

2016

BAHIA FORENSE ELETRÔNICA | 2

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
SÚMULAS



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

PROJETO GRÁFICO

—— SETIM - SECRETARIA DE TECNOLOGIA E MODERNIZAÇÃO

CONTEÚDO EDITORIAL

—— COMISSÃO PERMANENTE DE JURISPRUDÊNCIA, REVISTA, DOCUMENTAÇÃO E BIBLIOTECA

FOTOGRAFIA

—— ASCOM - ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO

REVISÃO

—— UNICORP – UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA

Bahia Forense Eletrônica: Doutrina, jurisprudência e súmulas /
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (2015) –
Salvador: Comissão de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do
Estado da Bahia, 2016-

Catálogo do volume 02, disponível em maio de 2016.

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

CDD: 340.05
CDU: 34

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

2016

BAHIA FORENSE ELETRÔNICA

DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
SÚMULAS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

RELAÇÃO DE DESEMBARGADORES

Desa. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO
Presidente

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

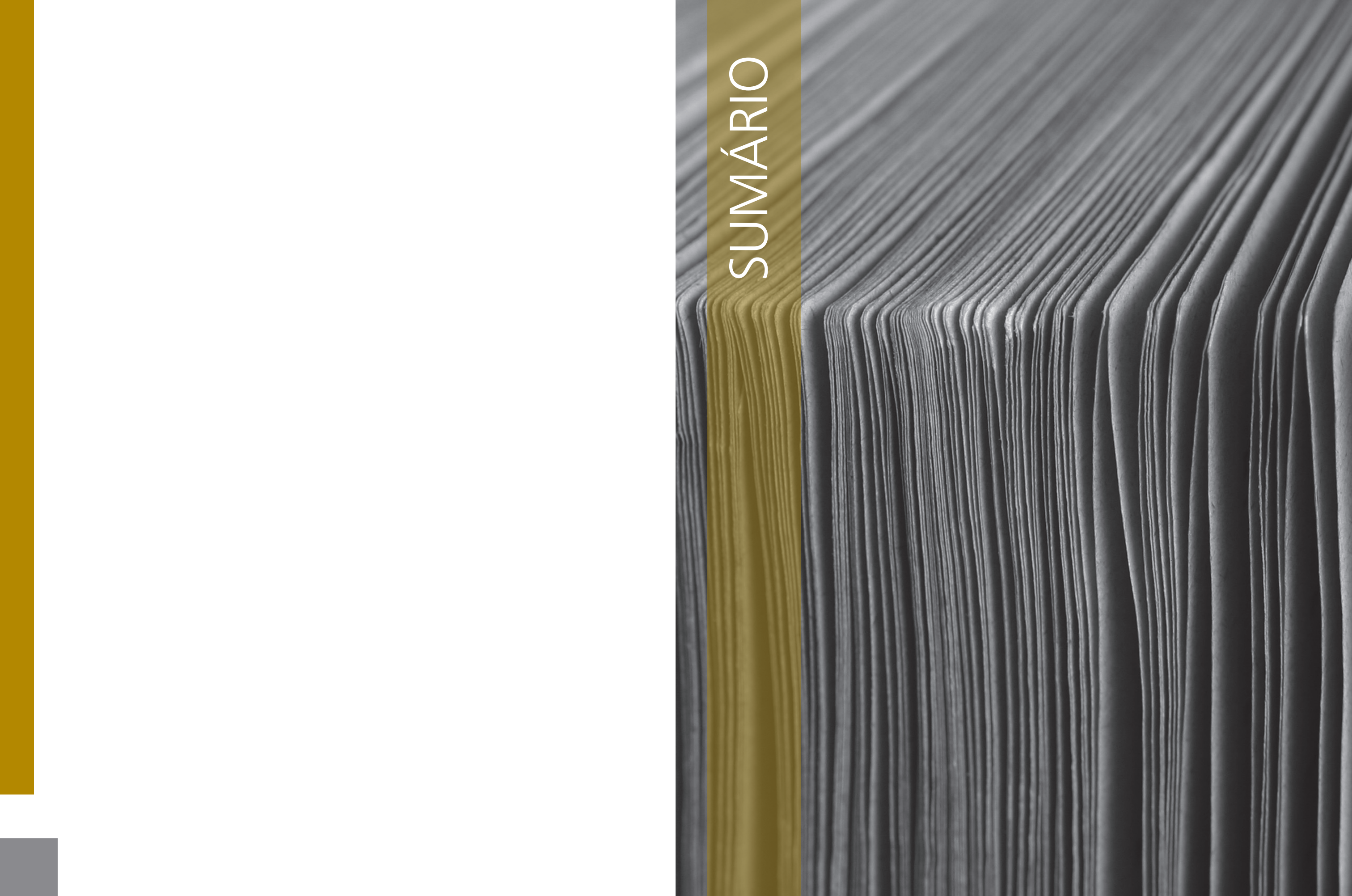
Desa. LÍCIA de Castro Laranjeira CARVALHO
2ª Vice-Presidente

Des. OSVALDO de Almeida BOMFIM
Corregedor-Geral

Desa. CYNTHIA MARIA PINA RESENDE
Corregedora 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 Miranda SARAIVA
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



SUMÁRIO

SUMÁRIO

DOCTRINA

Ainda sobre a Lei Maria da Penha: uma tentativa de pacificação dos conflitos hermenêuticos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores <i>por Nágila Maria Sales Brito</i>	16
O princípio da razoabilidade em concurso público. Anotações <i>por Moacyr Montenegro Souto</i>	45
Inovações do Novo Código de Processo Civil à luz da boa-fé e da celeridade processual <i>por Roberto Maynard Frank</i>	52

JURISPRUDÊNCIA PENAL

Habeas Corpus. Estupro. Excesso de prazo da prisão preventiva <i>Relator: Des. Lourival Almeida Trindade</i>	74
Apelação Criminal. Roubo Majorado e Resistência. <i>Mutatio Libelli</i> . Anulação da sentença <i>Relatora: Desª. Ivone Bessa Ramos</i>	87
Apelação Criminal. Roubo Majorado e formação de quadrilha. Absolvição por insuficiência da prova <i>Relator: Des. Lourival Almeida Trindade</i>	93
Apelação Criminal. Tráfico de drogas e Associação para o Tráfico. Causa especial de diminuição de pena <i>Relatora: Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz</i>	102
Apelação Criminal. Extorsão. Restituição da coisa apreendida e correção <i>ex officio</i> de erro material na sentença <i>Relator: Des. João Bôsco de Oliveira Seixas</i>	107
Apelação Criminal. Lesão corporal contra a mulher. Agressões recíprocas. Absolvição <i>Relator: Des. Jefferson Alves de Assis</i>	122
Apelação Criminal. Estupro Presumido. Ausência de comprovação da condição de debilidade. Absolvição <i>Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva</i>	126

Apelação Criminal. Homicídio e Lesão Corporal culposos na direção de veículo automotor. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos <i>Relator: Des. Carlos Roberto Santos Araújo</i>	132
---	-----

Agravo em Execução Penal. Livramento condicional. Necessidade de realização de exame criminológico <i>Relatora: Desª. Nágila Maria Sales Brito</i>	136
---	-----

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Direito Constitucional

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Imposição de fornecimento gratuito de embalagens por atacados e estabelecimentos similares <i>Relator: Des. Emílio Salomão Pinto Resedá</i>	143
--	-----

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Modificação do procedimento para eleição da Mesa Diretora da Câmara Legislativa na Lei Orgânica do Município <i>Relator: Des. Luiz Fernando Lima</i>	151
---	-----

Arguição de Inconstitucionalidade. Concessão de estabilidade a servidores públicos municipais de forma genérica e abstrata <i>Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra</i>	157
---	-----

Direito Administrativo

Mandado de Segurança. Demissão de Delegado da Polícia Civil em estágio probatório <i>Relatora : Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel</i>	164
--	-----

Mandado de Segurança contra ato judicial. Violação ao devido processo legal <i>Relatora: Desª. Márcia Borges Faria</i>	176
---	-----

Mandado de Segurança. Servidor Público. Teto Remuneratório <i>Relator: Des. José Cícero Landin Neto</i>	179
--	-----

Apelação Cível. Demissão de servidor público condenado na instância criminal <i>Relatora: Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago</i>	189
--	-----

Apelação Cível. Improbidade Administrativa. Descumprimento de ordem judicial por Prefeito	195
<i>Relatora: Desª Rosita Falcão de Almeida Maia</i>	
Apelação Cível. Servidor Público. Estabilidade Econômica	203
<i>Relatora: Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal</i>	
Apelação Cível. Policial Militar ativo. Auxílio Alimentação	207
<i>Relatora: Desª. Heloisa Pinto de Freitas Vieira Graddi</i>	
Apelação Cível. Servidor Público Policial Militar. Reincorporação de Gratificação de Habilitação e reajuste de remuneração	210
<i>Relator: Des. Augusto de Lima Bispo</i>	
Apelação Cível. Professor Estadual. Supressão de proventos relativos às aulas suplementares	227
<i>Relatora: Desª. Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo</i>	
Mandado de Segurança. Concurso Público. Comprovação de escolaridade exigida no Edital através de certidão de conclusão de curso superior	231
<i>Relatora: Desª. Lícia de Castro L. Carvalho</i>	
Mandado de Segurança. Concurso Público para soldado da Polícia Militar. Reprovação em exame médico por ausência de acuidade visual. Deficiência corrigível	235
<i>Relator: Des. Jatahy Júnior</i>	
Mandado de Segurança. Contrato Administrativo. Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública	241
<i>Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto</i>	
Direito Ambiental	
Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Licenciamento Ambiental	244
<i>Relator: Des. Mauricio Kertzman Szporer</i>	

Direito Previdenciário

Apelação Cível. Plano Petros do Sistema Petrobrás. Validade dos termos individuais de repactuação	256
<i>Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior</i>	

Direito do Consumidor

Apelação Cível. Declaração de inexistência de débito e indenização por danos morais. Inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito	260
<i>Relatora: Desª. Regina Helena Ramos Reis</i>	
Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Inscrição devida em órgãos de proteção ao crédito	265
<i>Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior</i>	

Agravo de Instrumento. Atraso na entrega de unidade residencial	268
<i>Relator: Des. Roberto Maynard Frank</i>	

Direito Civil

Apelações Cíveis simultâneas e Reexame Necessário. Responsabilidade Civil do Estado. Falso positivo em exame de HIV	271
<i>Relatora: Desª. Sílvia Carneiro Santos Zarif</i>	
Apelação Cível. Responsabilidade Civil por acidente de trabalho	278
<i>Relator: Des. José Olegário Monção Caldas</i>	

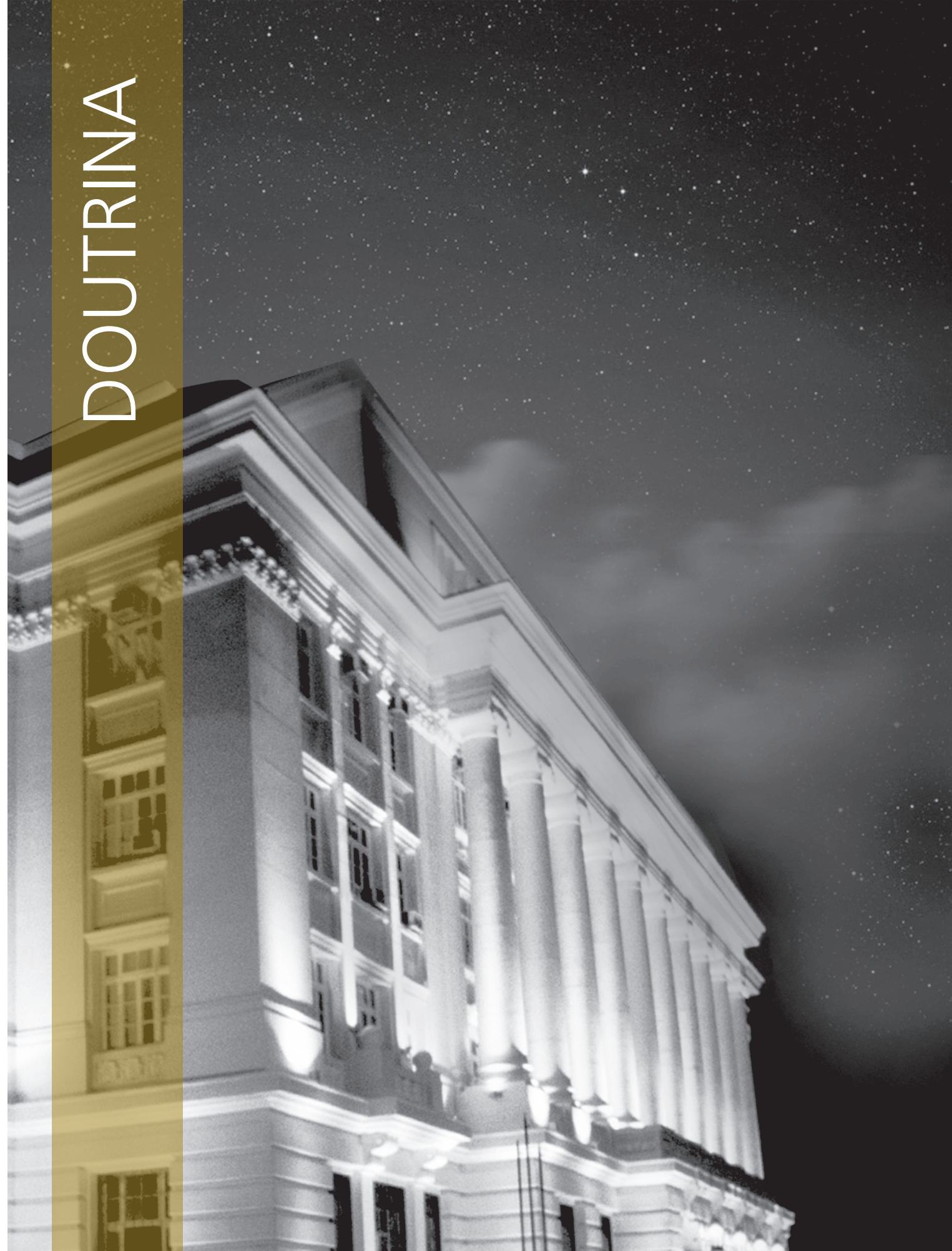
Direito da Criança e do Adolescente

Apelação Cível. Suspensão do Poder Familiar	284
<i>Relator: Des. Gesivaldo Britto</i>	

SÚMULAS

Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia	290
---	-----

DOCTRINA



AINDA SOBRE A LEI MARIA DA PENHA: UMA TENTATIVA DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS HERMENÊUTICOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

por Nágila Maria Sales Brito¹



SUMÁRIO: Introdução; 1. A Lei Maria da Penha e o STF: Breves Considerações; 2. A possibilidade da decretação da prisão preventiva: duas hipóteses; 3. Da inaplicabilidade da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais). As Súmulas nº 536 e 542 do STJ; 4. Ainda discutindo a audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha; Conclusão.

INTRODUÇÃO

“O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons.” (Martin Luther King)

Passados 9 anos da promulgação da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, ainda merece um volver de olhos para seus dispositivos, com o intuito de uma aplicação que guarde respeito aos seus objetivos tão claramente expostos na letra da lei - **de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher - e na sua interpretação pelos Tribunais Superiores.**

A lei em tela, de um lado, é considerada, pela Organização das Nações Unidas (ONU)², a 3ª melhor lei do mundo no combate à violência doméstica e bastante conhecida no país; de outro, é criticada por alguns que sempre indagam sobre quando advirá a “Lei João da Penha”, numa tentativa de desqualificar a lei que trata desigualmente homem e mulher, por uma escolha do legislador em elaborar uma norma que produzisse efeitos afirmativos ante a grassante e desproporcional violência perpetrada contra a mulher, em ambiência doméstica e familiar, tendo como sujeito ativo pessoas que lhes são próximas e por quem guardam afetividade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, ao contrário, objetivando apenas despertar o interesse dos colegas que lidam com a matéria, fez-se um rápido estudo, com base na Jurisprudência e na Doutrina brasileiras, acerca dos arts. 1º, 12, I, 16, 33 e 41 da Lei 11.340/06, alcançando-se algumas conclusões que traduzem, na verdade, o cerne da histórica decisão do STF, que os declarou constitucionais e deu, aos mencionados dispositivos, interpretação conforme a Constituição.

Guardando consonância com o que dispõe o art. 4º, **“Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”**, é que se procurou, em face das práticas diversas em cada Vara ou Juizado Especializado ou Criminal, decorrente da interpretação da lei pelos magistrados, mormente, neste momento, no

que concerne às hipóteses de prisões preventivas e sobre a audiência prevista no art. 16, trazer luzes com o fito de ajudar na solução dos problemas que afloram nessas matérias, com lastro na evolução do pensamento dos juristas pátrios, que avançam diuturnamente no sentido de alcançar-se a interpretação mais benéfica para quem a Lei Maria da Penha almeja dar proteção: a mulher.

1 - A LEI MARIA DA PENHA E O STF: BREVES CONSIDERAÇÕES

Com efeito, sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha já tivemos o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de duas ações:

1. A ADC nº 19, proposta pelo Presidente da República, tinha como objetivo declarar constitucionais os arts. 1º, 33 e 41.

2. A ADI nº 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República, para o fim de dar interpretação conforme aos arts. 12, inc. I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal, pouco importando a extensão desta.

Com a Ação Direta de Constitucionalidade nº 19, o STF julgou, por unanimidade, constitucional o art. 1º da Lei 11.340/2006, ao afirmar não haver violação do princípio da igualdade no fato de a Lei Maria da Penha ser voltada apenas à proteção das mulheres (somente a mulher recebe proteção diferenciada, o homem recebe a proteção comum, prevista no CP). Confira-se:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. (ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014).

Reconheceu o STF, ao julgar constitucional o art. 1º da Lei Maria da Penha, que mulheres e homens são diferentes e que a cultura brasileira, eminentemente patriarcal, com aceitação da sobrevalência da superioridade masculina, faz necessária a efetividade da igualdade material, que se concretiza tratando desigualmente os desiguais, à medida que se desigualem.

Como bem definiu Humberto Maturana³ sobre a cultura patriarcal:

“Os aspectos puramente patriarcais da maneira de viver da cultura patriarcal européia – à qual pertence grande parte da humanidade moderna, e que doravante chamarei de cultura patriarcal – constituem uma rede fechada de conversações. Esta se caracteriza pelas coordenações de ações e emoções que fazem de nossa vida cotidiana um modo de coexistência que valoriza a guerra, a competição, a luta, as hierarquias, a autoridade, o poder, a procriação, o crescimento, a apropriação de recursos e a justificação racional do controle e da dominação dos outros por meio da apropriação da verdade.”

Em relação ao art. 33, que dispõe, in verbis: **“Nos locais em que ainda não tiverem sido estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher”**, entenderam os Srs. Ministros que esta determinação do art. 33 não ofende a competência dos Estados para disciplinar a organização judiciária local, devendo ser interpretada como norma processual alusiva à especialização do Juízo, norma de competência, como inúmeras outras, tudo visando a conferir celeridade aos processos.

Na verdade, poder-se-ia aludir ser ela norma que apenas encerra um aconselhamento, não configurando usurpação da competência normativa dos Estados quanto à própria organização judiciária, já que não conforma uma obrigação, mas uma faculdade, ficando ao alvedrio de cada Tribunal de Justiça a criação ou não das Varas ou Juizados Especializados.

Insta salientar, no entanto, que os Tribunais de Justiça, nos mais diversos Estados, vêm, gradativamente, implementando seus Juizados ou Varas Especializadas, com o que intentam dar maior celeridade à conclusão dos processos de violência doméstica, para que não redundem em extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em vista que, algumas vezes, tramitam processos de crimes com penas leves, tais como, ameaças, lesões corporais leves, crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), e até contravenções penais (vias de fato, importunação ofensiva ao pudor, perturbação do trabalho e do sossego alheios e perturbação da tranquilidade), sem descurarmos, porém, da existência das lesões graves, gravíssimas, as seguidas de morte, sequestros, cárceres privados, estupro e outros, mais merecedores ainda de uma justiça rápida, pois, como afirmava Rui Barbosa, “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, além de a sensação de impunidade levar à reiteração delitiva. Importante, ademais, é não deixar que os crimes considerados leves, por falta de punição, passem, quando da reincidência, para a seara dos crimes graves.

Tudo isso sem mencionar que, quando os agressores cumprem as ameaças e praticam o hoje denominado FEMINICÍDIO, tais processos, nos termos contidos no art. 5º, XXXVIII, d, da CR, são distribuídos para as Varas do Júri, competentes para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Percebe-se, por conseguinte, que se não se especializar um juiz para o trato dessa matéria, com o salutar aprendizado de trabalhar com a Rede de Proteção⁴ à mulher e de não prescindir do trabalho da equipe multidisciplinar, voltando um olhar mais seguro sobre quais medidas protetivas de urgência devem ser deferidas, por quanto tempo, ou mesmo a decretação da preventiva quando se fizer necessária, continuar-se-á com a crescente estatística de crimes contra a mulher na ambiência familiar.

