retirar a validade da alteração, não havendo, portanto, que se falar em dissolução da sociedade tendo como fundamento a Clausula 10ª.

No caso em tela, a sentença recorrida, julgando em parte procedente o pedido da parte autora/apelada, determinou a dissolução parcial da sociedade, com a exclusão do réu/recorrente do quadro social da empresa EPGVS.

Já o apelante, na Reconvenção, requereu a dissolução total do EPGVS, além do reconhecimento da dissolução da EPG, com apuração dos haveres, sob o fundamento de quebra do *affectio societatis*, tendo, posteriormente, atravessado petição, quando já havia ocorrido a citação da parte ré, alterando o pedido inicial, o que não foi acolhido pela julgadora *a quo*, que não conheceu dessa alteração.

Segundo Fábio Uchôa Coelho ocorre a dissolução parcial da sociedade “quando os conflitos entre os sócios, ou entre estes e os sucessores de um deles, impossibilitam a preservação deste laço e a continuidade da sociedade comercial ou, pelo menos, da empresa explorada. A dissolução assim, não será da pessoa jurídica, propriamente, mas dos vínculos contratuais que a originaram. Se houver dissolução de apenas parte destes vínculos, permanecendo a sociedade por força dos demais não dissolvidos, estar-se-á diante da dissolução parcial” (in Manual de Direito Comercial, 16ª edição, Ed. Saraiva, 2005).

O elemento principal do contrato societário, chamado *affectio societatis*, caracterizada pela vontade de união, há muito deixou de existir tanto para um sócio quanto para o outro, tendo as partes ingressado com ações (Dissolução de Sociedade e Reconvenção), com pedidos de dissolução das sociedades e exclusão de sócio.

Os desentendimentos entre os sócios, no presente caso, caracterizam o rompimento da *affectio societatis*, não havendo mais o ânimo de manter a sociedade constituída.

Nesse sentido:

“A divergência grave entre sócios constitui motivo de dissolução, tendo-se em vista que torna impossível a continuação da sociedade, pela extinção da compreensão e colaboração mútuas, ou seja, pela desaparecimento da *affectio societatis*. Nesses casos, o norte jurisprudencial recomenda a dissolução parcial da sociedade...” (TJMG, Ap. Cível nº 290.795-5, Rel. Des. Caetano Levi Lopes).

Depreende-se dos autos que, por divergência entre os sócios, caracterizada, principalmente, nos atos de gerência administrativa das sociedades, houve desgaste na relação de confiança entre os sócios, conforme suas próprias alegações.

Com efeito, a dissolução parcial tem por finalidade preservar a empresa, os empregos por ela gerados e sua contribuição tributária, além de proporcionar ao sócio remanescente pró-labores, havendo toda uma malha social beneficiada com a sua preservação.

Ensina Waldo Fazzio Junior (in Manual de Direito Comercial, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.184/185):

”Como assente pela maioria dos comercialistas, a dissolução parcial foi construída pela doutrina e adotada pela jurisprudência, precisamente para resguardar a estabilidade da empresa contra eventual instabilidade dos interesses dos sócios, suprimindo assim as deficiências do individualismo do Código Comercial, voltado preferencialmente para a proteção destes. Por isso, só uma leitura produtiva daquele diploma pode superar a perplexidade despertada por sua exegese literal.

(...)

Se não se faz mais presente a *affectio societatis*, nem por isso se desfaz a sociedade, para o bem dela mesmo, dos sócios que ficam e da coletividade que usufrui da empresa. O princípio protetivo da continuidade desta alicerça, por si só, a dissolução parcial e não total.

Precisamente por isso, já se decidiu que aquela regra de qualquer sócio poder postular a dissolução da sociedade, caso em que, terminada a liquidação, receberia, de uma só vez, o que lhe pertence, foi amenizada pela jurisprudência que, apoiando-se no ordenamento jurídico, construiu a solução, segundo a qual, sempre que os demais sócios queiram continuar a vida social, e a sociedade tenha condições de continuar, a dissolução será parcial, apurando-se e pagando-se os haveres dos sócios que pretendem deixá-la”.

Dessa forma, agiu com acerto o *a quo* ao dissolver parcialmente a EPGVS e excluir o sócio, ora apelante, já que o mesmo manifestou o seu desinteresse em dar continuidade as atividades da sociedade, no seu pedido reconvenicional, devendo ser apurado o que lhe é devido em liquidação de sentença.

Quanto à – Estabelecimento Particular de Ensino Ltda., apesar do falecimento do seu sócio Almirival, verifica-se nos autos que o ora apelante jamais foi incluído no seu quadro social, tendo apenas sido transferidas para si as cotas do seu genitor, na condição de herdeiro, não podendo assim ser acolhida, como efetivamente não foi pelo *a quo*, a sua exclusão, pois não foi ele sequer incluído como sócio, cabendo portanto, nesse caso, apenas a apuração dos haveres a ele devidos desde o falecimento do seu genitor e sócio majoritário da EPG.

Tecnicamente, portanto, o herdeiro/apelante nunca foi sócio da sociedade empresaria EPG, razão pela qual, em tese, sequer teria legitimidade para ser excluído da mesma, mas apenas ter apurado os haveres e liquidação das cotas do de cujus, na condição de credor do valor patrimonial das cotas nos termos do art. 1.028 do Código Civil:

Art. 1.028 – No caso de morte de sócio, liquidar-se -á sua quota, salvo:

I – se o contrato dispuser diferentemente;

II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Ainda que tecnicamente a hipótese seja de resolução parcial da sociedade empresarial, cuja pretensão pode ser deduzida por ação de apuração de haveres, pode-se realizar a liquidação isolada e singular do sócio retirante e/ou morto, nos termos do supramencionado artigo combinado com o art. 1.031, do CC/2002.

Ensina Marcelo Fortes Barbosa (in Código Civil Comentado. Coordenação Cezar Peluso , 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2010, pág. 1.018):

“Assim, morto o sócio, propõe-se, como regra geral, o empreendimento de uma resolução parcial do contrato celebrado, provocando, na forma do disposto no art. 1.031, a liquidação isolada e singular de sua quota social. Aos herdeiros é atribuído, mediante a redução do capital social, o valor correspondente à quota do *de cujus*, preservando o restante. Apesar de desfalcado seu acervo patrimonial, a sociedade sobrevive”.

Em assim sendo, a sentença que determinou a apuração de haveres e liquidação das cotas do sócio falecido, com o pagamento pela parte apelada, ao recorrente, do valor patrimonial das cotas herdadas, apurados em liquidação de sentença, com data base correspondente à data do falecimento do sócio, deve ser mantida, ressaltando que a parte apelada não admitiu o ingresso do apelante na sociedade empresaria EPG, e, em assim sendo, a sociedade se resolveu em relação ao sócio falecido na data do seu óbito, sendo portanto a data-base para apuração dos haveres.

Em face do julgamento parcial do pleito exordial, a verba sucumbencial deverá ser arcada pelas partes de forma recíproca.

Aplicável à espécie, pois, o artigo 21 do Código de Processo Civil, uma vez que cada uma das partes decaiu em metade de seus pedidos.

Por fim, cumpre registrar a ocorrência de fato superveniente, que foi o falecimento da sócia mantida na EPGVS, e primeira apelada, Maria Lizete Vaz do Amaral (fl.2182). Entretanto, tal fato em nada interfere no desfecho da lide, somente tendo repercussão na esfera dos direitos sucessórios dele decorrentes.

Isto posto, **rejeito as preliminares**, no mérito, **nego provimento ao apelo**, para manter na íntegra a sentença recorrida.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0007725-69.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Telma Laura Silva Britto, julgado em 16/6/2016**

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. QUESTÃO CONTROVERTIDA SOBRE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE A POLICIAIS MILITARES. EXAME DE ADMISSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS EXIGIDOS PELO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDENTE ADMITIDO.

Demonstrados os pressupostos elencados no art. 976 do Código de Processo Civil, deve ser instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas com o objetivo de uniformizar a jurisprudência da Corte sobre questão jurí-

dica controvertida a respeito da concessão de auxílio-transporte aos Policiais Militares com base no art. 92, V, “h”, da Lei Estadual nº 7.990/2001.

Caso em que o Estado da Bahia comprovou a existência de demandas repetitivas acerca da matéria; o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica pela real probabilidade de decisões conflitantes, bem como a ausência de recurso afetado aos Tribunais Superiores sobre a questão.

Incidente admitido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0007725-69.2016.8.05.0000 – Salvador, em que é suscitante o Estado da Bahia e, suscitado, Josenilson dos Santos Santana, ACORDAM os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **em admitir o incidente.**

## RELATÓRIO

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, nos termos dos arts. 976 e 977 da Lei nº 13.105/2015, com vistas à solução de questão de direito controvertida versada no Mandado de Segurança nº 0000604-87.2016.8.05.0000, impetrado por Josenilton dos Santos Santana.

O Suscitante afirma a existência de controvérsia a respeito de questão exclusivamente de direito quanto à concessão de auxílio-transporte aos policiais militares, nos moldes previstos no art. 92, V, “h”, da Lei Estadual nº 7.990/2001.

Aduz que o pedido preenche os requisitos necessários à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, previstos no art. 976 do Código de Processo Civil, consistentes na existência de inúmeros processos que contenham discussão sobre a mesma questão unicamente de direito; risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; e inexistência de recurso afetado para definição de tese jurídica repetitiva semelhante perante os Tribunais Superiores.