Com relação ao entendimento pela constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, afastou-se, em

boa hora, a aplicação da Lei nº 9.099/95 porque feriria a intenção do legislador ao entender os “crimes” praticados no âmbito das relações familiares como de pequeno potencial ofensivo, violando, portanto, a Constituição da República, quando esta determina, no § 8º do art. 226, que o Estado dará proteção especial a todos os membros da família.

A necessidade de um olhar diferenciado e de não se ficar no mutismo dos gabinetes restou tão premente que o legislador cuidou diferentemente da medida mais gravosa, que é a privação da liberdade cautelarmente, ao possibilitar a prisão preventiva nas hipóteses de violência doméstica, na recente mudança do Código de Processo Penal, reforçando as previsões da Lei Maria da Penha (arts. 20 e 42) ao dispor no art. 313, III, *in verbis*:

“Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (...) III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Significa dizer que o legislador intencionou dar maior proteção à mulher, ao excepcionar que, mesmo em se tratando de delitos cujas penas máximas não alcancem 4 anos, será possível a decretação da prisão preventiva para assegurar a proteção integral àquelas pessoas ali mencionadas, incluindo a mulher.

2 - A POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: DUAS HIPÓTESES

Não se pode olvidar da discussão existente na doutrina sobre a mens legis do inciso III do art. 313 do CPP, se a prisão preventiva ali prevista seria viável tão somente após o descumprimento de medida protetiva ou se independeria da medida protetiva, podendo ser a primeira ratio para o juiz, a depender do caso concreto. Fácil posicionar-se com a última opção por conferir mais proteção à mulher.

Para fundamentar doutrinariamente esse pensamento, vale transcrever a lição de Guilherme de Souza Nucci⁵:

Decretação de prisão preventiva: embora essa modalidade de prisão cautelar encontre-se regida, no Código de Processo Penal, basicamente, pelo art. 312, onde se encontram seus requisitos, a lei especial terminou por ampliar a possibilidade de prisão preventiva para os casos de violência doméstica. A reforma implementada pela Lei 12.403/2011, conferindo nova redação ao art. 313, III, do CPP, permite a decretação da preventiva nas situações envoltas de violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. O ideal seria a presença dos requisitos do art. 312 do CPP para a decretação da preventiva, mas somente se ela se destinar a durar toda a instrução. Quando não for o caso, voltada apenas para o período em que se executa uma medida protetiva de urgência (como a separação de corpos), dispensam-se os elementos formais do art. 312 do CPP. (Guilherme de Souza Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Vol1 , 8 ed, 2014).

Interpretando tal matéria, Mendonça⁶ afirma que:

“Embora o legislador afirme que a decretação da prisão preventiva, nesse caso, seja para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, nada impede que a prisão preventiva seja imposta de maneira originária e autônoma. Em outras palavras, é possível a decretação da prisão preventiva com base no artigo 313, III, em duas situações diversas: a) de maneira substitutiva, em caso de descumprimento de medida alternativa anteriormente imposta (art. 319), para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; b) de maneira originária ou autônoma, quando o juiz entender que a prisão é, desde logo, a única adequada para a situação concreta. Portanto, embora o dispositivo não seja expresso, o juiz poderá aplicar a prisão preventiva originariamente, sem necessidade de decretar anteriormente qualquer medida alternativa à prisão (chamada, no caso, de ‘medida de proteção’). O que deve guiar o magistrado é o princípio da adequação, nos termos do art. 282, inc. II, para verificar se é o caso de decretar desde logo a prisão ou se bastará, inicialmente, a imposição de uma medida alternativa e, apenas em caso de descumprimento, determinar a prisão”.

Também distingue em duas hipóteses a Promotora potiguar, Érica Canuto Veras, em seu artigo “As Hipóteses de prisão preventiva da Lei Maria da Penha na visão do Superior Tribunal de Justiça”:

“A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) previu duas possibilidades distintas de prisão preventiva do agressor, em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. A primeira é a prevista no artigo 20, que é a hipótese comum para assegurar o processo. A segunda, inscrita no artigo 42, foi criada para garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência.”

Para lastrear a sua convicção, ela faz uma análise da evolução da jurisprudência do STJ, que anteriormente se posicionava no sentido de que, além do descumprimento da medida protetiva, era necessária a presença dos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, mudando o posicionamento gradativamente para afinal entender pela existência de dois fundamentos para a prisão preventiva quando envolver violência doméstica, quais sejam: 1- para garantir o processo e o bem jurídico tutelado pela norma; 2- para garantir a execução da medida protetiva de urgência.

O primeiro dos dispositivos a tratar da prisão cautelar na Lei Maria da Penha foi o art. 20, *in verbis*:

“Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Pela letra da lei, de clareza meridiana tratar este dispositivo da possibilidade da segregação, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP, ou seja, exigíveis os fundamentos ali previstos para legitimar a prisão preventiva: o *fumus commissi delicti* (indícios da autoria e prova da existência do crime) e o *periculum libertatis* (perigo que decorre do estado de liberdade).

As decisões da Corte Superior confirmam esta interpretação:

“PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO RÉU. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida. 3. **Circunstâncias descritas nos autos que corroboram a necessidade de manutenção da determinação de segregação acautelatória do paciente, para garantia da ordem pública, pois, em tese, “está envolvido em fatos gravíssimos (lesão corporal decorrente de violência doméstica, por duas vezes, e resistência)”**, sendo certo que o **modus operandi pelo qual foi cometido o delito também revela a sua periculosidade**. 4. As condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, por si sós, inviabilizar a decretação da custódia preventiva, se existem outros elementos nos autos que respaldam a medida constritiva. 5. Alegação de excesso de prazo na instrução que não comporta conhecimento, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que a questão não foi suscitada no writ originário e, portanto, não foi alvo de exame pela Corte estadual. 6. Habeas corpus não conhecido.” (STJ - HC: 299772 SP 2014/0181002-7, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 24/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/04/2015). (grifo nosso)

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. CRIME CONTRA COMPANHEIRA. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. PERICULOSIDADE. NOTÍCIA DE AGRESSÕES ANTERIORES. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA MOTIVADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da índole violenta do agente, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorrido o fato criminoso. 2. Caso em que o recorrente encontra-se denunciado por tentativa de homicídio, cometida em tese por motivo torpe e mediante a utilização de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, que foi agredida com marteladas na cabeça, cessando a agressão somente após a intercessão de vizinhos e policiais, o que revela a periculosidade do agente, bem como a maior gravidade da conduta perpetrada. 3. A segregação cautelar mostra-se necessária, ainda, para se evitar a reprodução de fatos

criminosos da mesma natureza, resguardando-se, ainda, a integridade física da ofendida, uma vez que há notícias de agressões anteriores por parte do recorrente. 4. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da constrição. 5. Recurso improvido.” (STJ , Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 20/05/2014, T5 - QUINTA TURMA).

Além da previsão contida no art. 20, a Lei 11.340/2006 traz, no seu art. 42, expressamente, a possibilidade de decretação da preventiva **para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, in verbis:**

“Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941(Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:
‘Art. 313 - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.”

Com o advento da Lei 12.403/2011, o inciso III deste artigo passou a ter a seguinte redação: **“se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;”** e foi revogado o inciso IV.

Introduzido esse inciso no Estatuto Processual Penal, verifica-se que o legislador não mais distingue crime doloso ou culposos, nem se refere à pena aplicável, possibilitando a segregação, inclusive, em casos de contravenção penal. Por outro lado, não é cabível a substituição por outra medida cautelar, já que ocorreria a perpetuação da violência, produzindo uma proteção deficiente, de que foi exemplo, anteriormente, a equivocada aplicação da lei dos juizados especiais, com seus instrumentos despenalizadores (suspensão condicional do processo, transação penal e composição civil).

Tal postura demonstra uma clara escolha, de abrangência maior de proteção para as pessoas ali previstas. Copiada que foi a norma citada da previsão da Lei Maria da Penha, não há como não se reconhecer que é vontade do legislador proteger o bem jurídico tutelado que, no caso ora sob estudo, consubstancia-se na integridade física, psicológica, patrimonial, sexual, moral e social da mulher, garantindo-lhe o direito de viver sem violência. Pode ser decretada, inclusive, em casos de contravenção penal e crimes punidos com detenção.

Vejam-se estas decisões:

E M E N T A - HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA - PRESCINDIBILIDADE - **NECESSIDADE DE RESGUARDAR, DE IMEDIATO, A SEGURANÇA DE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO** - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - ORDEM DENEGADA. **A prisão preventiva tem contornos diferenciados nos casos de violência doméstica, podendo ser decretada em crimes ou contravenção cuja pena seja inferior a quatro anos, sendo por vezes prescindível, para tanto, a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, desde que elementos concretos dos autos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência**

de gênero pois, do contrário, deixariam de ser observados os princípios da adequação e da proteção, bem como os objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher. Deve ser mantida a prisão preventiva se presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 c/c art. 313, III, ambos do Código de Processo Penal, especialmente quando a segregação cautelar mostrar-se medida indispensável para assegurar, de imediato, a segurança da vítima e também da ordem pública. Ordem denegada, em conformidade com o parecer.
(TJ-MS - HC: 14141422920148120000 MS 1414142-29.2014.8.12.0000, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 15/12/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/12/2014). (Original sem grifos).

Incumbe repisar, ainda, a reforçar o entendimento, já esposado pelo STJ, de que há dois fundamentos para a preventiva nos casos de violência doméstica: a que não prescinde dos requisitos autorizadores (art. 20 da Lei) e aquela para a qual bastaria o descumprimento das medidas protetivas decretadas, consoante se pode deduzir da interpretação literal do parágrafo único do art. 312 do CPP:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” (Grifo nosso).

Nessa linha de intelecção, as decisões ementadas do STJ:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT DENEGADO. 1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias apontaram fundamentos concretos que efetivamente evidenciam a necessidade de manutenção da custódia cautelar do paciente, para a garantia da ordem pública, em face da periculosidade concreta do agente, evidenciada pela gravidade dos delitos em tese perpetrados. 2. **O juiz de 1º grau indicou, de modo satisfatório, a necessidade da segregação do acusado, para garantia da ordem pública, evidenciada pelo descumprimento das medidas protetivas anteriormente aplicadas (art. 313, III, do Código de Processo Penal).** 3. Habeas corpus denegado. (STJ - HC: 306070 SP 2014/0256211-5, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2015).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. HIPÓTESE AUTORIZADORA DA SEGREGAÇÃO ANTECIPADA. AGRESSÕES E AMEAÇAS GRAVES. PERSONALIDADE VIOLENTA E PERICULOSIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO

DEMONSTRADO. RECLAMO IMPROVIDO. 1. Nos termos do inciso IV do art. 313 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.340/06, a prisão preventiva poderá ser decretada “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. 2. **Evidenciado que o recorrente, mesmo após cientificado da ordem judicial que o proibia de aproximar-se de sua ex-mulher e filhas e de com elas manter qualquer tipo de contato, retornou à sua antiga residência, onde ingressou violentamente, danificou bem lá existente e proferiu ameaças de morte contra a ex-companheira, ofendendo ainda sua honra e de suas filhas, resta clara a imprescindibilidade da custódia para acautelar a ordem pública e social.** 3. A necessidade de proteger a integridade física e psíquica das ofendidas e de cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, são indicativas do *periculum libertatis* exigido para a constrição processual. 4. Indevida a aplicação de cautelares diversas quando a segregação mostra-se imprescindível para garantir a segurança das ofendidas e evitar a reprodução de fatos criminosos de igual gravidade. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 51080 DF 2014/0220406-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 18/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2014)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar. **O descumprimento de medidas protetivas constituem, na espécie, a teor do art. 313, III, do Código de Processo Penal, fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva.** 2. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC: 37122 DF 2013/0116400-4, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 11/06/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2013).

Poder-se-ia explicitar quando a prisão preventiva deveria ser a medida eleita, e, sem medo de errar, pode-se afirmar ser a *ultima ratio*, somente justificável ao verificar-se a existência de risco in concreto para a vítima da violência doméstica, de que da próxima vez as ameaças de morte, verbalizadas ou não, possam ser concretizadas, em casos que, infelizmente, a vida real nos mostra por meio da mídia, especialmente nos finais de semana (provavelmente impulsionados pela ingestão de bebidas alcoólicas ou drogas), a perda de vidas humanas despropositadas, de mortes anunciadas em número crescente, o que recomenda medidas ainda mais drásticas com vistas à prevenção.

Também merece esse tratamento quando o receio de reiteração delitiva estiver fundado em elementos suficientes, de que são exemplos o modus operandi e a periculosidade do agressor, de tal forma que se mostrem inadequadas as medidas protetivas de urgência de outra natureza. Ou seja, quando a reiteração delitiva estiver fundada em receio que tenha concretude.

A Jurisprudência, infelizmente, em virtude do grande número de processos dessa natureza, é abundante nessa matéria:

HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PROTEÇÃO À VÍTIMA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA. **Correta a decisão que converteu a**

prisão em flagrante em preventiva do acusado de crime no âmbito doméstico, um vez que suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública e na manutenção da segurança da vítima ante o risco concreto de reiteração criminosa, tendo em vista que o paciente teria, em tese, ateadado fogo em suas roupas e a ameaçado de morte. Ademais, em consulta ao Sistema SIGO, verificou-se que o paciente possui contra si várias ocorrências, como porte de drogas, ameaça, roubo, dano, calúnia, ameaça e estupro. Condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não bastam, por si sós, para garantirem a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva. COM O PARECER, ORDEM DENEGADA. (TJ-MS - HC: 14021238820148120000 MS 1402123-88.2014.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 24/03/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/03/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA, AMEAÇA A TESTEMUNHA E PERICULOSIDADE REAL DO AGENTE. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO. [...]. 6. **No caso, a prisão preventiva foi determinada para resguardar a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista o modus operandi empregado pelo acusado e o fato de o ora paciente ostentar envolvimento em outra situação criminosa contra a integridade física, além de inúmeras incidências relativas a violência doméstica, embora sem trânsito em julgado. Além disso, segundo o Juízo de origem, a prisão preventiva é necessária por conveniência da instrução criminal, a fim de preservar a integridade física da companheira do autuado, a qual tem fundado temor por sua vida, em razão da periculosidade do representado.** Nessas condições, o decreto de prisão se alinha à orientação do Tribunal no sentido de que a fundada probabilidade de reiteração criminosa, a periculosidade do agente e a necessidade de resguardar a integridade física das testemunhas constituem fundamentação idônea para a prisão preventiva (v.g. RHC 116.944, Rel. Min. Dias Toffoli; e HC 106.991, Rel.Min. Ricardo Lewandowski). Da mesma forma, inexistente contrariedade ao entendimento da Corte quanto à possibilidade de prisão preventiva, quando as circunstâncias concretas do crime, aferidas a partir do modus operandi utilizado pelo agente, revelarem risco à ordem pública (v.g RHC 118.016, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 115.623, Rel.ª Min.ª Rosa Weber; HC 109.879, Rel. Min. Dias Toffoli; e HC 97.688, Rel. Min. Ayres Britto). 7. Nesse contexto, ausente ilegalidade que justifique eventual concessão da ordem de ofício, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao habeas corpus. Publique-se. Brasília, 06 de outubro de 2014.Ministro Luís Roberto BarrosoRelatorDocumento assinado digitalmente.(STF - HC: 124587 DF , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 06/10/2014, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 08/10/2014 PUBLIC 09/10/2014)

Como se vê, as decisões demonstram que a prisão cautelar se revela adequada diante da periculosidade do agente, para garantia da ordem pública, em face da possibilidade de reiteração da conduta violenta, necessidade de resguardo da integridade física e psíquica da vítima, bem como, na outra hipótese, ante a insuficiência das medidas protetivas de urgência que foram descumpridas, restando clara a insuficiência da proteção, se se optar por outra medida cautelar que não a prisão.

Admitir-se a prisão preventiva tão somente na hipótese de descumprimento das medidas protetivas de urgência seria novamente recair no erro da prestação deficiente aos direitos humanos das mulheres, pelo qual o Brasil já foi punido, em razão da morosidade para conclusão do processo de tentativa de homicídio contra Maria da Penha Fernandes Maia, além de ir de encontro à mens legis, da Lei nº 11.340/2006, de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Seria de indagar-se como poderia a Lei que visa a proteção integral da mulher, restringir a possibilidade mais segura de afastamento efetivo do risco, qual seja a prisão preventiva do agressor, pelo descumprimento das medidas protetivas concedidas, se para todos os tipos penais, ressalvadas as exceções legais, cabível tal prisão quando presentes os requisitos do *fumus commissis delicti* e do *periculum libertatis* e demonstrada a insuficiência da proteção com outras medidas cautelares.

Trouxe ainda a Lei 11.340/2006, no seu parágrafo 4º, do artigo 22, o instituto, nem sempre lembrado, das astreintes, consistente naquela multa diária imposta ao réu, compatível com a obrigação ajustada, para o caso de eventual descumprimento da medida protetiva, na tentativa de fazer com que o agressor cumpra as determinações judiciais. Com tal previsão, há de considerar-se salutar valer-se o Magistrado de todos os meios que lhe são colocados à disposição para o afastamento da violência, que, contrário sensu, significa a busca de paz no contexto familiar.

3 - DA INAPLICABILIDADE DA LEI 9099/95 (LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS). AS SÚMULAS Nº 536 E 542 DO STJ

Pode-se creditar ter sido a decisão mais importante em relação à repercussão nos processos que envolvem violência doméstica a interpretação, pela constitucionalidade, do art. 41 da Lei Maria da Penha, *in verbis*: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), mesmo que a pena seja menor que 2 anos”. Entendeu a Corte Suprema que afastar a Lei nº 9.099/06, nos casos de crime de violência doméstica, mostra-se em consonância com o disposto no §8º do art. 226 da Carta da República, que prevê a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

Assim também fora decidido pelo STF, no HC 106212/MS, da relatoria do Min. Marco Aurélio, pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 41 da lei Maria da Penha, ainda que, no caso concreto, se tratasse de contravenção e não crime, consoante decisão abaixo transcrita:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 no processo-crime a revelar violência contra a mulher. (STF - HC: 106212 MS , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011).

Já o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que, afinal, foi decidido pelo STF, interpretava que apenas não seriam aplicáveis os “institutos despenalizadores” da Lei dos Juizados (transação penal e suspensão condicional do processo).

Com esta decisão do STF, ocorreu um divisor de águas, passando a lei a ter mais efetividade naquilo que se predispôs a proteger: a integridade física e psíquica da mulher, já que aos juízes agora restou vedada a aplicação de penas pecuniárias, tais como cestas básicas, que redundava em reiteração delitiva, na maioria dos casos, alimentando o sentimento de superioridade masculina: “Bato e pago”, não alcançando as condenações (quando elas ocorriam, já que geralmente os termos de ocorrência, à época, descambavam para transações penais e suspensão condicional do processo) o seu desiderato de impedir a reiteração delitiva, provocada pela sensação de impunidade, revitimizando a mulher que, não raro, perdia a credibilidade na solução para o seu problema e desistia de denunciar e de procurar ajuda.

Ficou vedada ainda a tentativa de resolver o processo por meio de TRANSAÇÃO PENAL, ou SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, ou COMPOSIÇÃO CIVIL, ou seja, NUNCA E EM NENHUMA HIPÓTESE será aplicada a Lei 9099/95 para os casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Assim, em caso de lesões corporais leves ou culposas, em que a mulher for vítima, em situação de violência doméstica, o procedimento da apuração, na fase pré-processual, será o inquérito policial, e não o termo circunstanciado. Se a mulher procurar o Delegado, o Promotor ou o Juiz, afirmando não desejar o prosseguimento do inquérito, não terá esta declaração qualquer efeito jurídico. Mas, nem todos os crimes praticados contra a mulher em sede de violência doméstica serão de ação penal pública incondicionada.

Isso porque aos arts. 12, inciso I, 16 e 41, da Lei Maria da Penha, apenas foi dada pelo STF a interpretação conforme a Constituição:

- Art 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízos daqueles previstos no Código de Processo Penal:
I- ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
(...)
- Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.
(...)
- Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995.

Confirmando a máxima de Celso, “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, mas, sim, conhecer a sua força e o seu poder” , o STF entendeu, afinal, que os arts. 12, I e 16 deveriam ser interpretados de acordo com o art. 41 desta lei, ou seja, as ações penais cujos crimes estejam previstos em leis diversas da Lei 9099/95 continuarão a não prescindir da representação. Assim, a ameaça, dentre outros crimes, persiste com a exigência da representação para o ajuizamento da ação penal pelo MP, por ser delito previsto no Código Penal.

Tal raciocínio decorre da necessária interpretação sistemática do ordenamento jurídico, visto que a exigibilidade da representação da vítima como elemento essencial à deflagração da ação penal, no que concerne à lesão corporal, veio a ser positivada na Lei 9099/95 e somente nela encontra-se tal previsão. Ora, se a Lei Maria da Penha veda a aplicação da referida lei, nas hipóteses de violência doméstica contra a mulher, a norma a ser aplicada para a lesão corporal, nesses casos, será o Código Penal, com o tipo previsto no art. 129, que, neste Estatuto, não exige o oferecimento de representação, configurando, pois, crime, cuja ação é pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público será o *dominis litis* e não poderá deixar de denunciar porque a vítima não mais deseja que o autor responda pela conduta delituosa contra ela praticada, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não mais sendo possível, repita-se, a retratação da mulher nessa hipótese.

Vale ressaltar que, apesar de o art. 41, supracitado, se referir a “crime”, aplica-se também às contravenções penais com incidência da Lei nº 11.340/06, pois tal interpretação atende aos fins sociais a que a Lei em tela se destina. Nesse sentido: STJ. 6a Turma. HC 280.788-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 03/04/2014 (Informativo 539).

Inúmeros são os acórdãos nesse sentido:

“Apelação. Contravenção de vias de fato praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06). Recurso da defesa. PRELIMINARES. O artigo 41, da Lei nº 11.340/06, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/95, aplica-se a toda infração penal cometida com violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive às contravenções penais. Não cabimento da composição civil de danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Ação penal de natureza pública incondicionada. Preliminares rejeitadas. MÉRITO. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do réu. 2. Sanção que comporta alteração. No caso de contravenção penal, aplica-se o sursis previsto no artigo 11, do Decreto-Lei nº 3.688/41. 3. Deferimento ao acusado dos benefícios da justiça gratuita. O réu que tem sua responsabilidade penal reconhecida, mesmo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento de custas, à luz da sistemática prevista na Lei nº 1.060/50. Recurso parcialmente provido.” (TJ-SP, Relator: Laerte Marrone, Data de Julgamento: 03/08/2015, 2ª Câmara Criminal Extraordinária). (Grifo nosso).

“PROCESSOPENAL.HABEASCORPUS.(1)IMPETRAÇÃOSUBSTITUTIVADERECURSOORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ART. 129, § 9.º, DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA.APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95 (SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO). IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*,foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Não há constrangimento ilegal no acórdão do prévio *mandamus*, que não admitiu a suspensão condicional do processo no tocante a crime (art. 129, § 9.º, do CP) contemplado pela Lei Maria da Penha. Isso porque, a Terceira Seção desta Corte alinhando-se à posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 as hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher. Ressalva do julgamento da Relatora. 3. Na espécie, o fato de o Ministério Público ter oferecido a proposta de suspensão condicional do processo não

vincula o magistrado na audiência respectiva. Ainda mais quando a negativa se lastreia em entendimento consolidado na jurisprudência superior. 4. Habeas Corpus não conhecido.” (STJ - HC: 248162 RS 2012/0141426-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 26/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/03/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS MEDIANTE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ART. 129, § 9º, DO CP). RECURSO DO RÉU. AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI 11.340/2006. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PELA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. DELITO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (STF, ADI 4424/DF). PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE INDEPENDE DA MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA. NULIDADE AFASTADA. INVIÁVEL A ABSOLVIÇÃO. DEPOIMENTOS COLHIDOS NOS AUTOS (DO APELANTE, DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHA), EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS, QUE REVELAM QUE HOUE UMA DISCUSSÃO ENTRE O APELANTE E A VÍTIMA, NO SALÃO DE BELEZA DELA - O QUAL TAMBÉM POSSUÍA UM BAR -, MOMENTO EM QUE O APELANTE, ESTANDO NERVOSO E ALCOOLIZADO, COMEÇOU A ATIRAR E QUEBRAR COISAS, TAIS COMO GARRAFAS DE BEBIDA, ALÉM DE EMPURRAR A VÍTIMA E PEGÁ-LA PELO PESCOÇO. LESÕES CORPORAIS COMPROVADAS PELO LAUDO PERICIAL. PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. - O STF, no julgamento da ADI 4424/DF, pacificou o entendimento de que o crime de lesão corporal leve ou culposa praticado mediante violência doméstica (art. 129, § 9º, do CP) é de ação penal pública incondicionada. - É irrelevante a retratação da vítima à representação quanto ao crime de lesões corporais leves praticadas mediante violência doméstica (art. 129, § 9º, do CP), pois a audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 é inaplicável em relação a esse delito, cuja proposição da ação independe da manifestação da vítima. - Nos crimes praticados mediante violência doméstica, muitas vezes ocorridos às escuras, a palavra da vítima tem extrema importância, especialmente quando corroborada pelos demais elementos dos autos, como é o caso. - Parecer da PGJ pelo não provimento do recurso. - Recurso conhecido e não provido. (TJ-SC - APR: 20120322082 SC 2012.032208-2 (Acórdão), Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 17/09/2012, Primeira Câmara Criminal Julgado).

Também a doutrina assim se posiciona⁸:

“Crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o quantum da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9.099/95, afastando, inclusive, o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da referida Lei do JECRIM. Embora severa, a disposição do art. 41, em comento, é constitucional.”

Importa salientar que a Lei n.º 11.340/2006 prevê regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica.

Desse modo, se uma mulher for vítima de violência doméstica e familiar, a apuração deste delito (crime ou contravenção penal) deverá obedecer ao rito da Lei Maria da Penha e, de forma subsidiária, ao CPP e às demais leis processuais penais naquilo que não for incompatível (art. 13). É que a Lei Maria da Penha não criou nenhum

novo tipo penal, apenas dispõe acerca de um tratamento penal e processual distinto para as infrações penais já descritas no Código Penal e em leis penais extravagantes.

Transcreve-se, então, a decisão ementada na ação direta de inconstitucionalidade nº 4424, da Relatoria do Min. Marco Aurélio, bem como alguns trechos de grande valia:

“AÇÃO PENAL- VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL- NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações”.

“[...] Sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas não vêm, na maioria dos casos, de fora. Estão em casa, não na rua. Consubstanciam evento decorrente de dinâmicas privadas, o que, evidentemente, não reduz a gravidade do problema, mas a aprofunda, no que acirra a situação de invisibilidade social. Na maior parte dos assassinatos de mulheres, o ato é praticado por homens com quem elas mantiveram ou mantêm relacionamentos amorosos.

Compõe o contexto revelador da dignidade humana o livre agir, a definição das consequências de certo ato. Essa premissa consubstancia a regra, mas, para confirmá-la, existe a exceção. Por isso mesmo, no âmbito penal, atua o Ministério Público, na maioria dos casos, sem que se tenha como imprescindível representação, bastando a notícia do crime.

[...]

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.[...]”

Os argumentos contrários foram veementes, senão vejamos:

O Advogado-Geral do Senado Federal asseverou, em consonância com o entendimento, à época, do STJ, que a Lei 11.340/06 tão somente afastou os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais , mas não a necessidade da representação prevista no art. 88 desse diploma e no art. 12, inciso I e art. 16, da LMP, em atendimento aos interesses da vítima, pois caberia à mulher buscar ou não a intervenção estatal na vida privada, a exemplo do estupro, em que o legislador fez a opção pela ação pública condicionada.

Impende recordar que a promulgação da Lei Maria da Penha decorreu da ineficiência das regras dispostas na Lei dos Juizados Especiais para a proteção da mulher, bem como da edição do Informe 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em que ficou consignado que o Brasil violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) no bojo da denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes.

Com efeito, dúvidas não restam que, tivesse sido considerada interpretação diversa da adotada pelo STF, outra consequência não teríamos que a da perpetuação do quadro de violência contra a mulher no Brasil, que, certamente, apresentaria números ainda mais alarmantes que os ora conhecidos⁹, inclusive gerando a extinção da punibilidade para crimes tão graves, já que em se tratando de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se pode atentar apenas para a gravidade das lesões físicas, visto que, na maioria das vezes, a violência maior é a psicológica, conclusão esboçada na doutrina e na jurisprudência, no sentido de ser considerada a lesão psicológica como tipificação do art. 129 do Código Penal¹⁰.

Nos idos de 1955, já se usufruía das inteligentes lições de Nelson Hungria, que comungava com esta ideia, conforme se verifica deste texto: “lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois inteligência, vontade ou memória, dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo¹¹”.

Na verdade, a violência psicológica é a mais comum dentre as várias formas de exteriorização da agressão, mas muitas vezes invisíveis, não só pelos responsáveis pela apuração e julgamento de tais casos como pela própria vítima, que nem sequer consegue reconhecê-la como tal, embora deixe marcas, não raro para sempre, no psiquismo das vítimas¹².

Na verdade, posto que com anos de independência material, haja vista terem muitas mulheres assumido funções remuneradas no mercado de trabalho há mais de quatro décadas, mesmo essas profissionais ainda não conseguiram se desvencilhar da dependência emocional, da cultura da subserviência e do sentimento de culpa que povoa o universo feminino, fazendo engrossar as estatísticas de crimes com viés de violência doméstica em que as vítimas são magistradas, promotoras de justiça, delegadas, médicas, dentre outras profissionais que, em princípio, não deveriam passar por este tipo de situação pois não “dependem” financeiramente dos seus maridos ou companheiros.

Frise-se que tal entendimento deve ser rechaçado, pois equivocado, embora ainda presente nos Tribunais pátrios, como a decisão do caso dos atores Luana Piovani *versus* Dado Dolabella, em que entendeu a 7ª Câmara Criminal do RJ “ser público e notório que a Luana Piovani nunca foi uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem”.

Dado Dolabella já havia tido sua condenação confirmada pelo TJRJ, mas, como a decisão dos desembargadores não foi unânime, ele teve o direito de recorrer. A reviravolta no processo aconteceu porque, ao julgar os embargos infringentes o Tribunal entendeu que Luana Piovani não estava amparada pela lei Maria da Penha, já que não podia ser considerada uma mulher “hipossuficiente nem vulnerável”.

O STJ, no entanto, à unanimidade, entendeu que a lei vale para TODAS as mulheres vítimas de violência doméstica, modificando a decisão do Tribunal do Rio de Janeiro:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS CONTRA NAMORADA DO RÉU E CONTRA SENHORA QUE A ACUDIU. NAMORO. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO III, E ART. 14 DA LEI N.º 11.340/06. PRECEDENTES DO STJ. VÍTIMA MULHER DE RENOME DA CLASSE ARTÍSTICA. HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO PARA JUSTIFICAR A NÃO-APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL. FRAGILIDADE QUE É ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER HODIERNA. DESNECESSIDADE DE PROVA.

COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA CAPITAL FLUMINENSE. RECURSO PROVIDO. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RELAÇÃO AO CRIME COMETIDO CONTRA A PRIMEIRA VÍTIMA, EM FACE DA SUPERVENIENTE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. 1. Hipótese em que, tanto o Juízo singular quanto o Tribunal a quo, concluíram que havia, à época dos fatos, uma relação de namoro entre o agressor e a primeira vítima; e, ainda, que a agressão se deu no contexto da relação íntima existente entre eles. Trata-se, portanto, de fatos inconteste, já apurados pelas instâncias ordinárias, razão pela qual não há falar em incidência da Súmula n.º 07 desta Corte. 2. O entendimento prevalente neste Superior Tribunal de Justiça é de que “O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica” (CC 96.532/MG, Rel. Ministra JANE SILVA - Desembargadora Convocada do TJMG, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 19/12/2008). No mesmo sentido: CC 100.654/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 13/05/2009; HC 181.217/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 04/11/2011; AgRg no AREsp 59.208/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 07/03/2013. 3. A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela ipso facto. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração dessa presunção, que, aliás, é ínsita à condição da mulher na sociedade hodierna. 4. As denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram nesse contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei n.º 11.340/2006. 5. Restabelecida a condenação, cumpre o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do Recorrido, em relação ao crime cometido contra a primeira vítima, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal, a teor do art. 110, § 1.º, c.c. o art. 119, c.c. o art. 109, inciso VI (este com a redação anterior à Lei n.º 12.234, de 5 de maio de 2010, já que o crime é de 23/10/2008), todos do Código Penal. 6. Recurso especial provido para, cassando o acórdão dos embargos infringentes, restabelecer o acórdão da apelação que confirmara a sentença penal condenatória. Outrossim, declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do Recorrido, em relação ao crime de lesão corporal cometido contra a primeira vítima, em face da superveniente prescrição da pretensão punitiva estatal, remanescendo a condenação contra a segunda vítima.” (REsp 1416580/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014).

Necessário deixar bem claro, como afirmou o Superior Tribunal de Justiça, que todas as mulheres podem ser vítimas de violência doméstica ou familiar, independentemente de sua situação financeira, educacional, etnia, ou raça. Infelizmente, a violência doméstica é transgeográfica, transcultural, imune à positivação do princípio da igualdade nos países, quer sejam de regime capitalista quer sejam de regime socialista¹³.

As decisões do STJ, em relação à aplicação da Lei Maria da Penha, guardam unicidade de entendimento. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) rechaçou a aplicação do princípio da insignificância em caso de agressão doméstica contra a mulher. Ao rejeitar recurso da Defensoria Pública, os ministros mantiveram a

pena de três meses e 15 dias, em regime aberto, imposta a um homem que agrediu sua companheira com socos e empurrões.

De acordo com o relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, “Maior atenção deve-se ter quando se tratar de violência praticada contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.

Esse entendimento já havia sido manifestado pela Sexta Turma ao julgar o agravo regimental no HC 278.893, também relatado por Schietti. Segundo o Ministro, a ideia de que não é possível aplicar a insignificância em tais crimes foi reforçada pela Terceira Seção do STJ quando aprovou a Súmula 536, que considera a suspensão condicional do processo e a transação penal incompatíveis com os delitos sujeitos à Lei Maria da Penha. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. REITERAÇÃO DA CONDUTA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior caminha no sentido de não se admitir aplicação do princípio da insignificância no que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, haja vista o bem jurídico tutelado. Maior atenção deve se ter quando se tratar de violência praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas. 2. Desconstituir a decisão proferida pelo Tribunal a quo - para, então, concluir-se pelo preenchimento dos requisitos necessários à incidência do princípio da insignificância - implica adentrar no exame detalhado do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de habeas corpus. 3. A noticiada reiteração das condutas dessa natureza contra a vítima, bem como a maneira de execução do crime (agressão física à vítima com uma faca, a qual o agente mantinha em baixo do travesseiro, além da ameaça de morte; em momento passado já mantivera a vítima acorrentada, devido ao ciúme excessivo) e o comportamento posterior do paciente, a denotarem a expressividade penal de seu agir, reforçam o afastamento da tese apresentada pela defesa. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 278.893/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL (ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). CRIMES PRATICADOS POR PADRASTO CONTRA ENTEADA. LEI MARIA DA PENA. INCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COABITAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE INTIMIDADE E AFETO ENTRE AGRESSOR E VÍTIMA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DE TAL ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Nos termos do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, é perfeitamente possível a prática de violência doméstica e familiar nas relações entre o convivente da mãe e a filha desta, ainda que não tenham coabitado, exigindo-se, contudo, que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente entre o agressor e a vítima. Precedente. 2. Na hipótese dos autos, tanto o magistrado de origem quanto a autoridade apontada como coatora consignaram que o recorrente era padrasto da vítima e a agrediu após uma discussão desencadeada em razão do relacionamento amoroso que possuía com a mãe da ofendida, tendo a violência ocorrido no bojo de uma relação íntima de afeto. 3. A desconstituição de tal entendimento demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada

sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, do alegado direito do recorrente ao benefício da suspensão condicional do processo, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado. 2. Ainda que assim não fosse, após o julgamento do HC n. 106.212/MS pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, notadamente o da suspensão condicional do processo, aos acusados de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Precedentes. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (STJ - RHC: 42092 RJ 2013/0361990-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 25/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2014)

Eis o enunciado da Súmula 536 daquela mesma Corte (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, DJe 15/06/2015): **“A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.**

Foi editada, ainda, a Súmula 542 do STJ com o seguinte teor: **“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.**

Importante a edição de Súmulas por serem estas o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos do tribunal e, embora não tenham efeito vinculante, servem de orientação a toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada pelo STJ.

Impende esclarecer que a suspensão possível para os casos com incidência da Lei Maria da Penha está prevista na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), nas hipóteses de penas privativas de liberdade não superiores a dois anos, e depende da aceitação, pelo condenado, das condições impostas pelo juiz, não se confundindo com a suspensão condicional do processo da Lei 9099/95, vedada, como já dito, para os processos com incidência da Lei Maria da Penha.

4 - AINDA DISCUTINDO A AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA

Dentre os artigos da Lei 11.340/2006, já examinados pelo STF, no que concerne à sua interpretação conforme, talvez o art. 16 seja o que tem trazido mais discussões na prática, redundando, até, em ajuizamentos de correções parciais, valendo a pena trazer esse tema à baila, no intuito de buscar uma forma de agir, que respeite a independência de cada órgão, mas que se confira a melhor interpretação axiológica, teleológica e sociológica para a Lei.

Prevê o referido dispositivo que a vítima de violência doméstica, nos crimes em que se admite representação, só poderá renunciar a esta (melhor dizendo retratar-se, tendo em vista já ter sido apresentada a representação e oferecida a legitimada denúncia) perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público, afastados, todavia, todos os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

A polêmica surgiu, então, pelo fato de alguns juízes marcarem a audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006, como uma praxe, antes do recebimento da denúncia, do que discordam alguns Promotores, e outros

juízes e Desembargadores. Quem defende a realização da audiência informa a conclusão do processo, com maior rapidez, por meio do consenso, mesmo porque, as mulheres, quando da instrução, muitas vezes desmentem os fatos anteriormente por elas narrados na polícia, e prolonga-se a instrução para, afinal, chegar-se à já esperada absolvição por insuficiência de provas, além de considerarem a possibilidade da propalada “pacificação familiar”. Ao contrário, quem acha que não deve ser marcada tal audiência, a menos que solicitada pela vítima, entende que esse ato, designado especificamente para o fim de perscrutar-se sobre a vontade da vítima, de dar continuidade ao processo, em vez de protegê-la, estaria influenciando para que ela desistisse.

Transcrevendo trecho de um artigo publicado pelo Dr. Rômulo Moreira, temos uma decisão do STJ neste sentido:

“a vítima de violência doméstica não pode ser constrangida a ratificar perante o juízo, na presença de seu agressor, a representação para que tenha seguimento a ação penal. Com esse entendimento, a Quinta Turma mandado de segurança ao Ministério Público do Mato Grosso do Sul para que a audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha só ocorra quando a vítima manifeste, antecipada, espontânea e livremente, o interesse de se retratar. A decisão é unânime. A Lei 11.340/06, conhecida por Maria da Penha, criou mecanismos de proteção contra a violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres. Entre as medidas, está a previsão de que a ação penal por lesão corporal leve é pública – isto é, deve ser tocada pelo Ministério Público –, mas condicionada à representação da vítima. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que essa representação não exige qualquer formalidade, bastando a manifestação perante autoridade policial para configurá-la. Para o Tribunal de Justiça sul-matogrossense, a designação dessa audiência seria ato judicial de mero impulso processual, não configurando ilegalidade ou arbitrariedade caso realizada espontaneamente pelo juiz. Mas o desembargador convocado Adilson Macabu divergiu do tribunal local. Para o relator, a audiência prevista no dispositivo não deve ser realizada de ofício, como condição da abertura da ação penal, sob pena de constrangimento ilegal à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Isso “configuraria ato de ‘ratificação’ da representação, inadmissível na espécie”, asseverou. “Como se observa da simples leitura do dispositivo legal, a audiência a que refere o artigo somente se realizará caso a ofendida expresse previamente sua vontade de se retratar da representação ofertada em desfavor do agressor”, acrescentou o relator. “Assim, não há falar em obrigatoriedade da realização de tal audiência, por iniciativa do juízo, sob o argumento de tornar certa a manifestação de vontade da vítima, inclusive no sentido de ‘não se retratar’ da representação já realizada”, completou. Em seu voto, o desembargador indicou precedentes tanto da Quinta quanto da Sexta Turma nesse mesmo sentido.” (Fonte: Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça).

Comentando esta decisão, dentre outras observações pela falta de coerência do legislador em beneficiar o acusado, ao estabelecer o prazo da retratação até o recebimento da denúncia, quando a regra geral é até antes do oferecimento da denúncia (art. 25 do CPP), traz o articulista referido interessante reflexão¹⁴:

“Pergunta-se: deve o representante do Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, pugnar ao Juiz pela realização daquela audiência? Entendemos que não, pois a audiência prevista neste artigo deve ser realizada apenas se a vítima (ou seu representante legal ou sucessores ou mesmo o curador especial - art. 33 do Código de Processo Penal) manifestar algum interesse em

se retratar da representação. Não vemos necessidade de, a priori, o órgão do Ministério Público requerer a designação da audiência. Ora, se a vítima representou (seja formal ou informalmente), satisfeita está a condição específica de procedibilidade para a ação penal. O requerimento para a realização desta audiência (ou a sua designação ex officio pelo Juiz de Direito) fica “até parecendo” que se deseja a retratação a todo custo. Observa-se, portanto, que a retratação deve ser um ato espontâneo da vítima (ou de quem legitimado legalmente), não sendo necessário que ela seja levada a se retratar por força da realização de uma audiência judicial”.