Refere à existência de 810 (oitocentos e dez) ações judiciais que têm como objeto a pretensão ao pagamento de auxílio-transporte a policiais militares do Estado Bahia, na forma tratada no mandado de segurança de origem.

Reporta ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, por se tratar de demandas de massa, em trâmite em juízos diversos, trazendo à colação, às fls. 07/08, comparativo entre julgamentos proferidos nesta Corte, na Quarta Câmara Cível, nas 7ª e 8ª Varas da Fazenda Pública desta Capital e na Seção Cível de Direito Público.

Afirma, por fim, que inexistem recursos afetados perante os Tribunais Superiores acerca da tese jurídica repetitiva.

Examinados, lancei o presente relatório e determino a remessa dos autos à Secretaria, para inclusão em pauta de julgamento.

## VOTO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia nos termos dos arts. 976 e 977 da Lei nº 13.105/2015, com vistas à solução de questão de direito controvertida versada no Mandado de segurança nº 0000604-87.2016.8.05.0000, impetrado por Josenilton dos Santos Santana contra ato do Secretário da Administração do Estado da



Bahia e do Comandante da Polícia Militar do Estado da Bahia, consubstanciado na ausência do pagamento do auxílio-transporte previsto na Lei nº 7.990/2001.

O incidente deve ser admitido.

O pedido, dirigido à Excelentíssima Presidente desta Corte de Justiça, pelo Estado da Bahia, encontra-se instruído com os documentos necessários à demonstração dos pressupostos para sua admissão, nos termos do art. 977 do Código de Processo Civil.

O Estado da Bahia, inicialmente, fixou como questão jurídica objeto da controvérsia **a concessão de auxílio-transporte aos policiais militares, nos moldes previstos no art. 92, inciso V, letra “h” da Lei Estadual nº 7.990/2001.**

O Suscitante demonstrou o preenchimento dos pressupostos autorizadores exigidos pelo art. 976 do Código de Processo Civil, consistentes (i) na efetiva repetição de processos que conttenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e (iii) inexistência de recurso afetado para definição de tese jurídica repetitiva semelhante, perante os Tribunais Superiores.

Vejamos.

O Estado da Bahia comprova a efetiva repetição de demandas sobre a mesma questão unicamente de direito, ao aludir a 810 (oitocentos e dez) ações ajuizadas, que têm em comum a controvérsia acerca da concessão de auxílio-transporte a policiais militares estaduais da Bahia, colacionando aos autos relação de processos extraída do sistema da Procuradoria Geral do Estado, às fls. 45/99.

O risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica resta demonstrado com a juntada aos autos de decisões conflitantes proferidas nos julgamentos dos processos, no primeiro e no segundo graus de jurisdição, sendo real a probabilidade de tratamento diverso e instabilidade jurídica para situações processuais e materiais idênticas.

A título de exemplo, referiu-se o Suscitante a processo em andamento na Quarta Câmara Cível desta Corte (0070094-72.2011.8.05.0001), em que houve a reforma de sentença e improcedência do pedido, e processo em trâmite na 7ª Vara da Fazenda Pública de Salvador (0310350-05.2013.8.05.0001), cuja sentença foi de procedência.

Reportou, também, a feito em curso na 8ª Vara da Fazenda Pública desta Capital (0310352-72.2013.8.05.0001), em que houve o acolhimento do pleito, assim como aludiu a mandado de injunção na Seção Cível de Direito Público (0018198-51.2015.8.05.0000), extinto por carência de ação, trazendo aos autos as cópias dos julgados às fls. 100/143, 145/149, 151/152 e 154/166.

Por fim, afirmou o Ente Público a inexistência de recurso afetado aos Tribunais Superiores para a definição de tese jurídica semelhante, o que restou confirmado em consulta aos sítios dos tribunais superiores.

Resta evidenciada, portanto, a necessidade de solução da questão de direito repetitiva acerca da concessão do auxílio-transporte aos policiais militares do Estado da Bahia, na forma definida pelos arts. 976 e 977 do Novo Código de Processo Civil.

À vista do exposto, **ADMITO** o incidente de resolução de demandas repetitivas proposto pelo Estado da Bahia.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0006410-06.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Marcia Borges Faria, julgado em 16/6/2016**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.  
JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INCORPORAÇÃO AO SOLDADO**

**PARCELA DA GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE POLICIAL - GAP. DIVERGÊNCIA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DO REFERIDO ATO COMO REAJUSTE DE VENCIMENTOS. PRETENSÃO DE REFLEXO NA GRATIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE INÚMEROS PROCESSOS VERSANDO SOBRE A MESMA CONTROVÉRSIA. RISCO À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDENTE ADMITIDO.**

1. Na hipótese vertente, colhe-se dos fólios que, segundo levantamento promovido pelo Estado da Bahia, há ao menos 700 ações em que policiais militares postulam reajuste na Gratificação por Atividade Policial – GAP – por considerarem ter havido aumento de vencimentos em decorrência de incorporação de parcela da referida gratificação ao soldo, como é o caso da Apelação nº 0078960-69.2011.8.05.0001, tomada por paradigma pelo Suscitante para efeito de fixação do precedente.

2. Lado outro, tem-se que a posição adotada por esta eg. Casa não é uníssona quanto ao tema, de modo a materializar o risco à isonomia e à segurança jurídica, valores especialmente caros à ordem constitucional.

3. Registre-se, ainda, que, em razão da decisão da DD. Presidente desta Casa em escolher os autos da apelação cível nº 0078960-69.2011.8.05.0001 como paradigma para processamento do IRDR, uma vez manejado idêntico expediente, pelo Estado da Bahia, sobre matéria similar à presente, no bojo de processo sob relatoria diversa, conforme acima assentado, este segundo incidente resta apensado a estes autos, podendo as partes que compõem aquela relação jurídica processual figurarem como intervenientes.

4. Preenchidos os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil, impõe-se a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº **0006410-06.2016.8.05.0000**, sendo Suscitante o **Estado da Bahia**, Suscitados, **Adilson Alves da Silva e Outros** e, Intervenientes, **Marcos Carrilho Simões Filho e Outros**

**A C O R D A M** os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **ADMITIR** o incidente, na esteira do voto condutor.

### RELATÓRIO

Trata a espécie de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, tendo como feito paradigma a Apelação nº 0078960-69.2011.8.05.0001, em que o ente estatal litiga em face de Adilson Alves da Silva e Outros, que tramita, sob a minha relatoria, na Quinta Câmara Cível.

A controvérsia instaurada no referido recurso versa se a incorporação de uma parte do valor da Gratificação por Atividade Policial – GAP – ao vencimento básico do militar se caracterizaria como aumento remuneratório, e, assim sendo, ensejaria a aplicação dos arts. 7º, §1º, da Lei Estadual nº 7.145/1997 e art. 110, § 3º, da Lei Estadual 7.990/2001, em ordem a garantir ulterior majoração do soldo, no mesmo percentual.

Sob a ótica do Estado da Bahia, tratar-se-ia de mera incorporação, incapaz de se constituir como verdadeiro aumento de remuneração, daí porque não há de cancelar o acréscimo na GAP, em idêntico percentual. Ausente, pois, a figura do reajuste nos vencimentos básicos, posto que a alteração, para maior, do valor nominal dessa rubrica decorreu da diminuição correspondente na gratificação de que se cuida.

Sustentou o Suscitante, preambularmente, que a controvérsia em tela se revestiria de natureza repetitiva, mormente porque *“encontram-se em curso contra o Estado da Bahia 700 ações que tem como assunto a pretensão de elevação do valor da GAP por força de incorporação ao soldo de parcela da própria GAP”*. Não bastassem as ações em andamento, há um risco de crescimento do número de demandas desta qualidade em decorrência da universalidade própria da categoria, que conta com 31.614 policiais militares ativos e 11.847 na inatividade.

Ainda, aduziu que *“o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica lbe são essencialmente inerentes, uma vez que se têm múltiplas ações tramitando nos mais diversos juízes, cada qual com sua formação de convencimento”*, exibindo, por amostragem, seis demandas em que teses jurídicas distintas são fixadas.

Destacou também a inexistência de impedimento ao processamento do incidente, notadamente aquele previsto no art. 976, §4º do Código de Processo Civil, uma vez que *“em pesquisa nos sítios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não foi identificado nenhum recurso afetado que verse sobre a mesma questão”*.

Assim, entendendo pelo preenchimento dos requisitos contidos no art. 976 do diploma processual, pugnou pela admissão do presente incidente de resolução de demandas repetitivas, definindo-se, ao final, a tese a ser adotada nos feitos que cuidam da mesma matéria.

O Suscitante instruiu a promoção com os documentos de fls. 14/279.

Paralelamente ao presente, suscitou, o Estado da Bahia, Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva nos autos da apelação cível nº 0509156-49.2014.8.05.0001, em trâmite perante a 3ª Câmara Cível desta eg. Corte, que trata de matéria similar ao quanto aduzido nesta seara.