Embora essa decisão acima transcrita seja anterior ao julgamento pelo STF, em 2012, quando afinal confirmou, na interpretação conforme do art. 41, a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais e, via de consequência, entendeu que no crime de lesões corporais, ainda que leves ou culposas, se procede mediante oferecimento da denúncia, por ser crime de ação pública incondicionada, apresenta ela voto emblemático sobre a realização *ex officio* da audiência prevista no art. 16, valendo a pena o seu estudo nesta parte.

Na mesma linha de intelecção, Maria Berenice Dias preleciona¹⁵:

“De todo descabido que o magistrado, antes de receber a denúncia, intime a vítima para que ela se manifeste sobre o eventual desejo de desistir da representação apresentada na polícia. Tal providência, além de não estar prevista na lei, retardaria em muito o início da ação penal e desconstruiria a nova sistemática que veio exatamente para não permitir que a vítima sintasse pressionada a abrir mão do direito de processar o seu agressor, como ocorre nos juizados especiais. Também de todo descabido designar-se audiência para colher a manifestação de vontade da vítima sobre o desejo de renunciar à representação”.

Na linha de excelência desse raciocínio, colhe-se a lição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹⁶:

“Já no que diz respeito ao aspecto prático, tivemos a oportunidade de participar de algumas audiências nas quais os agressores também se encontravam presentes. Em todas elas as vítimas, de forma sistemática, se manifestaram no sentido da retratação. Algumas, é verdade, de forma voluntária, movidas por uma nítida reconciliação entre o casal, que se via, era notória. Em outros casos, porém, se percebeu, com absoluta clareza, que a presença do homem, por si só, era evidentemente intimidativa, o que retirava da retratação, totalmente, o seu caráter de espontaneidade”.

Estribilha ainda Renato Brasileiro de Lima¹⁷:

“No procedimento de crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar que dependem de representação (v.g., ameaça, estupro), não é obrigatória a designação de audiência a fim de que a vítima possa manifestar sua retratação ou ratificar a representação anteriormente oferecida. Tal audiência também não é uma condição de abertura da ação penal em relação a tais delitos. Em síntese, sua realização não pode ser determinada de ofício

pelo juiz como forma de se constranger a vítima a ratificar representação anteriormente oferecida.”

A Jurisprudência do STJ evoluiu para o tratamento pacífico da matéria. O Ministro Jorge Mussi, no *hc* 178.744, assim decidiu:

“Até porque, não faria sentido entender-se de modo diverso, isto é, na linha da obrigatoriedade da realização da referida audiência independente da manifestação da intenção da ofendida pelo não prosseguimento da ação, porquanto tal interpretação soaria como um estímulo à vítima para retratar-se, quando a intenção do legislador ao prever a designação do mencionado ato não é outra senão a de que tal vontade seja colhida diretamente pela autoridade judiciária, a qual deverá analisar se ela emana de interesse legítimo, evitando-se que seja externada sob a influência de qualquer tipo de vício, como a coação, por exemplo”.

Em outros julgados da jurisprudência pátria, assim ementadas, concluiu-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA PERPETRADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO OU FAMILIAR. ART. 16 DA LEI N.º 11.340/2006. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, EXPRESSA OU TÁCITA, DO SUJEITO PASSIVO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 16 DA LEI N.º 11.340/06. REALIZAÇÃO CONDICIONADA À PRÉVIA EXPRESSÃO DE VONTADE DA VÍTIMA EM SE RETRATAR ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, EXPRESSA OU TÁCITA, DO SUJEITO PASSIVO DO DELITO. RECURSO DESPROVIDO. 1. **O entendimento desta Corte Superior de Justiça é firmado no sentido de que a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n.º 11.340/06 deve ser realizada se a vítima demonstrar, por qualquer meio, interesse em retratar-se de eventual representação antes do recebimento da denúncia.** 2. A contrario sensu, se a vítima não toma a iniciativa de levar ao conhecimento da autoridade policial ou judiciária sua vontade em se retratar, deve o Magistrado proceder à admissibilidade da acusação. A designação de ofício dessa audiência redundaria no implemento de uma condição de procedibilidade não prevista na Lei Maria da Penha, qual seja: a ratificação da representação, o que inquina o ato de nulidade. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (STJ - RHC: 30183 MG 2011/0094684-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA - NULIDADE DO PROCESSO - AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI 11.340/06 - DESNECESSIDADE QUANDO NÃO REQUERIDA PELA VÍTIMA - PRELIMINAR REJEITADA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVÂNCIA. 1- **A designação da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06 apenas é obrigatória caso haja o interesse da vítima em retratar-se da representação.** 2. Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, as palavras da vítima colhidas na fase inquisitiva assumem especial relevo no contexto probatório, mormente quando confirmadas em juízo pelas demais provas testemunhais.

(TJ-MG - APR: 10382130136924001 MG , Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 23/06/2015, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/07/2015).

Recurso em sentido estrito. Interposição contra a decisão que designou audiência prevista no art. 16, da Lei nº 11.340/06. Hipótese de cabimento da correição parcial. Inocorrência de erro grosseiro. Incidência do princípio da fungibilidade recursal. Recurso conhecido. Lei Maria da Penha. **Audiência designada para que a vítima, antes do recebimento da denúncia, se retrate ou não da representação. Desnecessidade, se não há manifestação, explícita ou implícita, nesse sentido. O art. 16 da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 visa a proteger a livre manifestação de vontade da vítima, e não cria direito para o réu.** Recurso provido.

(TJ-SP - RESENSES: 9000002192010826 SP 9000002-19.2010.8.26.0177, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 10/05/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/05/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA E VIAS DE FATO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A CONTRAVENÇÃO DE VIAS DE FATO - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA A AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI Nº 11.340/06 - DESNECESSIDADE - INFRAÇÕES PENAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM - PRELIMINARES REJEITADAS - VÍTIMA COMPANHEIRA - MATERIALIDADE CABALMENTE COMPROVADA - AUTORIA - PALAVRA DA OFENDIDA - INTENSO VALOR PROBANTE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DO LAUDO PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. - Se, entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não transcorreu o lapso temporal de 02 (dois) anos, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva; - **A realização da audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha não é obrigatória, devendo ocorrer, apenas e tão somente, quando houver notícia de que a vítima pretende retratar-se da representação oferecida. Se não houver notícia nos autos de que a ofendida deseja retratar-se de tal ato, não é necessária a realização da referida audiência e, tampouco, a intimação do réu;** - As infrações penais de violência contra a mulher, portanto, não podem ser considerados de menor potencial ofensivo, merecendo especial análise e repressão efetiva, sendo assim incompatível com os institutos do Juizado Especial; - “A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe a acusar um inocente, senão procura contribuir - como regra - para a realização do justo concreto”. - Como a contravenção penal de vias de fato nem sempre deixa vestígios, mostra-se prescindível a realização do exame de corpo de delito para comprovar a agressão.

(TJ-MG - APR: 10637100049658001 MG , Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 03/10/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/10/2013)

Em sentido contrário, observa-se o que aduz Pedro Rui da Fontoura Porto¹⁸:

“É verdade que o Superior Tribunal de Justiça chegou a afirmar que a automatização da audiência do art. 16 da LMP pode constituir constrangimento ilegal à mulher com o que não concordamos, pois há meios de conduzir esta solenidade judicial de modo a evitar constrangimentos e obter mais ganhos do que prejuízos. Uma das medidas é possibilitar a manifestação da mulher sozinha, sem a presença do agressor, a fim de colher sua manifestação. De outra parte, caso a mulher não compareça à solenidade, tal atitude não deve ser tomada como renúncia tácita, pois, ao contrário deve ser interpretada como desinteresse em retratar-se da representação, o que só pode ocorrer pessoalmente em face do juiz.”

E, ainda, decisões pontuadas, como esta do TJ do Distrito Federal:

PETIÇÃO DE RECLAMAÇÃO (RITJDFT, ART. 187). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. 1. **NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DEPENDENTES DE REPRESENTAÇÃO, A AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO SOMENTE DEVE SER DESIGNADA QUANDO HOUVER PRÉVIOS INDÍCIOS DE QUE A VÍTIMA DESEJA SE RETRATAR ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, OPORTUNIDADE EM QUE A OFENDIDA DEVE MANIFESTAR EXPRESSAMENTE, EM JUÍZO, QUE NÃO POSSUI MAIS INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO. 2. SE APÓS EFETIVADA A REPRESENTAÇÃO NÃO HÁ QUALQUER MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA QUE INDIQUE SEU DESINTERESSE NO PROCESSO, DEVE SER DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, NA FORMA DA LEI. 3. RECLAMAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE.**

(TJ-DF - PET: 20130020059012 DF 0006698-02.2013.8.07.0000, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 13/06/2013, 3ª Turma Criminal).

Em consulta do NUDEM- Núcleo Especializado de Promoção dos Direitos da Mulher (NUDEM), órgão da Defensoria Pública de São Paulo, mais especificamente da Comarca de Presidente Prudente, assim finalizou Dra. Amanda Polastro Schaffer¹⁹, relativamente à orientação doutrinária e jurisprudencial acerca da obrigatoriedade ou não da designação da audiência prevista no artigo 16 da Lei nº11.340/2006:

“Diante do todo acima elencado, em especial o entendimento doutrinário e jurisprudencial, posiciona-se essa Colaboradora pela não obrigatoriedade, ou ainda, por não dever ser designada de forma indeterminada e genérica a audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha [...] devendo esta ser designada tão somente nos casos em que a vítima manifesta interesse em oferecer retratação da representação.”

Observa-se, portanto, que a Jurisprudência do STJ se consolidou no sentido da impossibilidade da designação da audiência prevista no art. 16, sem a prévia provocação da ofendida, antes do recebimento da denúncia, visto que configuraria uma ratificação da retratação, sem previsão legal, bem como pela não aplicação

de qualquer das disposições da Lei dos Juizados Especiais. Também grande parte da doutrina vem se posicionando nesse sentido.

Ainda pertinente com a matéria e consonante com os entendimentos aqui expostos na doutrina e jurisprudência, esclarece o Enunciado nº 19 do FONAVID: **“O não comparecimento da vítima à audiência prevista no artigo 16 da Lei n.º 11.340/06 tem como consequência o prosseguimento do feito.”**

CONCLUSÕES POSSÍVEIS NO PERCURSO: ROMPENDO O SILÊNCIO

Intenta este breve artigo unicamente cessar o silêncio dos justos (todas as pessoas que trabalham com a violência doméstica e familiar), e da forma esperada pelos elaboradores da Lei 11.340/2006, na interpretação que se entende possível para alcançar-se o espírito da lei, pois **“ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Essa interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem - visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao Bem Comum. A lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei”**²⁰.

Traz-se, por oportuno, a magistral definição de bem comum do Papa João XXIII, em sua Encíclica *Mater et Magistra*, como sendo **“o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana”**.

Ante todas essas considerações, com a sonhada busca pela paz em casa²¹ e em todos os locais por onde passa o ser humano, o que só se alcançará com a consecução do quanto contido na definição de bem comum, apresenta-se as seguintes conclusões:

1. Com o julgamento, pelo STF, da ADC nº 19, dúvidas já não remanescem acerca da constitucionalidade da LMP, que traz um tratamento diferenciado entre homem e mulher, para enfrentar essa violência de gênero, que existe desde os primórdios da humanidade e que, infelizmente, mostra-se tão atual, merecendo, portanto, a deflagração de ações afirmativas para diminuir esta violência que constitui cerca de 30 % (trinta por cento) das ações nos foros do Estado da Bahia.
2. Também já não restam dúvidas sobre a inaplicabilidade da Lei 9099/95 aos casos em que haja incidência da Lei Maria da Penha, ante o julgamento pelo STF da ADI nº 4724, que entendeu pela conformidade com a CR do teor do art. 41 da Lei Maria da Penha, afastando a aplicação de penas pecuniárias, o oferecimento da transação penal, da composição cível e da suspensão condicional do processo, enfim, de qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais.
3. Também, em decorrência desse julgamento, considerou-se a lesão corporal, em qualquer das suas formas, crime que se procede mediante ação pública incondicionada, remanescendo, no entanto, a obrigatoriedade do oferecimento da representação para os tipos penais que a prevejam no Código Penal e em outras leis penais extravagantes, excluída a Lei nº 9.099/95.
4. Com a análise da inovação legislativa acerca das prisões cautelares trazida pela Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, e com as previsões da Lei Maria da Penha (arts. 20 e 42), observa-se a existência

de dois fundamentos para a prisão preventiva: a existência dos requisitos autorizadores do artigo 312 do CPP, observada a inadequação de outras medidas protetivas de urgência ou medidas cautelares, ainda que inominadas, bem como para garantir a execução de medida protetiva, geralmente descumprida (art. 313, inciso III, do CPP).

5. A audiência de que trata o art. 16 da Lei n.º 11.340/06, não deve ser realizada *ex officio*, como condição para o início da ação penal, sob pena de constrangimento ilegal à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, pois configuraria ato de “ratificação” da representação, inadmissível na espécie. Para legitimar a realização da referida audiência, deve a ofendida, antes do recebimento da denúncia, manifestar-se, por qualquer meio, se, assim, ela o desejar, pela retratação da representação anteriormente registrada, cabendo ao magistrado verificar a espontaneidade e a liberdade na prática do referido ato.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. EBC Concursos. **Notícia - Comissão Interamericana de Direitos Humanos: discriminação contra mulher persiste**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/2012/11/comissao-interamericana-de-direitoshumanos-discriminacao-contramulher-persiste>>. Acesso em: 05 out 2015.

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&limitmid=32&option=com_search&limitstart=20>. Acesso em: 04 out 2015.

BRASIL. **Fundação Perseu Abramo**. Disponível. Dados. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/>>. Acesso em: 05 out 2015.

BRASIL. **Lei Maria Da Penha**. Lei n.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

BRASIL. PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Assessoria de Cidadania e direitos humanos. Série “Violência de Gênero” - Cartilha 1 – Violência no relacionamento “amoroso”**. Disponível em: <http://www.mulheres.org.br/violencia/documentos/violencia_no_relacionamento_amoroso.pdf>. Acesso em: 05 out 2015.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Notícia: Relator julga precedente ADC sobre Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>>. Acesso em: 05 out 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Dados**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/esaj/portal.do?servico=190100>>. Acesso em: 05 out 2015.

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

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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**. 2. tir – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEIREDO, Patrícia Maria. **Assédio Moral Contra Mulheres nas Organizações**. São Paulo: Cortez Editora, 2012.

GERHARD, Nádia. **Patrulha Maria da Penha: o impacto da ação da polícia militar no enfrentamento da violência doméstica**. Porto Alegre: AGE: 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 a agressão física**. Trad. Maria Helena Küher. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1ª edição, 2006.

LIMA de, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

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

MATURANA, Humberto. **Cultura Patriarcal**. Disponível em: <[http://www.noos.org.br/userfiles/file/CulturaPatriarcal\(Maturana\).pdf](http://www.noos.org.br/userfiles/file/CulturaPatriarcal(Maturana).pdf)>. Acesso em: 01 de out. De 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247. No mesmo sentido: SANNINI NETO, Francisco. **Prisão Preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20726/prisao-preventiva-para-garantia-de-medidas-protetivas-im-possibilidade-de-decretacao-direta>>. Acesso em: 02/ de out. de 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Jurisprudência comentada – Superior Tribunal de Justiça - art. 16 da lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI141914,81042-Jurisprudencia+comenta>

da+Superior+Tribunal+de+Justica+art+16+da+lei. Acesso em 2 de out de 2015.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o Pensamento de Santo Tomás de Aquino** (<http://jus.com.br/artigos/31/a-hermeneutica-juridica-de-gadamer-e-o-pensamento-de-santo-tomas-de-aquino>). **Revista Jus Navigandi, Teresina**, ano 3, n. 27, 23 dez 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31>>. Acesso em 02/10/2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora fundação Perseu Abramo (Coleção Brasil Urgente), 2004.

SCHRAIBER, Lilia 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.corensp.gov.br/sites/default/files/cartilha.pdf>>. Acesso em: 22 set 2015.

SOUZA de, Nelson Gonçalves, Jr. **Considerações sobre o Feminismo**. Disponível em: <<http://www.defensoria-publica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/7333-artigo-consideracoessobreofeminismo>>. Acesso em: 30 de set de 2015.

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

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012**. Atualização: homicídio de mulheres no Brasil. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2012_mulheres.php>. Acesso em: 29 set 2015.

Notas _____

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

² A Lei Maria da Penha perde apenas para a lei espanhola (1º lugar) e a chilena (2º lugar). Considerada a melhor, a Lei Orgânica 1/2004, dentre outros dispositivos protetivos, estabeleceu, no seu sistema de ensino, a obrigatoriedade de estudar a matéria, com inserção do ensino Fundamental ao Universitário, com vistas a desenvolver habilidades no alunado para resolução pacífica dos conflitos e para compreender e respeitar a igualdade de gênero, dando, portanto, maior abrangência de proteção que a lei brasileira, com ação afirmativa para a mulher.

³ MATURANA, Humberto. Cultura Patriarcal. Disponível em: <[http://www.noos.org.br/userfiles/file/CulturaPatriarcal\(Maturana\).pdf](http://www.noos.org.br/userfiles/file/CulturaPatriarcal(Maturana).pdf)>. Acesso em: 01 de out de 2015.

⁴. A Rede de Proteção à Mulher atende à disposição do art. 8º da Lei Maria da Penha. Com o objetivo de coibir a violência doméstica ou familiar, órgãos Governamentais, como o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Secretaria de Segurança Pública, a Secretaria de Políticas para as Mulheres, e não-governamentais, tais como pessoas, movimentos sociais, ONGS, etc se unam para trabalhar em prol de um viver sem violência para a mulher, inclusive com centros de apoio oferecendo serviços e equipes especializadas para o aprendizado de alguma profissão, intermediação de mão de obra para inseri-la no mercado de trabalho, acompanhamento psicológico e tratamento de saúde para que a vítima consiga sair do ciclo da violência e aprenda a viver como cidadã livre.

⁵. NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol 1, 8ª ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense 2014, p. 708.

⁶. MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247. No mesmo sentido: SANNINI NETO, Francisco. Prisão Preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20726/prisao-preventiva-para-garantia-de-medidas-protetivas-im-possibilidade-de-decretacao-direta>>. Acesso em: 02 de out de 2015.

⁷. CELSO in Digesto, Livro 1º, Título 3º, fragmento 17.

⁸. NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas . 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1147.

⁹. As estatísticas do Mapa da Violência 2012, sob a coordenação de Julio Jacob Waiselfisz colocam o Brasil como o 7º país mais violento dentre 84 pesquisados, a Bahia, o 6º estado mais violento do Brasil, mas o IPEA publicou em 2013, estudos que colocam o Estado como o 2º do Brasil em número de homicídios contra a mulher, Salvador é a 5ª Capital mais violenta e 13 dentre os 50 municípios mais violentos do Brasil encontram-se na Bahia.

¹⁰. Sobre este tema orientei a aluna Treice Almeida, no TCC que apresentou para obter o grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador, com o título “Violência psicológica contra a mulher: possibilidade de configurar lesão corporal”.

¹¹. HUNGRIA, Nélon in GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Niterói/RJ: Impetus, 2008, p. 426.

¹². Maria Cecília Minayo, coordenadora do Centro Latino-Americano de Estudos de Violência e Saúde da Fundação Oswaldo Cruz, em entrevista Portal Compromisso e Atitude.

¹³. Cf. citou Nelson Gonçalves de Souza Júnior in: Considerações sobre o Feminismo. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/7333-artigo-consideracoessobreofeminismo>>. Acesso em: 30 de set de 2015.

¹⁴. MOREIRA, Rômulo de Andrade. Jurisprudência comentada – Superior Tribunal de Justiça - art. 16 da lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI141914,81042-Jurisprudencia+comentada+Superior+Tribunal+de+Justica+art+16+da+lei>. Acesso em 2 de out de 2015.

¹⁵. 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. 2. tir – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 100.

¹⁶. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

¹⁷. LIMA de, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 911.

¹⁸. PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. 3. ed. rev. atual e de acordo com a ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 76.

¹⁹. Defensora Pública do Estado de São Paulo. Atuação na área de Direito Civil. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2003). Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado de São Paulo.