Conclusos os pedidos de instauração à DD. Desembargadora Presidente desta eg. Casa, na forma do art. 977 do Digesto Processual e art. 219, §1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, determinou Sua Excelência a admissão tão somente do incidente suscitado no bojo do processo nº 0078960-69.2011.8.05.0001, de minha relatoria por melhor representar a controvérsia, ordenando, outrossim, o apensamento do IRDR manejado nos autos da apelação nº 0509156-49.2014.8.05.0001, na forma do art. 219, §2º, do RITJBA.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos e, cumpridas as exigências do art. 219, § 5º do RITJBA, lancei o relatório e determinei a sua inclusão em pauta para exercício do juízo de admissibilidade pelo colegiado.

## VOTO

Cinge-se a presente fase ao exame da reunião dos pressupostos objetivos elencados no art. 976 do Código de Processo Civil, que versam sobre a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, a saber:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O inciso I retrata a exigência de multiplicidade de processos que cuidem da mesma controvérsia relativa a questão de direito, de modo que, à margem do suporte fático contido em cada feito individualizado, haja uma divergência entre as partes quanto à interpretação ou aplicabilidade de determinada norma jurídica.

Na hipótese vertente, colhe-se dos fólios que, segundo levantamento promovido pelo Estado da Bahia, há ao menos 700 ações em que policiais militares postulam reajuste na Gratificação por Atividade Policial – GAP – por considerarem ter havido aumento de vencimentos em decorrência de incorporação de parcela da referida gratificação ao soldo, como é o caso da Apelação nº 0078960-69.2011.8.05.0001, tomada por paradigma pelo Suscitante para efeito de fixação do precedente.

Não fossem os números apresentados pelo ente público, referenciando os processos listados, da própria atividade jurisdicional dos componentes desta col. Seção Cível, tanto neste âmbito quanto nos seus respectivos órgãos fracionários, se extrai a relevante quantidade de ações tratando do mesmo tema. Acresça-se a tal circunstância o efeito multiplicador inerente ao tipo de demanda, particularmente associado a direitos de sujeitos que se encontram em situação similar, como, no caso, servidores públicos frente à atuação administrativa que suprime uma vantagem, em tese, universalmente estendida.

Em todos eles se observa a mesma controvérsia relativa à leitura divergente promovida pelas partes quanto à caracterização ou não de aumento remuneratório decorrente de incorporação de parcela de gratificação por atividade policial – GAP, no vencimento básico, em ordem a, posteriormente, obrigar a administração a majorar a referida vantagem pessoal, por força de dispositivo legal que assegurava o reflexo de todo e qualquer reajuste concedido no soldo, à gratificação percebida pelo militar.

A seu turno, o inciso II do dispositivo em comento cuida da preocupação com a isonomia e a segurança jurídica, exigindo-se, para a instauração do incidente, o possível risco de lesão a estes valores tão caros à ordem constitucional.

De fato, a partir da sistemática dos precedentes obrigatórios, é possível promover um tratamento equânime a situações que, embora subjetivamente distintas, são objetivamente idênticas, reforçando a ideia de segurança no ordenamento e de igualdade perante a Lei.

No caso em apreço, o risco previsto na hipótese normativa se encontra materializado na existência de julgamentos díspares sobre a questão jurídica em tela. Apenas para adotar os exemplos rememorados pelo próprio Estado da Bahia, vê-se que esta eg. Corte de Justiça por vezes entende pela caracterização de reajuste, em ordem, pois, a legitimar o seu reflexo na GAP, enquanto em tantos outros feitos se rechaça o ato de incorporação como medida que corresponda a um reajuste, de modo que inviável, assim, qualquer aumento da gratificação como decorrência.

N'outro giro, não se vislumbra, ao menos por ora, a presença do pressuposto negativo a que alude o art. 976, §4º, do Digesto Processual, vale dizer, a existência de prévia afetação do tema por Tribunal Superior à sistemática de resolução de recursos repetitivos.

Registre-se, ainda, que em razão da decisão da DD. Presidente desta Casa em escolher os autos da apelação cível nº 0078960-69.2011.8.05.0001 como paradigma para processamento do IRDR, uma vez manejado idêntico expediente, pelo Estado da Bahia, sobre matéria similar à presente, no bojo de processo sob relatoria diversa, conforme acima assentado, este segundo incidente integrará a autuação do primeiro, podendo as partes que compõem aquela relação jurídica processual figurar como intervenientes.

Com efeito, preenchidos os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil, impõe-se, na espécie, o regular processamento do incidente com o fito de se estabelecer a tese jurídica a ser adotada por esta eg. Corte quando debruçada sobre casos similares.

Destarte, forte nas razões ora expendidas, voto no sentido de **ADMITIR** o incidente de resolução de demandas repetitivas.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0006411-88.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Marcia Borges Faria, julgado em 16/6/2016**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO POLICIAL MILITAR – GHPM. PRETENSÃO SUJEITA À PRESCRIÇÃO TOTAL OU PARCIAL. EXISTÊNCIA DE INÚMEROS PROCESSOS VERSANDO SOBRE A MESMA CONTROVÉRSIA. RISCO À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDENTE ADMITIDO.**

1. A controvérsia de que cuida o presente incidente de resolução de demandas repetitivas versa sobre a natureza do ato que suprimiu a Gratificação de Habilitação Policial Militar – GHPM – e a consequente forma de contagem do prazo prescricional a que alude o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, de modo a atingir ora o fundo de direito (como defende o Estado da Bahia), ora apenas as parcelas vencidas antes do lustro anterior à propositura da demanda, na forma do Enunciado nº 85 da Súmula do STJ (como querem os policiais militares).
2. Da análise dos autos, associada ao próprio cotidiano da atividade judicante, colhe-se que há inúmeras ações aforadas por militares postulando o percebimento da dita vantagem. Em todas elas, observa-se a mesma controvérsia relativa à leitura divergente promovida pelas partes quanto à incidência da prescrição.
3. Lado outro, tem-se que a posição adotada por esta eg. Casa não é uníssona quanto ao tema, de modo a materializar o risco à isonomia e à segurança jurídica, valores especialmente caros à ordem constitucional.
4. Preenchidos os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil, impõe-se a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº **0006411-88.2016.8.05.0000**, sendo Suscitante o **Estado da Bahia** e, Suscitado, **Milton da Hora Chaga**.

**A C O R D A M** os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **ADMITIR** o incidente, na esteira do voto condutor.

### **RELATÓRIO**

Trata a espécie de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, tendo como feito paradigma a Apelação nº 0106527-12.2010.8.05.0001, em que o ente



estatal litiga em face de Milton da Hora Chaga, que tramita, sob a minha relatoria, na Quinta Câmara Cível.

A controvérsia instaurada no referido recurso versa sobre a natureza do ato que suprimiu a Gratificação de Habilitação Policial Militar – GHPM – e a consequente forma de contagem do prazo prescricional a que alude o art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Sob a ótica do Estado da Bahia, tratar-se-ia de ato de efeitos concretos, razão por que incidiria na hipótese a prescrição total (prescrição do fundo de direito) caso superado o lustro legal contado a partir da edição da lei nº 7.145/97, que extinguiu a dita vantagem. Em sentido diverso, entendem os policiais militares que cuidaria o caso de prescrição parcial, acarretando a extinção da pretensão apenas quanto às parcelas vencidas antes dos 5 anos anteriores à propositura da demanda, invocando, para tanto, o Enunciado nº 85 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Sustentou o Suscitante, preambularmente, que a controvérsia em tela se revestiria de natureza repetitiva, mormente porque *“encontram-se em curso contra o Estado da Bahia 1.215 ações que tem como assunto a pretensão de restabelecer a gratificação de habilitação”, além de “centenas que versam sobre gratificações outras, igualmente extintas pela mesma norma, portanto, em relação as quais também se instaura a controvérsia jurídica ora apresentada”*. Não bastassem as ações em andamento, há um risco de crescimento do número de demandas desta qualidade em decorrência da universalidade própria da categoria, que conta com 31.614 policiais militares ativos e 11.847 na inatividade.

Ainda, aduziu que “o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica lhe são essencialmente inerentes, uma vez que se têm múltiplas ações tramitando nos mais diversos juízes, cada qual com sua formação de convencimento”, exibindo, por amostragem, nove demandas em que teses jurídicas distintas são fixadas.

Destacou também a inexistência de impedimento ao processamento do incidente, notadamente aquele previsto no art. 976, §4º, do Código de Processo Civil, uma vez que *“em pesquisa nos sítios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não foi identificado nenhum recurso afetado que verse sobre a mesma questão”*.

Assim, entendendo pelo preenchimento dos requisitos contidos no art. 976 do diploma processual, pugnou pela admissão do presente incidente de resolução de demandas repetitivas, definindo-se, ao final, a tese a ser adotada nos feitos que cuidam da mesma matéria.

O Suscitante instruiu a promoção com os documentos de fls. 17/386.

Concluo o pedido de instauração à DD. Desembargadora Presidente desta eg. Casa, na forma do art. 977 do Digesto Processual e art. 219, §1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, determinou Sua Excelência a devida autuação e distribuição do incidente, no âmbito desta Seção Cível de Direito Público, aos meus cuidados na condição de Relatora.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos e, cumprida a exigência do art. 219, §5º, do RITJBA, lancei o relatório e determinei a sua inclusão em pauta para exercício do juízo de admissibilidade pelo colegiado.