²⁰. MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o Pensamento de Santo Tomás de Aquino (<http://jus.com.br/artigos/31/a-hermeneutica-juridica-de-gadamer-e-o-pensamento-de-santo-tomas-de-aquino>). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31>>. Acesso em 02 de out de 2015.

²¹. Por iniciativa da Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal – STF, foi lançada a campanha “Justiça pela paz em casa. Nossa justa causa”, que conta com a participação de todos os tribunais de Justiça do país. A ideia é promover ações concentradas em algumas semanas ao longo do ano, a fim de agilizar audiências e julgamentos de processos que envolvam violência ou grave ameaça contra a mulher, promovendo-se maior visibilidade do problema e afastando a impunidade, objetivando alcançar uma vivência mais pacífica para a família.

O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE EM CONCURSO PÚBLICO. ANOTAÇÕES



por Moacyr Montenegro Souto

Nestas breves considerações, vale a pena registrar que o Princípio da Razoabilidade, às vezes confundido com o Princípio da Proporcionalidade, surgiu na doutrina jurídica norte-americana, derivado do princípio do *due process of law*, sendo introduzido em nossa doutrina e jurisprudência, em poucos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, da lavra dos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Celso de Melo, sofrendo também influência do direito germânico com o princípio da proporcionalidade. A influência desses institutos faz-se notar tanto na jurisprudência quanto na doutrina brasileira no controle de razoabilidade de leis e atos administrativos, enquanto que, no âmbito da Constituição Federal, elegeu-se apenas, no particular e de forma expressa, o princípio do devido processo legal no inciso LIV do art. 5º, ao determinar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Contudo, embora não incluído expressamente no texto constitucional, o princípio da razoabilidade está implícito em muitos dos seus dispositivos, fato este que deu origem ao título de Constituição Cidadã, ante a consagração dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, contra a arbitrariedade ou exigências descabidas do poder público. Um exemplo claro de eleição do princípio da razoabilidade na Carta Magna está na norma que impede a tributação com efeitos de confisco, erigido no art. 150, IV, que veda a tributação do patrimônio de modo a impossibilitar sua manutenção pelo particular ou inviabilizar o uso econômico a que se destine.

O controle da razoabilidade dos atos administrativos pelo Judiciário é de suma importância na medida em que permite a interferência para coibir ou abrandar determinadas exigências legais ou administrativas que, por vezes, são editadas em franca agressão a princípios constitucionais e a direitos dos cidadãos, em face de verdadeiros absurdos, tanto de conteúdo, como de finalidade, desafiando a atuação jurisdicional para podar estas arestas.

Mas, voltando os olhos para a problemática da aplicação do princípio em exame em concurso público, verifica-se a dificuldade em se encontrar a linha limítrofe entre o que é e o que não é razoável, a desafiar uma interpretação cautelosa do julgador a fim de evitar o conflito com outro princípio constitucional, o da isonomia, em relação aos demais concorrentes do certame público, na medida em que o julgador, ao se afastar das regras editalícias, tidas por não razoáveis, cria uma situação de desigualdade com aqueles que se submeteram aos rigores do edital.

Parece que o bom senso – e direito é bom senso – aponta para uma aplicação do princípio da razoabilidade em concurso público de forma restritiva, com predominância das regras impostas no edital para todos, isso porque a excessiva ampliação do alcance do referido princípio na questão dos concursos públicos faz com que seja utilizado para atacar atos administrativos cuja desarrazoabilidade é apenas aparente, sem conteúdo arbitrário ou discriminatório. Para tanto, tem-se aplicado a razoabilidade das restrições ao ingresso no serviço público

como um critério para a aplicação do princípio da igualdade. Vê-se, ainda, que o uso reiterado do critério da razoabilidade nos julgamentos referentes a concursos públicos tem gerado uma situação que tende a respaldar a possibilidade de utilização autônoma do princípio da razoabilidade nessa questão específica. O questionamento em exame é, assim, um dos campos mais férteis de utilização do princípio da razoabilidade e o que se mostra mais viável à consolidação de critérios objetivos para a sua aplicação.

A interpretação dos princípios constitucionais é, invariavelmente, subjetiva e relativa. Assim, a aplicação de um princípio como causa de decidir encontra óbice quando implica em descumprimento de outro princípio do mesmo grau de importância. A medida deixa de ser razoável, portanto, quando promove ofensa ao princípio da isonomia, por exemplo.

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, flexível e dinâmico no tempo e no espaço, que abriga valores como racionalidade, justiça, adequação, senso comum e rejeição aos atos arbitrários. Assim, deve a administração pública agir com bom senso, prudência, moderação, através de ações adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada. Neste sentido, ao exercer suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimá-los, fazendo com que sejam utilizados como norte para justificar o grau de intervenção administrativa imposto ao administrado. Cuida-se de discricionariedade que não pode resultar em comandos incoerentes, desconexos e desprovidos de fundamentação, sem que haja adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade, sob pena de ser o ato administrativo objeto de invalidação pela própria administração ou pelo Judiciário, se provocado.

Em termos doutrinários, Humberto Ávila sistematiza as principais acepções em que a razoabilidade pode ser utilizada: *“Dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a exigência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (...)”*¹

Além disso, *“Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para lhe conferir um cunho normativo. Somente esta delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou se perverta num critério para julgamentos ad hoc.”*, leciona o eminente Ministro Luís Roberto Barroso².

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão vem sendo apreciada com profundidade, estabelecendo um limite de aplicação do princípio da razoabilidade, visando preservar outros princípios de igual relevância. Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9, por exemplo, a Corte Suprema discutia a razoabilidade da fixação de tempo mínimo de formação para o ingresso na carreira do Ministério Público Federal. Neste caso, o limite entre a razoabilidade e a irrazoabilidade da exigência era muito tênue, com divergências significativas entre os seus membros. O Ministro Octávio Gallotti, por exemplo, manifestou importante consideração: *“Penso que se pode até discordar da utilidade da exigência posta na Lei Orgânica do Ministério Público da União, art. 187, mas não é esse critério subjetivo de conveniência que deve presidir, a meu ver, o exame da alegação de ser o dispositivo imbuído,*

ou não, de caráter discriminatório. Mas sim a razoabilidade da norma, em outras palavras, a pesquisa da correlação entre a exigência feita e o critério de seleção a que se propõe o concurso em causa, não se podendo, assim, em termos de correlação lógica, negar a sua existência, entre um procedimento destinado a recrutar membros do Ministério Público Federal, e o indicador de maturidade que, sem dúvida, emana do art. 187, em discussão.” (grifo nosso). Por fim, a maioria daquela Corte Suprema entendeu pela razoabilidade da exigência, consoante se depreende da seguinte Ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. EXIGÊNCIA DE UM BIÊNIO NA CONDIÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO COMO REQUISITO PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, XIII E 37, I DA CF. 1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei complementar nº 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetiva a norma, adota critério objetivo que a ambos atende. 2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. (grifo nosso)³

Em diversas outras ocasiões, o STF foi instado a manifestar-se sobre a razoabilidade da exigência de idade máxima para ingresso de médicos na carreira Militar, ocasiões em que declarou a irrazoabilidade do limite etário, considerando a desnecessidade do requisito para o exercício da função e a incompatibilidade entre as idades limítrofes e o próprio tempo de formação destes profissionais. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DA POLÍCIA MILITAR. EXIGÊNCIA DE IDADE MÁXIMA. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. A lei pode limitar o acesso a cargos públicos, desde que as exigências sejam razoáveis e não violem o art. 7º, XXX, da Constituição. Entretanto, não se pode exigir, para o exercício do cargo de médico da Polícia Militar, que o candidato seja jovem e tenha vigor físico, uma vez que tais atributos não são indispensáveis ao exercício das atribuições do cargo. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso)⁴

Na questão da adequação do Teste de Aptidão Física ao cargo concorrido no certame público, o Ministro Marco Aurélio enfatizou que *“nem com um grande empenho, envolvido interesse próprio, é dado assentar a infringência à Constituição Federal. Ao contrário, o que decidido pela Corte de origem presta homenagem ao Diploma Maior. Coaduna-se com a razoabilidade a glosa da exigência de esforço físico em concurso voltado a preencher cargo de médico. A atuação deste, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica. Além dos princípios explícitos, a Carta da República abrange também os implícitos, entre os quais estão o da razoabilidade, o da proporcionalidade, aplicáveis ao caso concreto.”*⁵

Em outra oportunidade mais recente, o mesmo Ministro acentuou que *“caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à habilitação ao cargo que se busca preencher.”*⁶

Na verdade, a razoabilidade tem uma carga substancial de subjetividade, a desafiar o bom senso e a cautela do magistrado na sua aplicação, a fim de evitar a banalização do princípio constitucional, desaguando na total insegurança jurídica do julgado e abrindo graves precedentes, normalmente utilizados pelos advogados em suas sustentações orais, alertando que em casos tidos por eles como similares, ditos desembargadores votaram nesta ou naquela direção. Isso sem contar com o aumento da litigiosidade que resulta destas oscilações, na medida em que o jurisdicionado percebe que, por força da aplicação generalizada do princípio da razoabilidade, passou a ter determinado direito, levando-o às portas da justiça. Afinal, o que é razoável para um julgador pode não ser para outros. O ato administrativo que exclui um candidato que chegou atrasado dois minutos para uma prova do certame público pode ser considerado ofensivo ao princípio da razoabilidade? E se fossem dez ou doze minutos de atraso? E aquele candidato que foi excluído porque apresentou Índice de Massa Corporal ou altura, um ou dois pontos de diferença do exigido no Edital? Nestes exemplos, se acolhida a irresignação do concursando, resta evidente a ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o edital obrigou a todos os concorrentes o cumprimento daquelas regras divulgadas previamente, e muitos, por certo, não conseguiram cumpri-las por pouco. No caso, o ato administrativo se utilizou de meio adequado para a exigência, qual seja, o edital do concurso, além de deixar evidente a finalidade a ser alcançada, dentre outras, a de promover unicidade essencial na organização do certame.

Todavia, há situações que beiram ao absurdo, nas quais não se tem a menor dúvida da aplicação do princípio da razoabilidade. Recentemente, o Estado do Ceará abriu concurso público para Delegado de Polícia Civil, reservou, no edital, vagas para deficientes físicos, mas exigiu-lhes o Teste de Aptidão Física, dando azo a uma Ação Civil Pública, onde foi deferida uma medida liminar suspendendo o trâmite do certame e, em seguida, um Pedido de Suspensão desta decisão, no Supremo Tribunal Federal, ainda não apreciado. Imagine-se um cadeirante realizando flexões ou correndo certa distância em determinado tempo.

No Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tramitam inúmeros Mandados de Segurança relativos ao Concurso da Polícia Civil que exige o citado TAF para os candidatos a médico perito-criminal, nos mesmos moldes do teste exigido para os concorrentes a investigador e comissário de polícia, cujas seguranças vêm sendo deferidas ao fundamento de que houve ferimento do princípio da razoabilidade, restando obscura a finalidade a ser alcançada pela administração pública, uma vez que o exercício daquela função não exige o mesmo preparo físico que se espera de um investigador de polícia ou de um comissário. Confira-se o entendimento da Corte baiana nestes casos:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PERITO MÉDICO-LEGAL. DECADÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. REJEITADAS. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. ETAPA ELIMINATÓRIA. IRRAZOABILIDADE E DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. PREJUDICADO.

- 1. O prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança contra norma editalícia apenas se inicia do momento em que tal disposição determinou a eliminação do candidato do certame ou causou-lhe prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.
- 2. Não há se falar em ilegitimidade das autoridades administrativas quando a banca examinadora apresenta-se apenas como mera executora das etapas previstas no edital do certame.
- 3. Considerando que não houve pedido voltado à nomeação, mas tão somente de declaração de nulidade do teste de aptidão física, não é o caso de falta de condição da ação, a exigir a

- presença do Governador no polo passivo da demanda.
- 4. É irrazoável e desproporcional a exigência de prova física, notadamente de aspecto eliminatório, para a habilitação ao cargo de perito médico-legista da Polícia Civil, notadamente porque o rol de atribuições exigidas aos aprovados para o referido cargo se resume a práticas dos conhecimentos técnicos correlativos.
- 5. Sendo as matérias arguidas no agravo regimental as mesmas abordadas no mérito da ação mandamental, pronta esta para julgamento, resta prejudicado o recurso. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.⁷

Outro exemplo de aplicação do princípio da razoabilidade pelo Tribunal de Justiça da Bahia tem referência com a norma editalícia que estabelece que as convocações dos candidatos serão feitas exclusivamente através do Diário Oficial do Estado, mas, por questões inerentes à gestão administrativa do certame, por vezes este tipo de convocação ocorre decorridos anos da fase anterior, resultando em exclusão de candidatos que não comparecem. No caso, a Corte entende que não é razoável se exigir que o candidato consulte diariamente o Diário Oficial do Estado durante tão longo período, concluindo que a administração, em havendo considerável atraso entre uma fase e outra, deve proceder à convocação dos candidatos, também, através de comunicação pessoal. Confira-se a ementa do julgamento:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA GUARDA MUNICIPAL DE LAURO DE FREITAS. EDITAL 002/2007. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. NÃO ATENDIMENTO À CONVOCAÇÃO. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM SITE ELETRÔNICO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO STJ. OFENSA AOS PRIMADOS DA RAZOABILIDADE, PUBLICIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1- A publicidade, princípio constitucional previsto no art. 37 da Carta Magna, constitui mais do que um dever imposto ao poder público, mas um verdadeiro requisito de validade e eficácia dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses em que o interesse público justifique o sigilo. 2-Da mesma forma, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem instrumentos de controle dos atos emanados do poder público. 3-Na análise da razoabilidade deve-se observar o trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. 4-Assim, resta claro que embora devidamente publicado no órgão competente, o Edital de convocação não atingiu o fim colimado de verdadeiramente dar conhecimento aos interessados. 5- Este Tribunal já vem decidindo que há ofensa ao direito líquido e certo quando o candidato é eliminado pelo não atendimento à convocação veiculada apenas em imprensa oficial, desde que existente grande lapso temporal entre a divulgação dos resultados e a convocação, conforme a ementa do julgado transcrito neste voto. 6- NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo-se a sentença em todos os seus termos. (Grifo nosso)⁸

Há também uma outra situação em que o nosso Tribunal, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vem aplicando corretamente o princípio da razoabilidade ao anular o ato administrativo de exclusão do candidato a Policial Militar, por não atender à exigência etária contida no Edital, no momento da matrícula no Curso de Formação, decidindo que o limite de idade do candidato deve ser exigido no ato de sua inscrição inicial no concurso público. Neste caso, a falta de razoabilidade do ato ocorre porque neste momento o candidato não

tem como prever em que data ocorrerá a matrícula no Curso de Formação que, na maioria das vezes, se realiza meses ou anos depois da época prevista no Edital, em razão da própria dinâmica do certame, não devendo ser penalizado por isso. Confira-se o entendimento das duas Cortes:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR DO CORPO DE BOMBEIROS DO DF. APROVAÇÃO EM TODAS AS FASES DO CERTAME. INSCRIÇÃO COM IDADE COMPATÍVEL DEMORA NA CONVOCAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. IDADE LIMITE ULTRAPASSADA. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. PRECEDENTES.

1. Remanesceu íntegro o fundamento do julgado atacado, segundo o qual a questão posta nos autos não se limita à aferição da legalidade da exigência de idade máxima para o ingresso no cargo de Militar do Corpo de Bombeiros, mas sim a desarrazoabilidade do ato que eliminou o candidato. Incidência da Súmula 283/STF, que assim dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”.
2. O aresto recorrido não destoa da jurisprudência deste Superior Tribunal que se orienta no sentido da possibilidade de estabelecerem-se limites mínimo e máximo de idade para o ingresso nas carreiras militares, esse entendimento não é aplicável ao caso dos autos, uma vez que não se está a discutir o limite etário para a participação em concurso, mas, sim, a razoabilidade de indeferir-se a inscrição de candidato que, embora à época da inscrição preenchesse os requisitos do edital, veio, durante o certame, a ultrapassar a idade exigida para a inscrição no curso de formação (RMS 31932/AC, relator Min. Benedito Gonçalves, DJe 16/9/2010).
3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁹

(...) MÉRITO – CONCURSO PÚBLICO - IDADE MÁXIMA PERMITIDA – PREVISÃO LEGAL – VERIFICAÇÃO DO REQUISITO NO ATO DA MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE- CANDIDATO QUE CONTAVA COM MENOS DE 30 ANOS NO ATO DE INSCRIÇÃO NO CERTAME – DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO – ENTENDIMENTO CONFORME JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE - SEGURANÇA CONCEDIDA.

- 1 - Sobre a exigência de limite de idade para ingresso na carreira Policial Militar deve ser salientado que a exigência é justa e cabível, em razão da natureza das funções a serem exercidas, visando à resguardar os interesses da Corporação, direcionados à segurança pública. Além disso, não se olvida que a exigência está amparada na Legislação Estadual e não conflita com os arts. 7º, XXX, e 37º, II, da Magna Carta.
- 2 - Todavia, acerca do momento de comprovação do requisito limite de idade, seguindo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, este Órgão Colegiado vem decidindo que a referida exigência deve ser aferida no momento da inscrição no certame e não no ato da matrícula do Curso de Formação, sob pena de gerar insegurança jurídica aos candidatos, pois, estes não poderão precisar se atenderão ou não ao mencionado requisito, tendo em vista a logística de um Concurso Público, onde nem sempre os prazos estipulados nos Editais são cumpridos.
- 3 - Dessa maneira, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que o limite de idade deve ser aferido no ato da inscrição no concurso e não na data de inscrição no Curso de Formação.

4 - Do exame dos autos, constata-se que..... (omissis).
Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva. Prejudicada a preliminar de incompetência absoluta. Prejudicado o exame do agravo regimental. Segurança concedida.

Todavia, há alguns casos em que a reclamada falta de razoabilidade situa-se na zona limítrofe do que é razoável, afastando-se da segurança jurídica e aproximando-se do casuísmo, além de ferir outro princípio constitucional, o da isonomia, na medida em que os demais candidatos não obtiveram o mesmo tratamento porque seguiram estritamente o que determina o Edital do certame, que – como é cediço e primário – é a lei do concurso. É o caso do candidato que foi excluído porque chegou atrasado alguns minutos para entrega dos documentos ou para se submeter ao exame, ou daquele que apresentou alguma deficiência no laudo de acuidade visual em relação ao exigido na regra do Edital, dentre outros exemplos, em que a Corte baiana, por maioria, vem concedendo a segurança, ao fundamento de que a exigência editalícia feriu o princípio da razoabilidade. Nota-se, inclusive, que tais julgamentos não encontram ressonância em entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça. Percebe-se que ferem o princípio da isonomia em relação aos outros candidatos, principalmente quando deferem a segurança com a condição de que o candidato excluído se submeta a um novo teste, sem que haja previsão editalícia, como vem ocorrendo também nos casos de inaptidão no psicoteste.

Na verdade – e para concluir estas simplórias anotações – entre os referidos efeitos nefastos, gerados pela aplicação desmedida do princípio constitucional da razoabilidade, e a segurança jurídica das decisões predominantemente uniformes, que louvam o estrito cumprimento das regras contidas no Edital de concurso público, urge que se escolha esta última alternativa em detrimento da outra, reservando-se a anulação do ato administrativo para os casos cuja falta de razoabilidade da exigência editalícia reste evidente e sem sombra de dúvidas, a bem da soberania da justiça.

Notas

¹. ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. In Revista Brasileira de Direito Público RBDP. Nº 01, ABR/MAI/JUN 2003, Ed. Fórum, p. 105-133.

². “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional”. In Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas. Ano 6, nº 23, Abril-Junho de 1998. p. 65-78

³. STF - ADI 1040, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relª p/ Acórdão Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2004, DJ 01-04-2005 PP-00005 EMENT VOL-02185-01 PP-00066 RTJ VOL-00194-03 PP-00754

⁴. STF - AI 486439 AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-05 PP-00930

⁵. STF - Trecho da decisão monocrática proferida no AI 278127/MA , Rel. Min. Marco Aurélio. j. 18/08/2000.

⁶. STF - RE 412357 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe-073. Public. Em 19-04-2013.

⁷. TJBa. Mandado de Segurança nº 0001758-77.2015.8.05.0000. Salvador-Ba. Sessão Cível de Direito Público. Relª Desª ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA, em 09.07.2015.

⁸. TJBa. Apelação nº 0010823-44.2009.8.05.0150. Relator Des. Gesivaldo Nascimento Britto. Data do Julgamento: 11/02/2014. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível.

⁹. STJ - RCD no AREsp 679.607/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 13/05/2015.

INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA BOA-FÉ E DA CELERIDADE PROCESSUAL



por Roberto Maynard Frank¹

RESUMO: O presente ensaio analisará a nova lei brasileira que regula o processo civil, de n. 13.105/2015, com especial atenção a questões relacionadas à boa-fé e à celeridade processual. Também serão vistos institutos inovadores trazidos pela nova lei relacionados à atividade diária de todos que trabalham com o processo civil.