## VOTO

Cinge-se a presente fase ao exame da reunião dos pressupostos objetivos elencados no art. 976 do Código de Processo Civil, que versam sobre a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, a saber:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O inciso I retrata a exigência de multiplicidade de processos que cuidem da mesma controvérsia relativa a questão de direito, de modo que, à margem do suporte fático contido em cada feito individualizado, haja uma divergência entre as partes quanto à interpretação ou aplicabilidade de determinada norma jurídica.

Na hipótese vertente, colhe-se dos fólios que, segundo levantamento promovido pelo Estado da Bahia, há ao menos 1.215 ações em que policiais militares postulam o percebimento de Gratificação de Habilitação Policial Militar, vantagem que recebiam mensalmente até ser suprimida pela Administração. Destas, certamente boa parte delas continuam em andamento, como é o caso da Apelação nº 0106527-12.2010.8.05.0001, tomada por paradigma pelo Suscitante para efeito de fixação do precedente.

Não fossem os números apresentados pelo ente público, referenciando os processos listados às fls. 88/115, da própria atividade jurisdicional dos componentes desta col. Seção Cível, tanto neste âmbito quanto nos seus respectivos órgãos fracionários, vem a relevo a relevante quantidade de ações tratando do mesmo tema. Assome-se a tal circunstância o efeito multiplicador inerente ao tipo de demanda, particularmente associado a direitos de sujeitos que se encontram em situação similar, como, no caso, servidores públicos frente à atuação administrativa que suprime uma vantagem a todos estendida.

Em todos eles se observa a mesma controvérsia relativa à leitura divergente promovida pelas partes quanto à incidência da prescrição – se total, sobre o próprio fundo de direito; ou parcial, incidindo sobre cada parcela mês a mês. Trata-se, como cediço, de questão de direito, de modo a preencher o referido requisito legal.

A seu turno, o inciso II do dispositivo em comento cuida da preocupação com a isonomia e a segurança jurídica, exigindo-se, para a instauração do incidente, o possível risco de lesão a estes valores tão caros à ordem constitucional.

De fato, a partir da sistemática dos precedentes obrigatórios, é possível promover um tratamento equânime a situações que, embora subjetivamente distintas, são objetivamente idênticas, reforçando a ideia de segurança no ordenamento e de igualdade perante a Lei.

No caso em apreço, o risco previsto na hipótese normativa se encontra materializado na existência de julgamentos díspares sobre a questão jurídica em tela. Apenas para adotar alguns exemplos, vê-se que esta eg. Corte de Justiça por vezes acolhe a prescrição do fundo de direito (*Processos nº 0133585-92.2007.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível; 0095537-25.2011.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível; 0337762-42.2012.8.05.0001, da Quinta Câmara Cível; 0008657-30.2011.8.05.0001, da Quinta Câmara Cível; 0028829-61.2009.8.05.0001, da Terceira Câmara Cível; 0092187-44.2002.8.05.0001, da Segunda Câmara Cível*) e, em outras oportunidades, caminha na direção do reconhecimento apenas da prescrição parcial, na forma do Enunciado nº 85 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (*Processos nº 0143222-33.2008.8.05.0001, da Quarta Câmara Cível; 0089454-08.2002.8.05.0001, da Primeira Câmara Cível; 0101149-56.2002.8.05.0001, da Quarta Câmara Cível; 0070413-40.2011.8.05.0001, da Quinta Câmara Cível*).

Outros exemplos podem certamente se acrescentar a estes, mas, nesta pequena amostragem, já é possível perceber que a questão não é pacífica nem no âmbito dos próprios órgãos fracionários, o que efetivamente corrobora a necessidade de uniformização do entendimento.

N'outro giro, não se vislumbra, ao menos por ora, a presença do pressuposto negativo a que alude o art. 976, §4º, do Digesto Processual, vale dizer, a existência de prévia afetação do tema por Tribunal Superior à sistemática de resolução de recursos repetitivos.

Com efeito, preenchidos os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil, impõe-se, na espécie, o regular processamento do incidente com o fito de se estabelecer a tese jurídica a ser adotada por esta eg. Corte quando debruçada sobre casos similares.

Destarte, forte nas razões ora expendidas, voto no sentido de **ADMITIR** o incidente de resolução de demandas repetitivas.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0005646-20.2016.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator (a): Telma Laura Silva Britto, julgado em 8/7/2016**

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. PARTICIPAÇÃO DE MUNICÍPIO NA ARRECADAÇÃO DE ICMS. INCENTIVO FISCAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AÇÃO ORIGINÁRIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO. INCIDÊNCIA DO ART. 83, XXII, “j”, DO RITJBA. QUESTÃO DE DIREITO REPETITIVA. MULTIPLICIDADE DE DEMANDAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL JÁ VERIFICADA NA ANÁLISE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS REQUERIDAS. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA VERIFICADO. INEXISTÊNCIA DE RECURSO REPETITIVO AFETADO A TRIBUNAL SUPERIOR. DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS EXIGIDOS PELO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE CABÍVEL.

Compete ao Tribunal Pleno, consoante dispõe o art. 83, inciso XXII, alínea “j”, do do RITJBA, processar e julgar incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado em ação originária de sua competência.

Demonstrados os pressupostos elencados no art. 976 do Código de Processo Civil, deve ser instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas com o objetivo de uniformizar a jurisprudência da Corte sobre questão jurídica controvertida acerca “do conteúdo jurídico da expressão ‘produto da arrecadação’, previsto no art. 158, IV, da Constituição Federal, a fim de que se decida se deve ser incluído, no cômputo dos valores do repasse do percentual do ICMS devido aos municípios, o montante da renúncia de receita declarada nas leis orçamentárias decorrentes de programas de incentivos fiscais que desonerem do recolhimento do ICMS – total ou parcialmente – as novas empresas ou a parcela de ampliação daquelas já instaladas no território estadual.” Caso em que o Estado da Bahia comprova a existência de demandas repetitivas que tratam da matéria; o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica pela real probabilidade de decisões conflitantes, bem como a ausência de recurso afetado aos Tribunais Superiores sobre a questão. Incidente admitido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0005646-20.2016.8.05.0000 – Salvador, em que é suscitante o Estado da Bahia e, suscita-

do, Josenilson dos Santos Santana, ACORDAM os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno desta Corte, à unanimidade de votos, em admitir o incidente de resolução de demandas.

## RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, nos termos dos arts. 976 e 977 da Lei nº 13.105/2015, com vistas à solução de questão de direito controvertida debatida na Ação Ordinária nº 0006488-34.2015.8.05.0000, ajuizada pelo Município de Mirante.

Primeiramente, o suscitante afirma a competência da Seção Cível de Direito Público para processar e julgar o IRDR, com fundamento no art. 3º, inciso II, da Emenda Regimental n. 01, de 16 de março de 2016.

Narra que o *“Município de Mirante propôs ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face do Estado da Bahia (Processo n. 0006488-34.2015.8.05.0000, cuja cópia integral instrui o presente incidente – DOC. 01), com o objetivo de obter provimento jurisdicional impondo ao ente federado a obrigatoriedade de alterar a forma de cálculo do repasse da participação do ICMS arrecadado no Estado, sobre o qual a municipalidade tem direito por força do disposto no art. 15, IV, da Constituição Federal”* (fl. 04).

Apresenta a síntese dos argumentos da parte adversa e da sua tese de defesa, indicando a existência de 103 (cento e três) ações que têm como objeto o cálculo do repasse da parcela do ICMS devida aos municípios, aduzindo, ainda, que *“há de se considerar o interesse da integralidade dos municípios da Federação, além dos 417 do Estado da Bahia, o que revela que o processo-piloto se trata de demanda repetitiva ou de massa”* (fl. 12).

O Suscitante afirma a existência de controvérsia a respeito de questão exclusivamente de direito concernente ao *“conteúdo jurídico da expressão ‘produto da arrecadação’ previsto no art. 158, IV, da Constituição Federal, a fim de decidir se deverá ou não ser incluído no cômputo dos valores do repasse no percentual do ICMS devido aos municípios, o montante da renúncia de receita declarada nas leis orçamentárias, decorrente de programas de incentivos fiscais que desonerem do recolhimento do ICMS – total ou parcialmente – as novas empresas ou a parcela de ampliação daquelas já instaladas no território estadual”* (fl. 08).

Assevera a existência de divergência jurisprudencial, indicando, exemplificativamente, que foi concedida tutela provisória em seu desfavor nos autos do Processo nº 0007220-15.2015.8.05.0000 e indeferida no Processo nº 0005393-66.2015.8.05.0000.

Reporta ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, por se tratar de demandas de massa, em trâmite em juízos diversos, trazendo à colação, às fls. 13/14, comparativo entre julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

Afirma inexistir recurso afetado aos tribunais superiores acerca da tese jurídica repetitiva e aduz que o pedido preenche os requisitos necessários à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Examinado e devidamente relatado, foi solicitada a inclusão do feito em pauta para análise da admissibilidade do incidente pelo colegiado, na forma do art. 219, §6º, do RITJBA, com a redação dada pela emenda regimental n. 01/2016.

## VOTO

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, nos termos dos arts. 976 e 977 da Lei nº 13.105/2015, com vistas à solução de questão de direito



controvertida na Ação Ordinária nº 0006488-34.2015.8.05.0000, ajuizada pelo Município de Mirante.