Palavras chave: Processo Civil; Boa-fé; Celeridade; Cooperação; Inovações;

ABSTRACT: This essay will analyze the new legislation of Brazil that regulates the civil procedure, Law n. 13.105/2015, giving special attention to questions related to good faith in legal procedures and procedural celerity. There will also be revived innovations stated by the new law concerning the daily basis activity of everyone who works with legal procedures.

Keywords: Civil procedure; Good faith; Celerity; Cooperation; 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.

1. 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 do atual Código de Processo Civil e do Novo Código de Processo que entrará em vigor no próximo ano.

As mudanças que serão realizadas no Processo Civil Brasileiro são de suma importância para todos os que participam da defesa dos direitos, em especial o advogado, que exerce múnus público e detém função social tanto em relação às partes que representam quanto para a administração da justiça como um todo.

A nova legislação processual foi sancionada e está em prazo de *vacatio legis* de 1 (um) ano, entrando em vigor em 18 de março de 2016, segundo melhor doutrina.²

As mudanças são tão pujantes que já existem na Câmara dos Deputados Projetos de Leis para alterar o texto que ainda está em *vacatio legis*.

É o caso do Projeto de Lei n. 2.384/15³, já aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado para apreciação do Senado Federal.

Esta proposta legislativa retoma a admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário para os Tribunais de origem, reavivando a possibilidade de interposição de agravo para destrancamento do recurso, na forma como atualmente realizado, mas que havia sido suprimida pelo Novo Código Processual, tornando-se alvo de crítica dos Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Edson Fachin e Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros Mauro Luiz Campbell e Sebastião Alves dos Reis Júnior, que compõem o Superior Tribunal de Justiça⁴.

O referido Projeto de Lei também detalha melhor a hipótese de cabimento de ação rescisória quando o fundamento for violação manifesta da norma jurídica e modifica o julgamento por ordem cronológica, conforme será posteriormente abordado.

Na mesma linha, o Projeto de lei n. 2.913/15⁵, ainda em tramitação, pretende estender o período de vacância de 1 (um) para 3 (três) anos, o que permitiria que os operadores do direito em geral se atualizem e exerçam uma melhor prestação jurisdicional, diante da grande gama de mudanças trazidas pelo Novo Código.

Com este Código, inaugura-se no Brasil uma sistemática processual que se afasta da origem histórica de nosso ordenamento em relação ao Direito Romano Germânico, com verdadeira aproximação com os sistemas de *common law*, pelo menos no que toca a um maior respeito às decisões judiciais e precedentes.

Será exigido dos tribunais e juízes que promovam a estabilização de seus entendimentos por meio de Súmulas e outros instrumentos jurídicos que visam a efetivar a segurança jurídica.

O Novo Código cria esta exigência de ater-se aos entendimentos já julgados, mas, ao mesmo tempo, garante uma valorização da jurisprudência consolidada, permitindo uma prestação jurisdicional mais segura para as partes e também para os advogados, que devem ter a garantia de maior certeza nas expectativas de sua atuação.

Além desta nuance, a nova legislação processual preza pela obtenção de um resultado efetivo no processo, criando meios para que todos os integrantes deste atuem de forma a buscar o resultado útil e a solução do conflito.

Além disto, o Código traz mecanismos que buscam agilizar a prestação jurisdicional, em especial no que toca a uma prestação definitiva e efetiva que possa pôr fim à lide levada à apreciação do Poder Judiciário.

Nesta seara, serão abordados aspectos do Novo Código de Processo Civil, atentando, em especial para o princípio da cooperação processual, que passa a integrar o texto da lei.

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 processual civil brasileira.

2. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Este primeiro tópico abordará de forma mais ampla alguns institutos, mas tendo como base o princípio da cooperação processual, que passa a ser previsto expressamente no art. 6º do Novo Código de Processo Civil:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O instituto tem suscitado dúvidas e controvérsias entre a doutrina e operadores do direito, especialmente no que tange a como a cooperação pode se efetivar entre as partes que litigam em contraponto num processo judicial.

É preciso esclarecer que a cooperação buscada não se confunde com composição entre as partes, instituto diverso e com outro objetivo. Também não se poderia falar em composição porque a busca pela via judicial demonstra, a princípio, a ausência de prévia solução entre as partes.

Com efeito, é de sabedoria comum que o processo é um método para resolução de conflitos que não alcançaram desfecho amigável pelas próprias partes, que buscam a intervenção do estado juiz para regular a situação.

Neste cenário, não se imagina que, em prol da cooperação entre todos os integrantes do processo, as partes abram mão da busca pelos interesses próprios ou releguem pretensões legítimas que almejam em face da outra.

Realmente não é esta a interpretação que deve ser dada ao art. 6º, do novo Código de Processo Civil.

Não se duvida que cada parte deva buscar no processo a preservação dos seus próprios interesses, mas também deve, neste caminho, atuar de modo leal, evitando atos meramente protelatórios ou que impliquem em contrariedade à marcha processual.

O exercício jurisdicional é atividade que somente se exerce após a provocação das partes, devendo objetivar um resultado útil, que também envolve a estabilização social da lide. Tal estabilização é construída através do processo judicial, com efetiva participação dos interessados na resolução da contenda, existindo, portanto, um interesse social por trás da solução do conflito e não meramente individual das partes.

Assim, deve se levar em conta que além dos interesses próprios de cada um que contende no processo existe um interesse comum entre as partes para que se obtenha a solução da controvérsia e a pacificação social da lide, assim como um interesse comum em relação à posterior efetivação da tutela e dos direitos buscados.

E é em relação a estes interesses comuns na solução judicial da lide que deve atuar a ideia de cooperação entre as partes integrantes do processo.

Além disto, a prestação de atividade judicial implica em dispêndio de patrimônio, material e pessoal, oriundo de verbas públicas, não podendo ser tratada com descaso, mas devendo, isto sim, ser tomada com seriedade por todos que dela participam.

As partes em discordância devem, portanto, pautar as suas ações de modo a não prejudicar uma rápida e eficiente solução do processo, assim como o juiz condutor deve atuar no processo numa marcha voltada para a solução definitiva do conflito, sempre garantindo ampla participação neste íterim.

Neste aspecto, a cooperação é corolário da boa-fé aplicada ao Processo Civil, orientando a atuação tanto das partes quanto do estado juiz ao conduzir o processo.

Foi esclarecido, neste introito, que a cooperação não significa a busca da comunhão dos interesses das partes, e isto precisa ficar bem esclarecido, mas sim a preservação do objetivo último do processo e a necessidade

de coibir condutas que se voltem exclusivamente a impedir, atrasar ou deturpar a solução do conflito por meio do exercício jurisdicional.

Ressalte-se que não há revolucionária inovação nestas pautas cooperativas, que já vêm sendo defendidas no Processo Civil Brasileiro desde o advento da Constituição de 1988 e, com mais ênfase, a partir do Código Civil de 2002, o que torna possível uma abordagem do tema voltada a questões práticas já vivenciadas pelos Tribunais.

Novidade é tão somente a expressa previsão legislativa quanto à cooperação, que agora reside no art. 6º do novo CPC.

Como será observado, a ideia de cooperação no processo civil não é algo somente agora inserido na ordem jurídica brasileira, já que decorre da evolução, em especial, do princípio da boa-fé aplicável às relações processuais.

Neste espeque, a evolução do Processo Civil brasileiro à luz da Constituição Democrática de 1988 e do Código Civil de 2002, trouxe à tona os chamados deveres acessórios também na área processual.

Tal conclusão pode ser extraída também a partir da leitura do art. 5º do Novo Código de Processo Civil, o qual reza que: *“Aquele que de qualquer forma participar do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”*

Na linha do exposto, este preceito de observância da boa-fé não é recente, vez que já estava previsto na redação original do Código de Processo Civil de 1973, no art. 14, inc. II, que consagrava como dever das partes e procuradores *“proceder com lealdade e boa-fé”*⁶.

Nesta seara, a doutrina também já propugnava a necessidade de respeito à boa-fé no Processo Civil.

O jurista Fredie Didier Jr.⁷ esclarece que a:

atuação de acordo com a boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito processual” e “a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé”, além de deixar claro que “uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo. A importância deste dever é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio, que é o seguinte: o princípio da cooperação.

Na mesma linha, o eminente professor e processualista Humberto Theodoro Junior⁸ afirma que:

o elenco de deveres que o art. 14 do CPC enumera tem o escopo de limitar o uso dos poderes e faculdades dos agentes dos atos processuais, a fim de conformá-lo à boa-fé e à lealdade, e, quando necessário, submetê-lo às sanções do abuso de direito (arts. 17 e 18).

Com isto se quer demonstrar que o princípio da cooperação, apesar de muito comentado com o advento do novo Código de Processo Civil, decorre da evolução de pensamento legislativo e doutrinário realizado na vigência do atual ordenamento processual.

Ingressando na abordagem de mecanismos existentes na legislação processual para efetivar este exigido respeito à boa-fé e ao princípio da cooperação, deve se destacar, inicialmente, que a efetivação destes princípios

já vem sendo praticada no ordenamento processual brasileiro a partir de mecanismos de limitação de condutas que sejam contrárias à obtenção do resultado do processo ou seu bom andamento.

No entanto, a exigência genérica de que partes e interessados no processo ajam com boa-fé não seria suficiente sem a previsão de condutas que pudessem ser exemplificadas como contrárias a este princípio e, consequentemente, inibidas por meio de medida que coíba a sua prática.

A opção legislativa no processo civil brasileiro foi dispor nos arts. 17 e 18 do atual Código de Processo situações que caracterizam conduta de litigância de má-fé.

Verifica-se a indicação de litigância de má-fé em condutas tais como: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em incidente ou ato processual; provocar incidente manifestamente infundado ou interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Dentre estas, verifica-se que o código reputa indevidos atos praticados com o objetivo de protelar o andamento do processo, provocar incidentes infundados ou proceder de modo temerário em ato processual, condutas estas que não se alinham com uma atuação voltada à obtenção de um resultado útil e que se distanciam do ideal consagrado pelo princípio da cooperação, agora expressamente adotado.

E a maneira encontrada para evitar a sua prática e preservar o bom andamento do processo, direcionando os atos das partes para um interesse comum, foi a imposição de multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa, conjuntamente com indenização à parte contrária pelos prejuízos sofridos, conforme previsto no atual art. 18, do Código de Processo Civil.

Em suma, desde a redação original do Código de Processo Civil de 1973 já se previa como litigância de má-fé, dentre outras situações, a “oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, a atuação de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo e a provocação de incidentes manifestamente infundados”⁹, rol que evoluiu para incluir a “interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório”¹⁰, possibilitando a condenação do litigante de má-fé, até mesmo de ofício, a multa de até 1% (um por cento) sobre o valor da causa, além de indenização à parte contrária pelos prejuízos sofridos, no limite de 20% sobre o valor da causa ou liquidado por arbitramento.

Neste tópico, é interessante destacar que o Novo Código de Processo Civil mantém as hipóteses de litigância de má-fé, sendo mais rigoroso na multa aplicada, que deve ser superior a 1% (um por cento) até o limite de 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, além de retirar o limite relativo à indenização dos prejuízos sofridos pela parte contrária¹¹.

Também prevê cláusula que permite a fixação da multa em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo, quando o valor da causa for irrisório ou inestimável.¹²

Na mesma linha de mecanismos voltados a inibir a prática de condutas contrárias à boa-fé e cooperação processual é a previsão de ato atentatório à dignidade da justiça.

No Código Atual, o seu art. 599, inc. II prevê a hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça, mas em capítulo próprio do processo de execução, restringindo-se, a situações de oposição à execução e resistência injustificada às ordens judiciais.

Nestes casos, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, revertendo esta em favor do executado.

O Novo Código mantém a previsão de ato atentatório à dignidade da Justiça na seara do processo executório, conforme previsto no seu art. 774, ampliando o rol deles para abranger a hipótese de *dificultar ou embaraçar a realização da penhora*¹³.

Também está no art. 14, parágrafo único do atual Código de Processo Civil uma hipótese de ato atentatório ao exercício da jurisdição, quando não observado o dever de *cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*¹⁴.

Neste caso particular o Código atual deu tratamento mais rigoroso, permitindo ao juiz aplicar multa não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa.

No Novo Código Processual foi ampliada e unificada a hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça, que passou a abranger as hipóteses do atual Código e também esta que era chamada de ato atentatório à dignidade da jurisdição.

Além disto, foi estendido o rol de atos atentatórios à dignidade da justiça, que passou a incluir a hipótese de *praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso*¹⁵, situação que é tratada no atual código como atentado, que permite o ajuizamento de ação própria para ressarcimento das perdas e danos.

Conforme se pode ver, o sistema atual somente permite a reposição das perdas e danos, enquanto o Novo Código considera tal fato passível de aplicação de multa, imbuindo o juiz do dever de aplicar ao praticante do atentado multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

A ampliação do rol de atos atentatórios à dignidade da justiça pelo Novo Código passa a abranger também a hipótese do depositário infiel¹⁶, em relação a qual o Novo Código afirma que poderá ser imposta sanção, sem especificar exatamente qual.

A hipótese de não comparecimento injustificado do autor ou réu à audiência de conciliação também passa a ser prevista como ato atentatório à dignidade da justiça, ao qual será aplicada multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida esta em favor da União ou do Estado¹⁷.

Ainda nas hipóteses ampliadas de ato atentatório o Novo Código passou a incluir a *suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante*, fato este relacionado ao leilão judicial e ao qual deve *o suscitante ser condenado ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do bem*.¹⁸

No art. 918, parágrafo único do Novo Código de Processo é estabelecido como ato atentatório à dignidade da justiça *o oferecimento de embargos à execução manifestamente protelatórios*, sem delimitar qual a sanção aplicável.

Uma análise comparativa entre os diplomas legislativos revela que a nova sistemática processual é mais rigorosa e procura inibir as condutas contrárias à boa-fé por meio da imposição de sanção pecuniária mais pesada, além de incluir mais hipóteses como caracterizadoras de ato atentatório à dignidade da justiça.

Voltando o foco para a atuação do magistrado, podem ser destacadas algumas previsões inovadoras que efetivam o princípio da cooperação processual.

O novo Código de Processo Civil estabeleceu, a obrigação para que o magistrado, em certas situações, possibilite às partes que se manifestem sobre questões específicas que serão apreciadas pelo juízo, antes da sua efetiva apreciação.

Tais hipóteses, demonstram o objetivo do Código em permitir a formação de um processo com maior integração e participação de todos, evitando atitudes que possam tomar alguém de surpresa no curso processual.

Por exemplo, o Novo Código de Processo prevê que antes de indeferir o pedido de gratuidade da justiça o juiz deve *“determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.”*¹⁹

Na mesma linha, o Novo Código impõe que *“antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”*²⁰, garantindo-se aqui não somente a oportunidade de manifestação, mas também de sanar o vício que fundamentaria possível decisão extintiva do feito e permitindo a continuidade do processo para se alcançar o seu objetivo que é a solução do conflito.

Em outro exemplo, o Código de Processo em vacância repete a previsão de que os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos que influenciem no julgamento e surjam depois da propositura da ação devem ser considerados no momento de proferir a decisão.

Inova a legislação processual ao determinar que, antes de decidir, o juiz deve ouvir as partes se constatar de ofício o fato novo²¹.

Ainda neste tema, na Subseção que trata de modificações e substituições da penhora, o Código de Processo Civil vindouro determina que *“quando uma das partes requerer alguma das medidas previstas nesta Subseção, o juiz ouvirá sempre a outra, no prazo de 3 (três) dias, antes de decidir.”*²²

Um último exemplo, já na seara recursal, o novo Código impõe que *“antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”*²³

Tais exemplos extraídos estritamente da redação da nova lei demonstra medidas por esta adotada no sentido de efetivar uma relação processual voltada para a solução conjunta do conflito, buscada por todos os integrantes do processo e que, por consequência, deve garantir a participação efetiva de todos antes de certas determinações serem adotadas pelo juízo.

Estas medidas, evitam a ocorrência de situações que possam caracterizar cerceamento de defesa e celebram o contraditório e a ampla defesa em sua maior amplitude.

Passando a um exemplo mais prático, a jurisprudência atual entende que é contraditório o indeferimento da produção de provas sobre circunstâncias fáticas e o posterior não provimento do pedido da parte por ausência de comprovação do quanto alegado.

O indeferimento da produção de provas gera uma expectativa legítima dos integrantes do processo quanto à desnecessidade de comprovação dos fatos e é perfeitamente aplicável nas hipóteses legais que dispensam a prova de alegações, tais como a ocorrência de fatos notórios, confessados, incontroversos ou sobre os quais exista presunção legal de veracidade²⁴.

Sob a ótica da cooperação processual deve o magistrado fundamentar a decisão que indefere as provas e permitir às partes que dela tomem conhecimento e se manifestem antes do julgamento do feito, o que afasta a possibilidade de indeferimento direto na sentença e imediato julgamento sem possibilidade de manifestação das partes.

As novas previsões legais consolidam o entendimento já em construção de que o magistrado deve garantir às partes que possam ter ciência e se manifestar sobre os atos processuais, permitindo que tenham poder de influência sobre as decisões a serem tomadas, especialmente quando estas possam causar prejuízo.

Pois bem, a partir destas nuances já expostas podem ser delimitadas algumas diretrizes relativas ao princípio da cooperação previsto no Novo Código de Processo Civil:

1. A cooperação deve estar presente entre todos os integrantes do processo, incluindo o juiz.
2. O dever de cooperação consolida a necessidade de respeito à boa-fé.
3. O juiz, enquanto condutor do processo, deve incitar nas partes o dever de cooperação.
4. Todos os integrantes do processo, ainda que atuando na preservação de interesses próprios, devem se pautar por comportamentos tendentes à obtenção de um desfecho útil para a causa.

Percebe-se que dentro dos limites de proteção dos seus interesses e dentro da esfera de isenção e imparcialidade do magistrado, devem todos buscar condutas que preservem o bom andamento do processo e principalmente evitem aquelas que travem a marcha processual ou causem injustificado prejuízo a esta.

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, por isto destaco que o princípio da cooperação deve ser objetivado por todos e não somente tratado como letra morta de lei.

3. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E INOVAÇÕES PROCESSUAIS

Já adentrando em em outros aspectos do novo Código Processual, além do princípio da cooperação será analisado agora outro assunto ao qual foi dada prevalência pelo Novo Código, que é a questão da celeridade na resolução dos conflitos judiciais.

Ao longo da evolução do Processo Civil Brasileiro, uma das questões que permeiam a incessante busca por uma melhor prestação jurisdicional é a relativa à duração do processo.

Muitas modificações no procedimento foram realizadas para permitir às partes a obtenção num prazo razoável de uma tutela que preserve o seu direito, ainda que de forma temporária, até que decididas as questões de fundo.

O Novo Código de Processo Civil consagra em seu art. 4º que *“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”*.

É demonstrada uma preocupação em relação às partes, para que tenham, em prazo razoável, a solução da celeuma levada ao judiciário.

Tal previsão abstrata e desvinculada de medidas específicas e inovadoras não atingiria o objetivo almejado, motivo pelo qual o Novo Código prevê mudanças sensíveis em alguns procedimentos do Processo Civil.

A primeira delas, e de grande impacto, é a determinação para que juízes e tribunais obedeçam à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão, devendo ser organizada uma lista de processos aptos a julgamento que ficará permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores²⁵.

Pela redação do Código a ordem cronológica será aplicada aos processos aptos para proferimento de sentença ou acórdão, ou seja, com possibilidade de solução por provimento final, excluindo-se alguns tipos de decisões da obrigação de ordem, permitindo a solução antecipada de alguns feitos, que demandem urgência, ou que não terão o mérito resolvido, tudo dentro das hipóteses legalmente previstas.

Podem ser citados como exemplo de casos que não se submetem à ordem cronológica de julgamento, por expressa previsão legal, as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência

liminar do pedido, julgamento de processos em bloco ou repetitivos, de embargos de declaração ou agravo interno, causas que exijam urgência reconhecida por decisão fundamentada, os processos criminais e a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Além destas hipóteses, no âmbito de atuação dos Tribunais pode o Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, além de negar diretamente provimento a recurso contrário a Súmulas de Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal ou entendimento firmado no julgamento de incidente de recursos repetitivos.

Na teoria a implementação de julgamento em ordem cronológica parece ser algo tendente a agilizar o andamento dos processos nos órgãos jurisdicionais, no entanto não acredito que na realidade prática seja alcançado o objetivo de maior celeridade.

Isto porque a atividade de julgamento é mais dinâmica do que a mera aplicação de um simples entendimento ao processo, que deve ser analisado de forma minuciosa e com os cuidados que são peculiares a cada um.