1. Inicialmente, é preciso afirmar a competência do Tribunal Pleno para processar e julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas em foco, nos termos do art. 83, inciso XXII, alínea “j”, do RITJBA, com a redação conferida pela Emenda Regimental n. 12, de 30 de março de 2016:

Art. 83. [...]

XXII – [...]

j) o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência quando for caso de observância do disposto no art. 97 da Constituição Federal ou se suscitado a partir de processo de competência do Tribunal Pleno; (grifos adotados)

Considerando que o incidente foi suscitado a partir da Ação Ordinária de n. 0006488-34.2015.8.05.0000, movida por Município contra o Estado e, portanto, de competência do Tribunal Pleno, é inviável a remessa do IRDR à Seção Cível de Direito Público, como requer o suscitante.

Pontue-se que a questão relativa à competência do Tribunal Pleno para processar e julgar ação ordinária movida por Município contra o Estado foi analisada por esta Relatora no Processo n. 0005401-43.2015.8.05.0000 e dirimida pela 1ª Vice-Presidência em sede de dúvida suscitada no Processo n. 0005991-20.2015.8.05.0000. O entendimento foi reafirmado pelo Plenário, à unanimidade de votos, no julgamento dos Conflitos de Competência de n. 0005990-35.2015.8.05.0000 e de n. 0008436-11.2015.8.05.0000.

2. Passando-se ao necessário juízo de admissibilidade, tenho que o incidente deve ser admitido.

O pedido, dirigido à Excelentíssima Presidente desta Corte de Justiça pelo Estado da Bahia, encontra-se instruído com os documentos necessários à demonstração dos pressupostos para sua admissão, nos termos do art. 977 do Código de Processo Civil.

Demais disto, demonstrou o suscitante o cabimento do IRDR. Vejamos:

O art. 976 do Novo Código de Processo Civil traz a seguinte previsão:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Na mesma linha, dispõe o art. 219 do RITJBA:

“O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objeto a solução de questão de direito que se repita em diversos processos individuais ou coletivos, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Na hipótese vertente, observa-se que a tese jurídica objeto da controvérsia respeita a questão exclusivamente jurídica: a existência de direito do Município ao recebimento do repasse integral da quota de participação no ICMS computando-se valores não arrecadados em razão de programas estaduais de incentivos fiscais, à luz do art. 158, IV, da Constituição Federal e do art. 4º, §1º, da LC n. 63/1990 ou, no dizer do Estado da Bahia, *“o conteúdo jurídico da expressão ‘produto da arrecadação’, previsto no art. 158, IV, da Constituição Federal, a fim de que se decida se deve ser incluído no cálculo dos valores do repasse do percentual do ICMS devido aos municípios, o montante da renúncia de receita declarada nas leis orçamentárias decorrentes de programas de incen-*



*tivos fiscais que desonerem do recolhimento do ICMS – total ou parcialmente – as novas empresas ou a parcela de ampliação daquelas já instaladas no território estadual.”*

Por outro lado, é notória a multiplicidade de ações nesta Corte sobre o tema. O Estado da Bahia comprova a efetiva repetição de demandas sobre a mesma questão unicamente de direito, elencando, às fls. 324/347, **103 (cento e três)** processos ajuizados por diversos Municípios baianos, que têm em comum a controvérsia sobre a tese jurídica a ser discutida neste incidente.

Efetivamente, o elevado número de demandas discutindo a mesma questão de direito já foi reconhecido no julgamento dos conflitos de competência acima mencionados, onde se observou a existência de diversas demandas onde se discute a mesma questão de direito.

Ademais, como ressalta o Estado da Bahia, a divergência de entendimentos no que tange aos pedidos de tutela provisória formulados nas mencionadas ações já evidencia grave risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, eis que real a probabilidade de tratamento diverso e instabilidade jurídica para situações processuais e materiais idênticas.

A título de exemplo, verifica-se que foram indeferidos os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela formulados pelos Municípios de Angical (0006934-37.2015.8.05.0000), de Cipó (0005401-43.2015.8.05.0000), de Serra Dourada (0000220-27.2016.8.05.0000), de Aramari (0000231-56.2016.8.05.0000), de Caém (0008431-86.2015.8.05.0000), de Irajuba, Itajuípe e Itambé (0025924-76.2015.8.05.0000). Todavia, concedeu-se o pedido dos Municípios de Mairi (0007220-15.2015.8.05.0000), Riacho de Santana (0007515-52.2015.8.05.0000), Santa Maria da Vitória (0000472-30.2016.8.05.0000) e Tabocas do Brejo Velho (0160096-41.2015.8.05.0909), determinando-se, liminarmente, que o Estado realize o repasse da quota-parte da arrecadação do ICMS sem a exclusão de valores alusivos a programas estaduais de incentivo fiscal.

Noutro giro, observa-se que ainda não houve afetação de recurso a tribunais superiores para definição de tese sobre a questão de direito controvertida, restando afastado o óbice do §4º do art. 976 do NCP.

Com efeito, apesar das alegações dos Municípios, observa-se que o precedente formado no Recurso Extraordinário n. 572.762-9 apreciou questão diversa da que se está aqui discutindo. O caso levado ao exame do Supremo Tribunal Federal envolvia Lei estadual que postergava o recolhimento de ICMS; como consignado no relatório, a discussão ali travada *“diz respeito a essa última forma de incentivo, cuja concessão leva ao adiamento do repasse, aos Municípios, da parcela deste imposto que lhes pertence”*.

Nas palavras do Ministro Relator, *“a questão debatida neste recurso extraordinário consiste em saber se é lícito ao Estado postergar o repasse de parcela do ICMS devida aos Municípios, nos termos do art. 158, IV da Carta Magna, a pretexto de que o seu recolhimento foi adiado em virtude da concessão de incentivos fiscais a particulares”*. Ainda de acordo com o voto relator: *“Percebe-se, pois, da conclusão do Tribunal a quo que o tributo em tela já havia sido efetivamente arrecadado, sendo forçoso reconhecer que o Estado, ao reter a parcela pertencente aos Municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas”*.

Por sua vez, no caso ora apresentado, discute-se o reconhecimento do direito do Município ao recebimento integral da quota de sua participação na arrecadação de ICMS pelo Estado da Bahia sem a exclusão de valores alusivos a programas estaduais de incentivos fiscais que já se encontram vigentes há anos – em alguns casos há mais de uma década, a exemplo do “Programa Faz Atleta” (Decreto n. 9.609/2005), em que o tributo não chega a ser arrecadado.

No RE n. 572.762-9, discutiu-se hipótese de retenção, pelo Estado, de parte da parcela pertencente aos Municípios por força de concessão de incentivo que implica a postergação do repasse de receita. Aqui, examina-se concessão de incentivo fiscal, onde não há arrecadação.

As razões expostas nos levam a concluir, indiscutivelmente, estar-se diante de processos originários repetitivos, onde há, na lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “o risco potencial de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, podendo ser admitido o IRDR”. Como bem registram os autores: “Nos processos originários, os casos já estão no tribunal, já estando presente o potencial risco à isonomia e à segurança jurídica, sendo conveniente prevenir a divergência jurisprudencial, com que se atende aos deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de que trata o art. 926 do CPC” (Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. v. 3. ed. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 627).

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, tem-se como pertinente a instauração do incidente para resolução da questão de direito repetitiva.

3. Diante disto, **voto no sentido de admitir a instauração de IRDR sobre a seguinte questão: a existência de direito do Município ao recebimento do repasse integral da quota de participação no ICMS computando-se valores não arrecadados em razão de programas estaduais de incentivos fiscais, à luz do art. 158, IV, da Constituição Federal e do art. 4º, §1º, da LC n. 63/1990.**

Após o trânsito em julgado deste acórdão, retornem os autos conclusos, como determina o §8º do art. 219 do RITJBA, com a redação dada pela emenda regimental n. 01/2016.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0006792-96.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 25/8/2016**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA DO TETO DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS DO PODER EXECUTIVO NO SUBSÍDIO DE GOVERNADOR OU NO SUBSÍDIO DE DESEMBARGADOR. EXISTÊNCIA DE INÚMEROS PROCESSOS QUE VERSAM SOBRE A MESMA CONTROVÉRSIA. CONFIGURADO O RISCO À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO AO PROCESSAMENTO DO INCIDENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO AFETADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUE VERSE SOBRE A MESMA QUESTÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDENTE ADMITIDO.**

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 ausência de vigência, ou restabelecimento de vigência, do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, a teor do quanto disposto pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

2. Destaque-se que, segundo levantamento promovido pelo Estado da Bahia, há cerca de 451 ações, acrescidas ainda do processo-piloto – Mandado de Segurança Coletivo nº 0027481-98.2015.8.05.0000 –, em que se postula o reconhecimento do subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça como teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, em detrimento ao subsídio do Governador do Estado.

3. Assim, na hipótese vertente, observa-se que a multiplicidade de ações envolvendo a mesma controvérsia em trâmite no Estado da Bahia revela o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, havendo a necessidade de resolução da controvérsia ora posta em análise e fixação de tese jurídica a ser aplicada nos demais feitos que versem sobre a mesma questão de direito, vistas a promover tratamento equânime àquelas situações objetivamente idênticas, ou que ensejem a mesma aplicação normativa ao caso concreto.

4. Não bastasse isso, cumpre destacar que, em consulta aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se verificou a presença da causa impeditiva à admissibilidade do IRDR prevista no art. 976, § 4º, do CPC, que assim dispõe: *“É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”*.

Preenchidos os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil, impõe-se a admissão do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 0006792-96.2016.8.05.0000**, sendo Suscitante o **ESTADO DA BAHIA** e, Suscitada, a **ASSOCIAÇÃO DOS OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA**,

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **ADMITIR** o incidente, e assim o fazem pelos motivos expendidos no voto do eminente Desembargador Relator.

### RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, tendo como 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, no qual o Impetrante deduz pretensão mandamental concernente ao reconhecimento do teto de remuneração dos servidores substituídos correspondente ao subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça Estadual, em detrimento ao subsídio de Governador do Estado, que tramita, sob a minha relatoria, na Seção Cível de Direito Público.

A controvérsia instaurada no referido recurso versa sobre a referência do teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo no subsídio de Governador ou de Desembargador.

Sob a ótica do Estado da Bahia, 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 estabelecimento da Emenda Constitucional nº 47, em seu art. 6º, que determinou os efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, teria o condão de constituir o mesmo em devedor 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 torna profundamente agressivo ao erário e à segurança jurídica a possibilidade de que as causas de igual pretensão sejam julgadas de forma diferenciada, pelo risco de se adotar a tese defendida pelos impetrantes.

Em suas razões, sustenta que, desde o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, o teto de remuneração dos servidores públicos do Poder Executivo, excetuando-se o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, corresponde ao subsídio de Governador de Estado, não estando em vigor o art. 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, em razão da ausência de recepção decorrente do art. 37, inciso XI, da Emenda Constitucional nº 41/2003, assim, a invocação do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005 para sustentar a aplicação do teto de Desembargador não tem respaldo.

Em contrapartida, entende a Suscitada que a aplicação do teto de Desembargador aos servidores públicos do Poder Executivo ocorre considerando-se que o art. 34, § 5º, da Constituição Estadual estaria em vigor por ter sustada a sua revogação, por consequência à aplicação do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005, ou ainda por força do art. 37, § 12, da Constituição Federal, em razão dos efeitos retroativos concernentes ao art. 6º da referida Emenda.

Defende, ainda, o Estado da Bahia que a recente alteração da competência para julgar e processar mandados de segurança em que figure como impetrado o Governador do Estado, constante no Regimento Interno deste Tribunal, pode potencializar o risco de quebra da segurança jurídica e da isonomia, uma vez que as decisões proferidas pelo Tribunal Pleno não envolvem a mesma composição da Seção Cível de Direito Público.

Sustenta que já foram ajuizados 451 feitos cuja demanda envolve a controvérsia em tela, além do Mandado de Segurança Coletivo, razão pela qual o Estado da Bahia suscita o presente Incidente, revestindo-se, portanto, de natureza repetitiva.

Assim, entendendo pelo preenchimento dos requisitos contidos no art. 976 do Código de Processo Civil, pugna pela admissão do presente incidente de resolução de demandas repetitivas, fixando a tese jurídica a ser aplicada na causa-piloto e nas demais demandas repetitivas.

Instrui a promoção com os documentos de **fls. 36/151**.

Concluo o pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas à Desembargadora Presidente deste egrégio TJBA, na forma do art. 977 do Código de Processo Civil e art. 219, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, foi determinada a devida autuação e distribuição do incidente aos meus cuidados, na condição de Relator.

Com este sucinto relato, nos termos do art. 931 do CPC/2015, encaminhem-se os autos à Secretaria, para inclusão em pauta para exercício do juízo de admissibilidade pelo colegiado.

Ato contínuo, determino à Secretaria que proceda ao apensamento, a estes autos, do processo-piloto – Mandado de Segurança Coletivo nº 0027481-98.2015.8.05.0000 –, conforme exigência do art. 219, § 5º, do Regimento Interno desta Corte.

## VOTO

Segundo o art. 967 do novo Código de Processo Civil, tem-se como pressupostos objetivos que versam sobre admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, *ipsis litteris*:

Art. 967. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

- I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
- II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Na esteira do referido artigo, denota-se que são pressupostos de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: I – a existência de questão jurídica que se apresente em; II – demandas repetitivas e que possa ensejar; III – risco à isonomia e à segurança jurídica.



Analisando-se os autos, infere-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ora suscitado pelo Estado da Bahia versa sobre a mesma controvérsia contida em uma multiplicidade de processos que tramitam na Justiça Estadual, havendo divergência entre as partes quanto à interpretação e aplicabilidade de determinada norma jurídica, concernente à identificação da “REFERÊNCIA PARA FIXAÇÃO DO TETO DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS DO PODER EXECUTIVO COMO SUBSÍDIO DO GOVERNADOR OU COMO SUBSÍDIO DE DESEMBARGADOR”, 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, restando preenchida, portanto, a exigência descrita no inciso I do art. 967 do CPC/2015, qual seja, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Destaque-se que, segundo levantamento promovido pelo Estado da Bahia, há cerca de 451 ações, acrescidas ainda do processo-piloto – **Mandado de Segurança Coletivo nº 0027481-98.2015.8.05.0000** –, em que se postula o reconhecimento do subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça como teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, em detrimento ao subsídio do Governador do Estado.

Apesar desta Corte já ter julgado alguns destes 451 feitos, o caráter efetivo da repetição e reiteração destas demandas, que dizem respeito a toda uma categoria de servidores, se dá na interposição de um *writ* coletivo, aqui apresentado como processo-piloto, ensejador da instauração do presente IRDR, e razão pela qual o mesmo é manejado, sendo este fixado, portanto, como paradigma para efeito de fixação do precedente.

Por sua vez, o inciso II do art. 967 revela a preocupação com a isonomia e segurança jurídica, salvaguardados pela ordem constitucional, sendo necessária a promoção de tratamento equânime àquelas situações objetivamente idênticas ou que ensejem a mesma aplicação normativa ao caso concreto.

Com efeito, cumpre a esta Corte esmerar-se na busca pela coerência das suas decisões, em observância à isonomia e à segurança jurídica, a fim de que seja alcançada uma harmonia jurisprudencial.

Vale registrar que o novo Código de Processo Civil segue nesta mesma linha de intelecção, dispondo em seu art. 926: “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

Assim, ao que parece, o novel Código de Ritos vem reforçar a ideia de necessidade de estabilização das decisões emanadas dos tribunais pátrios, trazendo tendência à uniformização da jurisprudência, garantindo-se uma maior segurança jurídica para as partes, o que notadamente será alcançado com a resolução da controvérsia ora posta em análise e fixação de tese jurídica a ser aplicada nos demais feitos que versem sobre a mesma questão de direito.

Desse modo, sem olvidar a independência funcional dos magistrados e a livre motivação das decisões, há de se destacar que posicionamentos distintos, em casos análogos, trazem inegável intranquilidade para os jurisdicionados.

Portanto, em conformidade com o novo posicionamento adotado pelo legislador com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, patente a necessidade de uniformização da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça da Bahia nos casos repetitivos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, mormente a que ora se coloca em apreço.

Ademais, na hipótese vertente, observa-se que, além da multiplicidade de ações envolvendo a mesma questão em trâmite no Estado da Bahia, bem como o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, há a necessidade de se chegar a um julgamento e precedente capaz de resolver a controvérsia, acolhendo o entendimento que melhor se aplique à questão suscitada, com vistas a promover o desfecho justo e igualitário para as lides envolvidas.



Saliente-se que, em consulta aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não verifiquei a presença da causa impeditiva à admissibilidade do IRDR prevista no art. 976, § 4º, do CPC/2015, que assim dispõe: *“É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”*.

Inclusive, foi identificado julgado do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a ausência de Repercussão Geral no tema aqui tratado, nos termos assim emendados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AUDITOR FISCAL. ESTORNO NA REMUNERAÇÃO. SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 47/2005. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Questão restrita ao interesse regional e das partes. (STF, RE nº 576.336/RO, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Publicação: DJe de 06/06/2008).

Frise-se que, apesar do caso acima transcrito versar sobre controvérsia acerca da referência do teto remuneratório aplicável aos servidores públicos estaduais do Estado de Rondônia, o Estado da Bahia ajuizou, perante o STF, a Suspensão de Liminar nº 576, que versa sobre o subteto dos servidores do Poder Judiciário, tendo sido igualmente afastada a Repercussão Geral da questão em face do julgamento do *leading case* (RE nº 576.336/RO), conforme se verifica do julgado do Agravo Regimental interposto na referida Suspensão de Liminar, assim emendado:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. SUBTETO ESTADUAL. SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. EMENDA CONSTITUCIONAL 47/2005. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO AFASTADA NO JULGAMENTO DO RE 576.336. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA ADI 4.900. I – Constatada a identidade entre o presente caso e o *leading case*, cuja repercussão geral foi rejeitada, mesma sorte sofrerá o futuro recurso extraordinário que venha a ser interposto pelo agravante, situação suficiente para a manutenção do indeferimento do pedido de suspensão pelo Supremo Tribunal Federal. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 576/BA, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/08/2015).