É certo que algumas relações processuais possuem maior carga de complexidade e de arguições a serem apreciadas, o que exige um maior tempo de apreciação e um maior cuidado na elaboração do feito, justamente para garantir a prestação da justiça da forma mais cuidadosa e correta quanto possível.

Ademais, certas questões levadas a juízo possuem muito maior complexidade do que outras, a exemplo de ações societárias, possessórias ou relativas à sucessão hereditária, dentre outras, diferente de outros temas como revisão de cláusulas contratuais e verificação da legalidade de inscrição em cadastro de inadimplentes, que podem ser julgadas com muito maior rapidez.

Assim, a necessidade de seguir estrita ordem cronológica pode levar a um entravamento da elaboração das decisões processuais e impactar de maneira negativa a produção dos órgãos jurisdicionais, com negativa repercussão na celeridade com que uma causa é decidida.

Neste ponto, cabe a referência de que a Câmara dos Deputados aprovou Projeto de Lei n. 2.384/15²⁶, que altera o texto do Código em *vacatio*, passando a prever que os processos sejam julgados *preferencialmente* na ordem cronológica, o que afastaria a impositividade do atual tratamento. A proposta ainda pende de apreciação pelo Senado Federal.

De toda sorte, o julgamento em ordem cronológica é uma novidade que deve ser acompanhada de perto para o caso de não trazer os benefícios almejados.

Em suma, todas estas medidas até agora abordadas se relacionam com objetivos principais defendidos pelo Código vindouro, que são a cooperação processual e obtenção de uma solução efetiva para as demandas levadas ao Judiciário.

O Código não se preocupou somente com a efetividade da justiça, mas também com uma maior celeridade na prestação jurisdicional e na obtenção deste resultado útil pelos jurisdicionados e é neste aspecto que passo a tratar de outras modificações trazidas pela lei processual que entrará em vigor.

Neste tema, cabe ressaltar que a duração razoável do processo não foi unicamente buscada quanto ao objetivo final de resolução por meio de uma tutela definitiva, mas também de modo a garantir que a parte tenha resguardado o seu direito pelo Judiciário enquanto são decididas as questões de fundo, ou seja, de modo a garantir a obtenção de uma tutela judicial, ainda que provisória, em tempo hábil a preservar o direito pleiteado.

O Novo Código também se preocupou em preservar a duração razoável do processo por meio da simplificação deste, diminuindo o número de incidentes que possam ser integrados ao procedimento principal de modo a evitar discussões apartadas e que criam novo embaraço à solução da lide.

Neste sentido, o Novo Código afastou a existência de alguns incidentes processuais, passando a resolver as questões nele tratadas como preliminar de Contestação, aproveitando este meio de impugnação para aduzir matérias como incompetência do juízo e incorreção do valor da causa.

O art. 64 do Novo Código de Processo Civil, por exemplo, modificou o procedimento e as consequências da declaração de incompetência judicial.

A incompetência do juízo, seja ela absoluta ou relativa, deixa de ser suscitada mediante incidente processual e passa a ser alegável em contestação como matéria preliminar, sendo intimada a outra parte para se manifestar, após o que o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

Outra novidade que deve ser destacada é o tratamento dado aos efeitos de decisões proferidas por juízo incompetente.

O atual Código de Processo estabelece que *“declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”*²⁷, enquanto o Novo Código Processual declara expressamente que, salvo decisão em contrário, os efeitos da decisão proferida pelo juízo incompetente serão conservados até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente²⁸.

Ou seja, inverte-se o padrão quanto à validade das decisões proferidas por juízo incompetente, que serão mantidas, ainda que reconhecida a incompetência pelo próprio juízo, somente sendo afastadas se o próprio juízo as rever ou se o novo juízo, competente, proferir nova decisão.

Esta simplificação acabou com a necessidade de se instaurar um incidente processual unicamente para esta questão específica, unificando o procedimento e também evitando situações de incerteza quanto ao cumprimento de decisão proferida por juízo incompetente, as quais poderiam causar prejuízo ou perecimento do direito da parte, sobretudo tratando-se de tutelas de urgência.

No mesmo caminho, o art. 293 do Novo Código de Processo simplifica o meio de impugnação ao valor da causa, que poderá ser feito como preliminar de contestação, cabendo ao juiz decidir a respeito, determinando, se for o caso a complementação das custas.

O novo diploma processual também permite ao juiz corrigir de ofício e por arbitramento o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes²⁹.

Essas duas medidas inovadoras permitem uma maior celeridade na análise desta questão processual, que antes era impugnável por meio de incidente autuado em apenso aos autos principais.

Além disto, a possibilidade do juízo adequar de ofício o valor da causa permite que este seja corrigido antes mesmo da citação do réu, agilizando ainda mais o saneamento de eventual defeito na petição inicial.

A simplificação dos procedimentos aqui abordados demonstra uma preocupação em garantir uma ágil prestação da justiça.

Ainda no que toca à celeridade da prestação jurisdicional, agora aliada a uma garantia de maior segurança jurídica na prestação jurisdicional, passo a abordar pontos do Novo Código que buscam a uniformização dos entendimentos dos Tribunais, inserindo no nosso sistema legal características próprias do common law.

A diretriz adotada pelo Novo CPC é de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”³⁰, de modo que possa servir como base para eles próprios e para os órgãos a eles submetidos.

Exige-se dos Tribunais que editem enunciados de súmulas compatíveis com a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação³¹.

A legislação vindoura também determina aos tribunais que garantam a “publicidade de seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”³²

Percebe-se um nítido direcionamento da legislação para que os órgãos jurisdicionais atentem para as jurisprudências consolidadas, de modo a permitir uma uniformização dos entendimentos sobre determinadas matérias, garantindo assim segurança jurídica àqueles que buscam o Poder Judiciário.

Consoante alertam abalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e do ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes³³:

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

As preocupações demonstradas pelos autores atingem a produção jurisprudencial de forma generalizada, no que toca à possibilidade de múltiplas decisões diferentes sobre o mesmo tema, o que confirma ainda mais a importância das mudanças promovidas pelo novo Código de Processo Civil no sentido de uma maior uniformização da jurisprudência.

Com efeito, a segurança jurídica decorrente de um Poder Judiciário mais uniforme e firme é medida que deve ser almejada.

Nessa linha, valiosa é a lição de Humberto Ávila, ao nos alertar que:

[...] igualmente numerosos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário para preservar a segurança jurídica, dentre os quais o dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes – e assim por diante.³⁴

Este respeito a precedentes judiciais, promovido como meio de uniformização da jurisprudência garante não somente uma prestação jurisdicional mais efetiva e consistente, mas é também meio de preservar princípios basilares do direito, a exemplo da igualdade, conforme elucida Humberto Ávila:

[...] o princípio da igualdade, do qual se deduz o princípio da coerência temporal, exige que o Poder Judiciário se vincule aos seus precedentes, salvo se tiver alguma justificativa para a sua alteração. É que, se a decisão anterior foi em um sentido, das duas, uma: ou ela estava

correta, e diante de caso similar deve ser proferida a mesma decisão, ou ela estava incorreta, devendo ser, por isso, alterada. Isso significa que a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.

Os benefícios da uniformização da jurisprudência e de maior respeito aos julgados são, portanto, vários, abrangendo desde a segurança jurídica ao princípio da isonomia.

Aliado à segurança jurídica que se alcançará com a efetivação destas diretrizes, também haverá uma maior celeridade no julgamento de determinadas matérias que já tenham tratamento uniforme pelos Tribunais.

Tais medidas de vinculação a entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores afastam, ainda a adoção de diversas soluções jurídicas para casos semelhantes, o que poderia implicar em extensão da demanda em alongadas discussões recursais.

Neste tema, a nova legislação criou Capítulo próprio, antes inexistente, para tratar especificamente do “incidente de resolução de demandas repetitivas”, que poderá ser instaurado de ofício pelo juiz ou relator e a pedido das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública³⁵.

O Código prevê que “o incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”³⁶

A sua instauração será admitida quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos com a mesma controvérsia de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica³⁷.

E a mudança mais importante, com maior impacto para os órgãos julgadores e aqueles que se utilizam do Poder Judiciário é que a tese jurídica resultante do julgamento do incidente será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito na área de jurisdição do respectivo tribunal, além de também dever ser aplicada aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal³⁸.

Tal novidade é de extrema relevância pois insere a necessidade de respeito ao precedente formulado por um Tribunal no âmbito regional de sua atuação.

Diferente da sistemática atual, não somente o Superior Tribunal de Justiça poderá julgar demandas repetitivas, mas cada Tribunal terá esse poder, tornando vinculante a sua tese para todos os órgãos a ele submetidos na sua área de jurisdição, o que permitirá uma escalonada uniformização de jurisprudências, sem a necessidade de se aguardar o julgamento por um Tribunal Superior para tanto.

Neste ponto, é preciso ressaltar a necessidade dos Tribunais pátrios se adequarem a tais procedimentos inovadores, especialmente quando se trata de Tribunais Estaduais, que ao apreciar matérias exclusivamente regionais as decidirão em última instância.

A tese firmada por cada Tribunal será vinculante, cabendo Reclamação ao mesmo no caso de sua não observância, conforme art. 985, §1º do Código vindouro.

É uma inegável aproximação com o sistema de respeito aos precedentes e que objetiva uma uniformização dos entendimentos adotados pelo Poder Judiciário, garantindo maior segurança jurídica e agilidade na prestação jurisdicional.

Estas questões brevemente abordadas demonstram que o Código de Processo vindouro se preocupa com uma célere efetivação da justiça, trazendo mudanças que também afetarão a duração razoável do processo, já que será obrigatória a aplicação da tese jurídica já firmada pelo respectivo Tribunal.

Entretanto, será necessária uma adequação dos órgãos jurisdicionais a esta nova maneira de julgar, cabendo aos Tribunais consolidar a sua jurisprudência por meio de Súmulas e de teses jurídicas formuladas em Incidentes de demandas Repetitivas e a todos os julgadores seguirem as teses formuladas.

A mudança vem com todas as marcas de positividade, levando a crer que se permitirá uma melhor prestação jurisdicional, com mais segurança jurídica e agilidade nos julgamentos, o que virá com o tempo, à medida em que formuladas as teses pelos Tribunais.

Ainda neste interessante tema, mas numa abordagem inversa, destacam-se questões que, na visão deste breve ensaio, não contribuirão com a mesma relevância para a melhoria do Poder Judiciário.

Neste viés, apesar do Código inovar em medidas que buscam a celeridade processual, alguns institutos, a meu ver, não caminham neste sentido.

Há modificações pontuais que não implicam em melhoria da duração do processo e também não garantem a efetivação de direitos das partes de uma forma que as justifique, cabendo serem tecidas breves críticas.

A redação original do Novo Código de Processo previa a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou evidência e em agravo interno originário de recurso de apelação, ordinário, especial ou extraordinário³⁹, mas esta última possibilidade foi vetada.

Nesse diapasão, o veto da regra que permitia sustentação oral nas hipóteses elencadas de agravo interno se alinha com o ideal de celeridade buscado pela nova legislação, sem implicar em cerceamento de defesa ou de direitos, até mesmo porque qualquer decisão prejudicial à parte deve ser precedida de sua intimação, garantindo-se a preservação do contraditório e da ampla defesa.

Permanece, no entanto, o dispositivo que permite a sustentação oral em agravos de instrumento interpostos contra decisões de tutelas provisórias e também em casos de agravo interno contra decisão do relator que extinga ação rescisória, mandado de segurança e reclamação⁴⁰.

Tal expansão das hipóteses de sustentação oral não virá sem impacto direto no ritmo de julgamento dos processos, que será duramente afetado.

Isto porque, havendo a sustentação oral em agravos de instrumento que compõe boa parte das pautas de julgamento, estas serão longamente estendidas, diminuindo, por consequência, o número de processos julgados.

Acredito que tal impacto é maior e mais negativo do que a manutenção do atual sistema em que não se permite a sustentação em tais processos, já que esta medida não restringe os direitos das partes, porquanto lhes é concedida oportunidade de manifestação nos autos antes da inclusão do feito em pauta.

Aqui, relembro o princípio da cooperação, que permeia o Novo Código de Processo Civil e conclamo aos nobres advogados que se utilizem do direito de sustentação oral com respeito a este princípio, nos casos que exijam especial atenção e não naqueles em que há entendimento jurisprudencial consolidado.

4. NOVIDADES PROCEDIMENTAIS E PRÁTICAS

Verificadas tais questões que se relacionam à razoável duração do processo e celeridade da prestação jurisdicional, passo agora a pincelar outras questões relativas ao procedimento e ao exercício profissional e prático do direito, em especial para os militantes da atividade advocatícia.

Uma primeira mudança de interesse para todos que operam o direito se dá no que toca aos prazos processuais e sua forma de contagem.

O atual Código de Processo Civil possui variados prazos para cada ato a ser praticado, mas um único sistema de contagem para todos.

A nova legislação, por sua vez, traz diversas modificações ao tratar dos prazos processuais e da sua contagem.

A maioria dos prazos processuais para as partes sofreu unificação, sendo de 15 (quinze) dias, inclusive os recursais, com exceção feita ao prazo para oposição de embargos de declaração.

Com efeito, o art. 1.003, §5º do Novo Código, dispõe que: *“§5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.”*

Para interpor embargos de declaração o código atribuiu o prazo de 5 (cinco) dias, conforme redação do art. 1.023 do CPC 2015.

Esta mudança será mais sentida no âmbito recursal, no qual havia diferentes prazos para cada tipo recursal próprio.

Quanto à contagem geral dos prazos, o Código é bastante inovador, pois estabelece expressamente que *“na contagem do prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”*⁴¹

Em regra, portanto, os prazos processuais serão contados em dias úteis, excluindo-se os sábados, domingos, feriados e dias sem expediente forense.

É preciso observar, no entanto, para uma possível armadilha registrada no Código Processual que entrará em vigor.

Isto porque, o parágrafo único do art. 219, estabelece que a contagem dos prazos em dia úteis somente se aplica aos prazos de natureza processual.

Neste espeque, os prazos processuais são a maioria daqueles utilizados dentro do processo civil. Eles se caracterizam pelo exercício de atos interiores ao processo e não se relacionam ao exercício de um direito material próprio.

Cito como exemplo os prazos para contestar, recorrer e para se manifestar nos autos sobre documentos e elementos probatórios, além daqueles referentes à antecedência mínima de cientificação do réu acerca da audiência e, em geral, os praticados pelo juiz e serventuários da justiça.

Os prazos de natureza material, por sua vez, se relacionam ao exercício de um direito próprio, submetidos, portanto, à decadência, fazendo extinguir o próprio direito, a exemplo do prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do Mandado de Segurança.

Tal distinção entre prazos processuais e materiais não é assente e nem mesmo uniforme, possuindo tratamento peculiar caso a caso pela doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual, a efetiva aplicação da contagem em dias úteis a um prazo específico somente será consolidada após a manifestação dos tribunais, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, última instância na interpretação da lei federal brasileira.

Outrossim, a redação legal é expressa ao afirmar que somente os prazos fixados em dias podem ser contados em dias úteis, não se aplicando tal modo de contagem aos prazos fixados em outra unidade de tempo.

Pode parecer óbvia tal ressalva, mas é importante destacá-la, pois possui efeitos práticos, já que será diferente a forma de contagem caso o magistrado ou a lei fixe, por exemplo 30 dias ou fixe 1 mês de prazo, já que o primeiro prazo em dias será contado em dias úteis, enquanto o prazo em meses será contado da forma convencional.

Já em outra questão relacionada a este tópico, cabe ser destacada a contagem de prazos em procedimentos especiais, a exemplo do processo eletrônico e do sistema dos juizados especiais.

No processo eletrônico, por exemplo, o prazo de 10 (dez) dias para leitura automática das intimações está regulado na lei n. 11.419/06, art. 5º, §3º, que estabelece a contagem de tal prazo em dias corridos.

Tal dispositivo não foi revogado pelo Novo Código Processual e deve ser mantido, por aplicação da regra da especialidade, já que regula procedimento próprio, não devendo, portanto, ser contado em dias úteis.

Quanto aos prazos atinentes aos juizados, por sua vez, não há, a princípio, contrariedade à contagem dos prazos em dias úteis, porquanto a lei especial não prevê forma própria.

Caberá, no entanto, aos Tribunais, com ênfase ao Superior Tribunal de Justiça, definir se tal contagem se ajusta ao princípio da celeridade que rege o procedimento especial dos juizados.

A princípio, não se vislumbra que a contagem de prazo em dias úteis possa impactar de forma alarmante a celeridade buscada nos juizados especiais, ainda mais tendo em conta que os prazos ali praticados são menores do que no procedimento ordinário.

Não obstante, a inovadora forma de contagem dos prazos processuais em dias úteis deve estar aliada a um respeito no seu cumprimento e compromisso das partes, pois, caso se abuse de tal prerrogativa, pode haver um reflexo negativo na celeridade processual.

Um prazo de 15 dias úteis, por exemplo, corresponde, via de regra, a 21 dias corridos, tempo que, caso necessite de sucessivas devoluções às partes, pode gerar indesejado atraso no andamento do processo, resguardadas, por óbvio, a necessidade de se preservar o contraditório e a ampla defesa.

Em suma, esta é uma alteração de grande impacto, pois afeta o modo de contagem dos prazos em geral, que passarão a serem computados somente em dias úteis, no caso dos prazos processuais, que são a grande maioria dos prazos aplicados ao processo.

Em outro ponto de destaque, a nova lei processual regula que o curso dos prazos processuais ficará suspenso nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, não se realizando audiências nem sessões de julgamento neste período⁴².

Esta medida representa uma grande vitória para a advocacia, que já buscava a criação das férias para os advogados, permitindo um merecido descanso sem que isto pudesse prejudicar os direitos de seus constituintes e a prestação do serviço essencial ao qual se dedicam.

Ainda em questões que afetam diretamente a atividade advocatícia, destacam-se mudanças quanto ao sistema de condenação em honorários de sucumbência.

A modificação realizada é mais procedimental do que material, pois os limites percentuais de fixação dos honorários continuam no mínimo de 10% (dez por cento) e máximo de 20% (vinte por cento) – art. 20, §3º do atual diploma legal/ art. 85, §2º do CPC 2015.

A grande diferença é que agora será possível estabelecer verba honorária pela atuação recursal do advogado, podendo o Tribunal majorar os honorários estabelecidos no primeiro grau, respeitado o limite máximo global de 20% (vinte por cento).

A fixação de honorários em sede recursal, portanto, vai independe de pedido expresso da parte, salvo quando a pretensão for de reduzir o valor originalmente fixado pelo juízo *a quo*.

Com isto, deve o Tribunal condenar o sucumbente no recurso ao pagamento de honorários advocatícios, que complementarão os fixados pelo juízo de origem, não podendo, entretanto, ultrapassar o limite global de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor da causa atualizado⁴³.

Uma outra mudança mais pujante, mas bem específica se refere à possibilidade do juiz fixar o valor dos honorários por apreciação equitativa quando for irrisório o proveito econômico ou quando o valor da causa for muito baixo, o que implicaria em honorários aviltantes, caso seguida a regra geral⁴⁴.

Esta novidade combate situações de fixação de honorários em valores aviltantes, que não são compatíveis com o exercício da advocacia e deve ser utilizado sempre de modo a buscar a fixação dos honorários com valor compatível com a dignidade da profissão do advogado e do serviço prestado à parte.

Uma última novidade de relevância para os advogados é a proibição expressa na lei de compensação de honorários em caso de sucumbência parcial⁴⁵.

Neste ponto, o novo Código não define qual o procedimento a ser adotado, apenas veda a compensação de honorários, sem especificar se devem ser fixados para ambas as partes ou para somente uma delas.

Também esta medida ressalta a valorização dos serviços da advocacia, extinguindo a autorização legal anterior que permitia o não pagamento de honorários pelos serviços prestados, o que era incompatível com a dignidade da profissão e com o esforço empreendido em favor do constituinte.

Grandes novidades também são observadas no que toca aos honorários na advocacia pública.

Primeiro dispositivo que trará benefício direto a esta carreira é o art. 85, §19, do Novo Código de Processo, ao afirmar que: “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”

Esta inovação garante o direito dos advogados públicos em geral à percepção dos honorários sucumbências, os quais, no sistema atual, eram destinados à Fazenda Pública específica, que poderia destinar parcela deles à remuneração dos advogados.

Destaca-se que o direito à percepção dos honorários dependerá de posterior elaboração de lei específica que trate do tema, não sendo aplicável de imediato, também não ficando claro se será repassada a integralidade da verba sucumbencial aos advogados públicos ou somente parte dela, deixando-se ao arbítrio da lei tal questão.

Ainda neste tema, uma mudança de impacto imediato é a indicação de percentuais específicos e gradativos para a fixação de honorários sucumbenciais em causas em que a Fazenda Pública for parte.