Por fim, em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.900, julgada procedente pelo STF, resta esclarecer que esta teve abrangência e objeto diversos dos constantes no presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, uma vez que na ADI buscava-se impugnar a validade constitucional dos arts. 2º e 3º, ambos da Lei nº 11.905/2010, a fim de estabelecer o subteto dos servidores públicos estaduais do Poder Judiciário, enquanto nesta demanda almeja-se esclarecer se está vigente, ou não, o art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, com intuito de estabelecer o referencial do teto remuneratório aplicável aos servidores públicos estaduais do Poder Executivo.

Por entender oportuno, transcrevo a ementa do julgamento da referida ADI:

AÇÃO DIRETA. LEI ORDINÁRIA QUE ESTABELECE SUBTETO APLICÁVEL AOS SERVIDORES DA JUSTIÇA DESVINCULADO DO SUBSÍDIO MENSAL DOS DESEMBARGADORES. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XI E § 12, CF. 1. No que respeita ao subteto dos servidores estaduais, a Constituição estabeleceu a possibilidade de o Estado optar entre: (i) a definição de um subteto por poder, hipótese em que o teto dos servidores da Justiça corresponderá ao subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça (art. 37, XI, CF, na redação da Emenda Constitucional 41/2003); e (ii) a definição de um subteto único, correspon-

dente ao subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, para todo e qualquer servidor de qualquer poder, ficando de fora desse subteto apenas o subsídio dos Deputados (art. 37, § 12, CF, conforme redação da Emenda Constitucional 47/2005). 2. Inconstitucionalidade da desvinculação entre o subteto dos servidores da Justiça e o subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Violação ao art. 37, XI e § 12, CF. 3. Incompatibilidade entre a opção pela definição de um subteto único, nos termos do art. Art. 37, § 12, CF, e definição de “subteto do subteto”, em valor diferenciado e menor, para os servidores do Judiciário. Tratamento injustificadamente mais gravoso para esses servidores. Violação à isonomia. Ação direta a que se julga procedente. (STF, ADI nº 4.900, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Relator p/ Acórdão: Ministro ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/02/2015, Data de Divulgação: Dje 17/04/2015, Data de Publicação: 20/04/2015).

Sendo assim, não se vislumbrando qualquer obstáculo à instauração do presente incidente e, sendo este o meio adequado a dirimir o celeuma que repercutirá, com força de precedente obrigatório, no julgamento de diversos processos no âmbito da competência territorial deste egrégio Tribunal de Justiça e, ainda, encontrando-se presentes e preenchidos os requisitos do art. 967 do CPC, impõe-se o regular processamento do referido incidente.

Ante os fundamentos expostos, **VOTO** no sentido de **ADMITIR** o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

\*\*\*\*\*

**TJBA – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0011517-31.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator (a): José Edivaldo Rocha Rotondano, julgado em 25/8/2016**

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. DIFERENÇA DECORRENTE DA EQUIVOCADA CONVERSÃO DO CRUZEIRO REAL PARA URV. INCIDÊNCIA SOBRE REMUNERAÇÃO E PROVENTOS DE SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DA BAHIA. MARCO TEMPORAL FINAL PARA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL. QUESTÃO DE DIREITO REPETITIVA. MULTIPLICIDADE DE DEMANDAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL VERIFICADA. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA CONSTATADO. INEXISTÊNCIA DE RECURSO REPETITIVO AFETADO POR TRIBUNAL SUPERIOR. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE CABÍVEL.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0011517-31.2016.8.05.0000, em que figura como suscitante o Estado da Bahia e, como suscitado, Adilson Marques de Araújo.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em admitir a **instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas**, nos termos do voto do Relator.

**RELATÓRIO**

Tem-se sob exame pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas formulado pelo Estado da Bahia no bojo da ação de n. 0018000-84.2010.8.05.0001, em que interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados por Adilson Marques de Araújo e outros.

Alega o suscitante que a pretensão em foco é deduzida, *“aos borbotões, por servidores públicos vinculados ao Poder Executivo do Estado da Bahia, visando ao reconhecimento do direito de incorporação, à remuneração, de percentual corresponde a eventual decréscimo sofrido quando da conversão da moeda nacional, de Cruzeiro Real para URV, no mês de março do ano de 1994”* (fl. 03).

Afirma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário n. 561836/RN, sob o regime de repercussão geral, reconheceu o direito dos servidores públicos ao recebimento do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, consignando que o término da incorporação *“deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória”* (fl. 04).

Aduz que o objeto do IRDR corresponde à definição do marco temporal para o fim da incorporação do referido percentual para os servidores e pensionistas do Poder Executivo estadual. Ressalta que *“o precedente obrigatório definido pelo STF não cuidou de definir o marco temporal, mas tão somente apresentou os seus parâmetros de definição, reservando a tarefa para a instância estadual, competente para avaliar o teor da norma local”* (fl. 04), inexistindo recurso afetado nos tribunais superiores envolvendo a questão controvertida.

Argumenta que, no caso piloto, *“em que pese o Estado da Bahia tenha, em suas manifestações, defendido que as Leis Estaduais n. 7.145/1997 e 7.622/2000 foram, efetivamente, reestruturantes da remuneração percebida pelos autores e, assim, deveriam ser consideradas como marco final da incorporação do percentual de recomposição da eventual perda sofrida pelos servidores, o juízo de piso afastou a alegação, determinando ao Estado da Bahia o pagamento ad aeternum do genérico índice de 11,98% sobre a remuneração dos autores”* (fls. 04/05).

Aponta o preenchimento dos requisitos legais para instauração do incidente, registrando que *“encontram-se em curso contra o Estado da Bahia 1.395 ações que tem como assunto a pretensão de recebimento, por servidores e pensionistas vinculados ao Poder Executivo estadual, de índice equivalente a eventual decréscimo remuneratório ocorrido no momento da conversão da moeda nacional em URV”* (fl. 06). Ainda, argui que *“existem, pelo menos, outras 5.000 ações que versam sobre extensão de reajustes remuneratórios diversos, em cujos julgamentos igualmente se haverá de aplicar a tese jurídica fixada pelo STF quanto à inexistência de direito à percepção ‘ad aeternum’ de parcela de remuneração por servidor público e em relação às quais também se instaura a controvérsia jurídica ora apresentada”* (fl. 06).

Assevera a existência de divergência jurisprudencial, indicando processos em que esta Corte de Justiça acolheu a tese jurídica estatal e feitos em que foi refutada.

Devidamente relatado, foi solicitada a inclusão do feito em pauta para análise da admissibilidade do incidente pelo colegiado, na forma do art. 219, §6º, do RITJBA, com a redação dada pela emenda regimental n. 01/2016.

**VOTO**

1. Inicialmente, cumpre ressaltar a competência da Seção Cível de Direito Público para processar o presente incidente conforme art. 92, inciso I, alínea “a”, e art. 94, inciso I, ambos do RITJBA.

2. Passando-se ao necessário juízo de admissibilidade, tem-se que o art. 976 do novo Código de Processo Civil traz a seguinte previsão:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Na mesma linha, dispõe o art. 219 do RITJBA: *“O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objeto a solução de questão de direito que se repita em diversos processos individuais ou coletivos, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”*.

Na hipótese vertente, observa-se que a controvérsia cinge-se a questão exclusivamente jurídica: a definição do marco temporal final para a aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, ativos e inativos, e pensionistas.

Por outro lado, é notória a multiplicidade de ações nesta Corte sobre o tema.

Efetivamente, o documento de fls. 90/444 atesta o elevado número de demandas discutindo a mesma questão de direito, distribuídas a diversos órgãos fracionários deste Tribunal.

Ademais, como ressalta o Estado da Bahia, a divergência de entendimento entre os Desembargadores evidencia grave risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Observa-se a existência de acórdãos que reconheceram que a Lei Estadual n. 7.622/2000 estabeleceu novo padrão remuneratório, configurando marco final para a incidência da diferença remuneratória apurada pela equivocada conversão para URV (ex.: 0108053-19.2007.8.05.0001 e 0023883-75.2011.8.05.0001), bem como de acórdãos que afastaram esta tese jurídica (ex.: 108994-27.2011.8.05.0001 e 0112055-32.2007.8.05.0001).

Noutro giro, verifica-se que ainda não houve afetação de recurso pelos tribunais superiores para definição de tese sobre a questão de direito controvertida, afastando o óbice do §4º do art. 976 do NCPC.

Como corretamente aponta o Estado da Bahia, no julgamento do RE n. 561836, o STF limitou-se a consignar que **“o término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção ad aeternum de parcela de remuneração por servidor público”**. A toda evidência, não houve análise da legislação baiana, inexistindo pronunciamento sobre o marco final para a incidência da diferença remuneratória.

Está-se diante, indiscutivelmente, de processos originários repetitivos, onde há, na lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, *“o risco potencial de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, podendo ser admitido o IRDR”*. Como bem registram os autores: *Nos processos originários, os casos já estão no tribunal, já estando presente o potencial risco à isonomia e à segurança jurídica, sendo conveniente prevenir a divergência jurisprudencial, com que se atende aos deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de que trata o art. 926 do CPC”* (Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. v. 3. ed. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 627).

Destarte, presentes os requisitos de admissibilidade, tem-se como pertinente a instauração do incidente para resolução da questão de direito repetitiva.

3. Ante o exposto, o voto é no sentido de admitir a instauração de IRDR sobre a seguinte questão: a definição do marco temporal final para a aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, ativos e inativos, e pensionistas.

Após o trânsito em julgado deste acórdão, retornem os autos conclusos como determina o §8º do art. 219 do RITJBA, com a redação dada pela emenda regimental n. 01/2016.







# *Súmulas*





**Súmula nº 1**

Nas ações penais contra gestores públicos é dispensável a intimação pessoal do acusado e de seus defensores para a Sessão destinada a apreciar o recebimento ou rejeição da denúncia, sendo suficiente a intimação regular do advogado constituído, mediante a inclusão do processo em pauta.

*Órgão Julgador:* Tribunal Pleno

*Data do Julgamento:* 21/12/2011

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 01.10.2014; DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014

*Referência Legislativa:* Art. 370 do Código de Processo Penal.

*Precedentes:* STF, HC 84655/RO  
STF, HC 74026/PI  
STF, HC 83595/SP

**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.

*Órgão Julgador:* Seção Criminal

*Data do Julgamento:* 07/02/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

*Referência Legislativa:* Arts. 33 e 34, §§2º e 3º do Código Penal  
Lei nº11.343/2006

*Precedentes:* TJBA, Ap.Crim. 0000062-24.2011.8.05.0007  
TJBA, Ap.Crim. 0002264-94.2008.8.05.0001  
TJBA, Ap.Crim. 0000043-31.2009.8.05.0090  
TJBA, Ap.Crim. 0000298-29.2004.8.05.0004  
TJBA, Ap.Crim. 0007881-82.2011.8.05.0113  
TJBA, Ap.Crim. 0003602-61.2005.8.05.0146  
TJBA, Ap.Crim. 0014541-91.2009.8.05.0039  
TJBA, Ap.Crim. 0105692-24.2010.8.05.0001  
TJBA, Ap.Crim. 0095647-29.2008.8.05.0080



TJBA, Ap.Crim. 0011948-29.2010.8.05.0274  
TJBA, Ap.Crim. 0134415-58.2007.8.05.0001  
TJBA, Ap.Crim. 0000349-59.2011.8.05.0080  
TJBA, Ap.Crim. 0001196-56.2009.8.05.0072  
TJBA, Ap.Crim. 0117449-54.2006.8.05.0001

**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.

*Órgão Julgador:* Seção Criminal

*Data do Julgamento:* 07/02/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

*Referência Legislativa:* Art. 71 do Código Penal

*Precedentes:* TJBA, Ap.Crim. 0000965-90.2012.805.0244  
TJBA, Ap.Crim. 0000687-65.2009.805.0189  
TJBA, Ap.Crim. 0301451-65.2013.805.0247  
TJBA, Ap.Crim. 0004476-45.2009.805.0004  
TJBA, Ap.Crim. 0000003-67.2012.805.0147

**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.

*Órgão Julgador:* Seção Criminal

*Data do Julgamento:* 07/02/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

*Referência Legislativa:* Art. 66 da Lei nº 9.099/1995

*Precedentes:* TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320354-41.2012.8.05.0000  
TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320428-95.2012.8.05.0000  
TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320430-65.2012.8.05.0000  
TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320355-26.2012.8.05.0000  
TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0312424-69.2012.8.05.0000  
TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320386-46.2012.8.05.0000

TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320426-28.2012.8.05.0000

**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.

*Órgão Julgador:* Seção Criminal

*Data do Julgamento:* 07/02/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

*Referência Legislativa:* Art. 387, IV do Código de Processo Penal

*Precedentes:* TJBA, Ap.Crim. 0000186-82.2007.8.05.0092

TJBA, Ap.Crim. 0000123-30.1994.8.05.0022

TJBA, Ap.Crim. 0003264-16.2010.8.05.0113

TJBA, Ap.Crim. 0001300-53.2011.8.05.0080

TJBA, Ap.Crim. 0000051-41.2012.8.05.0239

TJBA, Ap.Crim. 0000526-02.2012.8.05.0011

**Súmula nº 7**

O emprego de arma, inclusive de fogo, ainda que desmuniada, autoriza a incidência da majorante prevista no inciso I, §2º do Art. 157 do Código Penal.

*Órgão Julgador:* Seção Criminal

*Data do Julgamento:* 07/02/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

*Referência Legislativa:* Art. 157, I, § 2º do Código Penal

*Precedentes:* TJBA, Ap.Crim. 0007727-03.2010.805.0080

TJBA, Ap.Crim. 69983-4/2008

TJBA, Ap.Crim. 0001557-66.2004.805.0000

TJBA, Ap.Crim. 0001758-80.2010.805.0088

**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.

*Órgão Julgador:* Seção Criminal

*Data do Julgamento:* 07/02/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

*Referência Legislativa:* Lei nº 10.826/2003

*Precedentes:* TJBA, Ap.Crim. 0000126-95.2010.8.05.0192  
TJBA, Ap.Crim. 0017168-17.2011.8.05.0001  
TJBA, Ap.Crim. 0079160-13.2010.8.05.0001  
TJBA, Ap.Crim. 0002526-02.2005.8.05.0146  
TJBA, Ap.Crim. 0037451-95.2010.8.05.0001  
TJBA, Ap.Crim. 0002067-44.2006.8.05.0120  
TJBA, Ap.Crim. 0000263-23.2010.8.05.0113  
TJBA, Ap.Crim. 0106372-43.2009.8.05.0001

#### **Súmula nº 9**

Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas travadas entre o PLANSESV e seus filiados.

*Órgão Julgador:* Seção Cível de Direito Público

*Data do Julgamento:* 27/03/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 07.10.2014

*Referência Legislativa:* Código de Defesa do Consumidor

*Precedentes:* TJBA, Ap.Civ. 59733-8/2008  
TJBA, Ap.Civ. 0178516-4.2008  
TJBA, Ap.Civ. 0068532-3/2008  
TJBA, Ag.Inst. 0008342-3/2010

#### **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.

*Órgão Julgador:* Seção Cível de Direito Público

*Data do Julgamento:* 27/03/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 07.10.2014

*Referência:* Art. 37, II da Constituição Federal

*Precedentes:* STJ, RMS 34.576/RN  
STJ, RMS 33.650/PA  
STJ, RMS 31.779/AC  
STJ, RMS 27.841/ES  
TJBA, Ap.Civ. 0095917-5/2008  
TJBA, Ap.Civ. 0178497-7/2007  
TJBA, Ap.Civ. 38841-2/2007  
TJBA, Ag.Inst. 68697-4/2007  
TJBA, Ag.Inst. 59828-5/2007  
TJBA, MS 3520-1/2007  
TJBA, Reexame Necessário 18230-1/2009

### **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.

*Órgão Julgador:* Seção Cível de Direito Público

*Data do Julgamento:* 27/03/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 07.10.2014

*Referência:* Lei nº 10.048/2000  
Lei nº 10.098/2000  
Decreto nº 5.296/2004  
Lei Municipal de Salvador nº 7.201/2007

*Precedentes:* TJBA, Ap.Civ. 0058292-14.2010.8.05.0001  
TJBA, Ap.Civ. 0012567-77.2010.8.05.0001  
TJBA, Ap.Civ. 0017717-61.2010.8.05.0001  
TJBA, Ag.Inst. 17395-1/2008  
TJBA, Ag.Inst. 0011655-7/2008

### **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.

*Órgão Julgador:* Seção Cível de Direito Privado

*Data do Julgamento:* 29/04/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 07.10.2014

*Referência Legislativa:* Código de Defesa do Consumidor

*Precedentes:* TJBA, Ag.Inst. 9068-4/2009  
TJBA, Ag.Inst. 25977-4.2008  
TJBA, Ag.Inst. 0009355-7/2010  
TJBA, Ag.Inst. 60435-6/2009  
TJBA, Ag.Inst. 50016-5/2008  
TJBA, Ap.Civ. 4587-1/2004

### **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.

*Órgão Julgador:* Seção Cível de Direito Privado

*Data do Julgamento:* 29/04/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 07.10.2014

*Referência Legislativa:* Código de Defesa do Consumidor

*Precedentes:* TJBA, Ag.Inst. 54469-9/2008  
TJBA, Ap.Civ. 34949-0/2009  
TJBA, Ap.Civ. 11886-6/2007  
TJBA, Ap.Civ. 16586-7/2008  
TJBA, Ap.Civ. 14717-2/2009  
TJBA, Ap.Civ. 0060635-1/2009

### **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.

*Órgão Julgador:* Seção Cível de Direito Privado

*Data do Julgamento:* 29/04/2014

*Data de Publicação/Fonte:* DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 07.10.2014



*Referência:* Decreto-Lei nº 611/69

*Precedentes:* STJ, Resp 1184570/MG

TJBA, Ap.Civ. 0023671-50.2007.8.05.0080

TJBA, Ap.Civ. 0018745-9/2009

TJBA, Ap.Civ. 18481-7/2009

TJBA, Ap.Civ. 17811-1/2008

TJBA, Ap.Civ. 8512-0/2010

TJBA, Ap.Civ. 59405-4/2009

TJBA, Ap.Civ. 0071040-1/2009

TJBA, Ap.Civ. 94935-0/2009

TJBA, Ap.Civ. 0038440-0/2010

**REVISTA BAHIA FORENSE**  
*digital*

Leia a versão digital da Bahia Forense acessando o link  
***[http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=93921](http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=93921)***

Livro produzido pela Coordenação de Serviços Gráficos  
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