O atual Código de Processo Civil determina a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando a Fazenda Pública for vencida, sistema modificado pelo Novo Código que determina a observância de percentuais já definidos nos casos em que a Fazenda Pública for parte⁴⁶.

Os honorários sucumbenciais nestes casos poderão ser fixados entre o mínimo de 1% (um por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação ou do proveito econômico e em graduações intermediárias, com limites que dependem do valor em salários-mínimos da base de incidência, que vai até 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Por exemplo, neste valor máximo de condenação ou proveito econômico, poderá o juiz fixar honorários entre 1% (um por cento) e 3% (três por cento), no máximo. Percentuais maiores, a exemplo de 3% (três por cento) a 5% (cinco por cento), somente podem ser fixados quando a condenação for menor – entre 2.000 (dois mil) e 20.000 (vinte mil) salários-mínimos.

Para condenações ou causas com proveito econômico obtido entre 200 (duzentos) e 2.000 (dois mil) salários-mínimos, os percentuais aplicáveis são de 8% (oito por cento) a 10% (dez por cento); e para valores até 200 (duzentos) salários-mínimos, o magistrado pode fixar honorários sucumbenciais entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento).

O Novo Código também prevê procedimentos específicos para a aplicação dos percentuais, determinando que eles devem ser fixados de logo quando for líquida a sentença ou, quando ilíquida, somente definido no momento da liquidação, o que decorre da própria nova sistemática, já que os limites percentuais utilizáveis dependem do valor da condenação ou proveito econômico obtido⁴⁷.

“Não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa”⁴⁸ consoante redação do novo Código.

A aplicação dos percentuais previstos no Novo Código de Processo deve observar um escalonamento a partir de cada faixa de valor, devendo se aplicar os percentuais específicos para uma determinada faixa inicial e, somente naquilo que a exceder, podem ser aplicados os percentuais da faixa subsequente, a exemplo do que ocorre no cálculo do Imposto de Renda⁴⁹.

O novel Código também esclarece que os limites e critérios previstos aplicam-se independentemente do resultado ou conteúdo da decisão, abrangendo hipóteses de improcedência ou de sentença sem resolução do mérito⁵⁰.

Estas novidades agora referidas, valorizam o exercício da advocacia privada e pública e a contraprestação própria de tal *mister*.

Um outro tema que pode ser abordado é o tratamento da arbitragem pelo novo Código de Processo Civil.

O Código manteve grande parte das previsões que tratam da Arbitragem, elencando este procedimento como algo permitido para as partes que assim optarem, conforme dispõe no art. 1º, §1º: “É permitida a arbitragem na forma da lei.”

A alegação da existência de convenção de arbitragem deve ser feita junto com a contestação⁵¹, medida que já estava prevista no atual código, mas que, para alguns, pode levar a prejuízos se considerado o procedimento do novo Código de Processo.

O jurista José Antonio Fichtner⁵² entende que a convenção de arbitragem alegada em sede de contestação pode gerar uma indevida delonga no trâmite processual, porquanto, na nova sistemática processual, deve se aguardar a audiência de conciliação e mediação para, após isto, correr o prazo de 15 dias para apresentação de defesa, na qual poderá ser oposta a existência de convenção de arbitragem.

Nas palavras do advogado, “o texto final permite que a parte renitente persiga por meses uma via diversa da contratada, sem benefício social algum equivalente.”⁵³ o que, a seu ver, ofende o princípio da razoável duração do processo.

A sugestão do jurista é que se permita um tipo de exceção de pré conhecimento, que seria apreciada pelo juízo antes da contestação, evitando a delonga que poderia ser causada pelo procedimento conciliatório.

A crítica apresentada é pertinente e merece especial atenção dos operadores do direito, em especial magistrados e advogados que atuam em causas relacionadas à arbitragem, já que a possibilidade de excessiva demora no reconhecimento da existência de convenção de arbitragem pode enfraquecer a autonomia da vontade das partes que pactuaram pela solução da lide por meios extrajudiciais.

Válida e perspicaz é a sugestão para que se permita uma exceção de pré conhecimento, que possibilitaria ao juízo afastar a sua atuação de forma prévia, dando valor à convenção de arbitragem pactuada e garantindo uma maior celeridade à tramitação processual do feito, evitando o dispêndio desnecessário de recursos materiais e pessoais em feito que não cabe ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Ainda quanto à arbitragem, cabe apontar uma inovação que irá facilitar a comunicação entre a justiça comum e arbitral e garantirá maior efetividade a esta.

Trata-se da Carta Arbitral, que é meio próprio para que o juízo arbitral provoque o Poder Judiciário para requerer medidas atinentes à reserva jurisdicional, a exemplo de pedidos de quebra de sigilo ou outras medidas reservadas ao juiz togado.

O meio próprio dá mais valor ao procedimento arbitral e garante maior reconhecimento deste pelo Poder Judiciário, sendo uma inovação muito bem vinda.

No mais, a arbitragem continua sendo regulada pela Lei n. 9.307/96, mas passa a ter maior integração com o procedimento judicial.

Muitas outras inovações e institutos poderiam ser abordados, mas tal extensão não é adequada neste breve ensaio, impondo que já caminhe para o encerramento, antes do qual breves comentários ainda devem ser tecidos.

5. CONCLUSÃO

É preciso apontar que a nova legislação processual decorreu de longo e árduo processo de elaboração por uma comissão mista de juristas, que envolveu membros das Casas Legislativas e operadores do direito de diversas partes do país.

Deve ser dado especial destaque à atuação do Eminent Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que coordenou o grupo de trabalho atuante na elaboração do novo Código de Processo.

Durante esta trajetória foram realizadas audiências públicas e divulgados projetos e anteprojetos, permitindo o conhecimento amplo, a produção de críticas e a revisão de muitas partes do texto.

Pode-se dizer que é um dos Códigos mais democraticamente formulados, buscando um processo mais célere e mais efetivo e resguardando direitos das partes e daqueles que atuam diretamente na área jurídica, como os advogados.

No entanto, é preciso considerar que a lei por si só não irá resolver os problemas centrais das partes, advogados e do Poder Judiciário. Ela coloca à nossa disposição institutos, ferramentas e diretrizes que permitirão significativa evolução da prestação jurisdicional e da efetivação de direitos.

Para isto, a cooperação processual deve permear a atuação de todos dentro e fora do processo, com comportamentos objetivos e tendentes a garantir a definitiva solução da lide e preservação do direito de seus constituintes.

Por fim, crucial é o seguinte trecho da exposição de motivos no Novo Código de Processo Civil, que resume seu objetivo e seus princípios, que foram buscados por seus elaboradores e devem também ser praticados por todos nós que atuaremos diariamente na aplicação do Processo Civil Brasileiro.

Diz a exposição de motivos que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (Exposição de Motivos da Lei n. 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil)

E por ser este Novo Código, aliado a uma efetivação do Estado Democrático de Direito e de garantias constitucionais próprias, é que suas mudanças devem ser consideradas como positivas e anunciadoras de uma boa fase futura para o Poder Judiciário e os que a ele recorrem.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2.834/2015**: Disciplina o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial; altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>>. Acesso em: 28/09/2015, às 19:55.

_____. **PL 2.913/2015**: Amplia o prazo para a entrada em vigência do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712716>>. Acesso em: 28/09/2015, às 15:55.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:10.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28/09/2015, às 16:40.

DIDIER JR., Fredie. **Editorial 45**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45>>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:18.

_____, Fredie. **Editorial 186: Sobre o início da vigência do CPC/2015**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-186>>. Acesso em: 28/09/2015, às 15:46.

FUX, Luiz; Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: comparado: Lei 13.105/2015**. 2ed. São Paulo: Método, 2015.

LAMACHIA, Claudio Pacheco Prates; Souza Neto, Cláudio Pereira de; Riberito, Cláudio Stábile; Ferreira, Antonio Oneildo [et al]. **As conquistas da advocacia no novo CPC**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Wambier, Luiz Rodrigues. **Novo Código de Processo civil comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS

¹. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
². Cf. DIDIER JR., Fredie. Editorial 186: Sobre o início da vigência do CPC/2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-186/>>. Acesso em: 28/09/2015, às 15:46
³. BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2.834/2015: Disciplina o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial; altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>>. Acesso em: 28/09/2015, às 19:55
⁴. Revista Consultor Jurídico. Ministros do STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:00
⁵. BRASIL. Câmara dos Deputados. PL2.913/2015: Amplia o prazo para a entrada em vigência do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712716>>. Acesso em: 28/09/2015, às 15:55
⁶. BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:10
⁷. DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45>>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:18
⁸. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31
⁹. Cf. BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Art. 17, inc. IV; Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 80, inc. VI
¹⁰. Cf. Idem. Art. 17, inc. VII; Cf. BRASIL. Op. cit., 2015, art. 80, inc. VII.
¹¹. Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 81, caput e §§1-3º
¹². Ibidem
¹³. Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 774, inc. III
¹⁴. Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 77, inc. IV; Cf. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Art. 14, inc. V.
¹⁵. Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 77, inc. VI.
¹⁶. Idem. Art. 161, parágrafo único.
¹⁷. Idem. Art. 334, §8º.
¹⁸. Idem. Art. 903, §6º.
¹⁹. Idem. Art. 99, §2º
²⁰. Idem. Art. 317.
²¹. Idem. Art. 493.
²². Idem. Art. 853.

²³. Idem. Art. 932, parágrafo único.

²⁴. Cf. BRASIL. Lei n. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Art. 334; BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 374

²⁵. Idem. Art. 12 e parágrafos

²⁶. BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2.834/2015: Disciplina o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial; altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>>. Acesso em: 28/09/2015, às 19:55.

²⁷. BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. 113, §3º.

²⁸. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 64, §4º.

²⁹. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 292, §3º.

³⁰. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 926.

³¹. Idem. Art. 926, §1º e §2º.

³². Idem. Art. 926, §5º.

³³. WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 641.

³⁴. AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 166.

³⁵. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 977.

³⁶. Idem. Art. 980.

³⁷. Idem. Art. 976.

³⁸. Idem. Art. 985, incs. I e II.

³⁹. Idem. Art. 937, incs. VII e VIII.

⁴⁰. Idem. Art. 937, incs. VIII e §3º.

⁴¹. Idem. Art. 219.

⁴². Idem. Art. 220, §2º.

⁴³. Idem. Art. 85, §11.

⁴⁴. Idem. Art. 85, §8º.

⁴⁵. Idem. Art. 85, §14.

⁴⁶. Idem. Art. 83, §3º.

⁴⁷. Idem. Art. 83, §4º, incs. I e II.

⁴⁸. Idem. Art. 83, §4º, inc. III.

⁴⁹. Idem. Art. 83, §5º.

⁵⁰. Idem. Art. 83, §6º.

⁵¹. Idem. Art. 337.

⁵². Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226957,51045-Alegacao+de+convencao+de+arbitragem+no+no-vo+CPC>> Acesso em: 23/09/2015, às 20:02

⁵³. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226957,51045-Alegacao+de+convencao+de+arbitragem+no+no-vo+CPC>> Acesso em: 23/09/2015, às 20:02

JURISPRUDÊNCIA PENAL

TJBA, HABEAS CORPUS N.º 0314338-71.2012.8.05.0000, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, RELATOR (A): LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE JULGADO EM 02.10.2012.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213, § 1º, DO CPB. ILEGALIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGATIVA PREJUDICADA, PORQUANTO DECRETADAS AS PRISÕES PREVENTIVAS DOS PACIENTES. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. ALEGATIVA SUPERADA, UMA VEZ QUE JÁ FOI CONCLUÍDO O INQUÉRITO POLICIAL E REMETIDOS OS AUTOS AO PARQUET. ALEGATIVA DE INOCÊNCIA. ANÁLISE AXIOLÓGICA E VALORATIVA DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS. DESNECESSIDADE DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os autos do *habeas corpus* nº **0314338-71.2012.805.0000**, ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER, PARCIALMENTE, DA ORDEM, PARA, NESTA EXTENSÃO, CONCEDÊ-LA**, nos termos do voto visto a seguir.

RELATÓRIO

Os Béis. Cleber Nunes Andrade, Dênis Leandro Silva Leão de Oliveira, Carlos Henrique de Andrade Silva e Vinícius Passos de Faria impetram *habeas corpus* liberatório, em socorro de **G.A.C.S, E.M.D.C.S, W.R.F., M.M.A., J.G.S.S., J.P.S., EB.B.S. e W.D.B.L**, indigitando, como autoridade coatora, a MM. Juíza de Direito da Vara Crime da comarca de Ruy Barbosa.

Em sinopse breve e em consonância com a pré-dica da preambular, os peticionários textuam que os pacientes teriam sido presos, em flagrante delito, no dia 26 de agosto transato, pela suposta prática do delito, catalogado, no art. 213, do CPB.

Sobrelevam, outrossim, os acionantes que os pacientes são integrantes da banda de pagode “New Hit”. Realçam, ainda, que consta, nos autos do inquérito policial, que “(...) após o show da citada banda, as vítimas V.L.S e V.S.B, ambas com 16 anos, subiram no ônibus da “New Hit”, que se localizava na praça Santa Tereza, na referida comarca, sob o pretexto de tirar fotos com os integrantes do grupo musical e, nessa oportunidade, teriam sido violentadas sexualmente” (*sic* – fls. 03/04).

Asseveram, por igual, os impetrantes haverem postulado, perante o juízo primevo, o relaxamento da prisão por excesso de prazo e/ou a liberdade provisória dos pacientes, havendo sido indeferidos os pedidos, sob o fundamento da necessidade de garantir a ordem pública.

Acrescem que, posteriormente, o órgão ministerial de primeiro grau teria requerido a prisão preventiva de todos os pacientes, havendo sido convertida a prisão, em flagrante, em custódia preventiva, com “fulcro na garantia da ordem pública” (*sic* – fl. 05).

Rebelam-se contra a medida constritiva da liberdade ambulatorial dos pacientes, suscitando ainda a ausência de provas da materialidade do delito e de indícios da autoria. Nessa alheta, sublinham não haver o laudo pericial evidenciado a ocorrência do delito imputado aos pacientes.

Alegam também os autores da impetração a desnecessidade da prisão cautelar dos pacientes, por não estarem presentes, *in casu*, os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva.

Insurgiram-se, outrossim, os acionantes contra o édito prisional, pontuando a inconsistência da fundamentação do decreto.

Derradeiramente, os impetrantes trombeteiam a existência de constrangimento ilegal, nas prisões cautelares dos pacientes, consubstanciado, no excesso de prazo, para o encerramento do inquérito policial, uma vez que estes se encontram presos, há mais de trinta dias, e a investigação preliminar, ainda, não teria sido findada.

Pontofinalizando-se, os acionantes pleiteiam a concessão de medida liminar, para que seja expedido o alvará de soltura, em favor dos pacientes, confirmando-se a medida ao final.

Para estadear a súplica, foram abojados aos autos os documentos de fls. 18/99.

Liminar indeferida, às fls. 101/102.

A autoridade coatora informou que os pacientes foram presos, em flagrante, em 26/08/2012, na cidade de Ruy Barbosa, pela suposta prática do delito, capitulado, no art. 213, §1º, do CPB. Noticiou, outrossim, textualmente: “o auto de prisão em flagrante foi recebido em 27/08/12 e homologado em 29/08/12. Ressalto, todavia, que 27 e 28/08/12 foi feriado na cidade de Ruy Barbosa, em face dos festejos pelo aniversário da cidade. Pontuou, ainda, que após manifestação favorável do Ministério Público este juízo converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva dos ora pacientes, em 30/08/12 e em 31/08/12 indeferiu os pedidos de liberdade provisória. Informo, também, que esta magistrada formulou pedido de transferência dos ora pacientes para outra cadeia pública, em razão dos sérios transtornos gerados na Delegacia local, por conta do tipo de crime supostamente por eles praticados, por envolver pessoas do meio artístico e pelo fato da cadeia local está (*sic*) com número de detentos muito acima da sua real capacidade, o que foi prontamente deferido pela Corregedora de Presídios. Por fim, informo que o Inquérito Policial ainda não foi remetido para este juízo. (...)” (*sic* – fl. 104).

Parecer da Procuradoria de Justiça, às fls. 122/128, manifestando-se pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, em o qual se pontuam, como cernes da impetração, as alegativas de existência de ilegalidade na prisão, em flagrante, e de inocência dos pacientes, bem como a ausência de fundamentação do édito prisional, assim também a desnecessidade da manutenção das custódias hostilizadas, além do excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial.

Na hipótese, sob destrame, sobreleve-se que os pacientes foram presos, em flagrante, no dia 26 de agosto de 2012, juntamente com outros dois agentes, sob a indiciação de haverem praticado o crime estampado no art. 213, §1º, do CPB, havendo sido, posteriormente, a prisão instantânea convertida em preventiva.

De logo, explicita-se que se encontra prejudicada a alegativa de existência de ilegalidade do auto flagrancial, decorrentemente de excesso de prazo para a perquirição da legalidade das custódias instantâneas,

haja vista que, consoante as informações existentes nos autos, já foram as prisões convertidas em preventiva, não havendo, como conseqüência, de se excogitar da existência de mácula a tisonar de nulidade as preditas custódias.

Mesmo porque adite-se, forte na lição, colhida da obra de Fauzi Hassan Choukr, prestantíssima à espécie fulcral¹, que:

“(…) cumpre não deslembrar que eventuais irregularidades no auto de prisão em flagrante quando muito o fariam imprestável como elemento de convicção, afetando a análise do mérito mas sem ensejar nulidade, até porque, como de trivial sabença e de referto entendimento doutrinário e pretoriano, eventuais irregularidades do inquérito não têm o condão de macular a ação penal.”

Assim sendo e assim o é, entremostra-se prejudicada, com escoras, no art. 266, do Regimento Interno, a perquirição da existência, ou não, de ilegalidade, nas prisões instantâneas profligadas, porquanto já haveriam sido estas transmudadas, em nova modalidade de clausura, com a decretação das custódias cautelares dos pacientes.

De outro ângulo de análise, sobreleve-se que se encontra, por igual, superada a alegativa de excesso de prazo para a conclusão das investigações preliminares, já que, consoante informações obtidas, junto à Vara Crime da comarca de Ruy Barbosa, o inquérito policial já foi ultimado, tendo sido os autos respectivos remetidos ao *parquet*, em 25/09/2012, para a deliberação, a propósito da propositura, ou não, da ação penal, em face dos pacientes.

No que tangencia à alegativa de negativa de autoria do delito, imputado aos pacientes, enfatize-se que pretendem, em verdade, a perquirição axiológica dos fatos e circunstâncias que dizem respeito ao mérito da ação penal.

Nesta senda intelectual, buscam os peticionários seja realizada cognição exauriente, mediante análise subjetiva ou valorativa da prova, mensurando-a como se fora uma instrução probatória, por isso mesmo inoportuna na via estreita do *mandamus*.

Distinção mezinha merece ser feita, neste passo, forte em Aury Lopes Jr.², esse Lúcifer do bem saber processual penal, entre a dilação probatória e a perquirição do suporte probatório, esta necessária, no desate do *habeas*. Eis a lição prestantíssima à espécie fulcral:

“(…) Por fim, há que se destacar a equivocada leitura feita por alguns tribunais brasileiros em torno da ‘sumariedade da cognição’ do *habeas corpus*. Não se pode confundir ‘dilação probatória’ com análise do suporte probatório necessário para a ação penal. A primeira, realmente vedada pela própria essência do writ, impede que se instaure uma verdadeira instrução, com produção de provas (oitiva de testemunhas, realização de perícias etc.) no trâmite dessa ação constitucional. Isso está correto. Completamente diferente é analisar e cotejar os elementos contidos no inquérito policial com o suporte probatório exigido para que a acusação seja recebida. Isso sim pode e deve ser feito no bojo do *habeas corpus*.”

1 RJTA in Fauzi Hassan Choukr. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 3. ed. rev. atual. e com., p. 521, 2009.
2 Aury Lopes Jr. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 343.

Estrilha, no particular, Paulo Rangel:

“É comum, na prática do foro, advogados ingressarem com *habeas corpus* visando a discussão das provas do processo ou alegando que o réu não poderia estar preso porque é inocente, enfim... Esquecem que no *habeas corpus* o que se visa é a análise da ilegalidade ou não de ato construtivo da liberdade de locomoção. A discussão sobre os elementos de prova ou sobre a inocência do réu é a matéria a ser discutida no curso do processo, perante o juiz de primeiro grau, e não na ação de *habeas corpus*, sob pena de haver supressão de instância, motivo pelo qual os tribunais julgam improcedente o pedido de *habeas corpus* ou nem conhecem do pedido, por estarem impedidos de analisar as provas”.
(Direito Processual Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2007, p. 817-818).

Numa palavra, reasereve-se que, na via angusta do *habeas*, o exame da prova possui cabida, só e somente, sob o aspecto da historicidade dos fatos – e não de sua valoração, sabidamente vedada, no seu âmbito sumaríssimo. Inelutavelmente, pois, será imprescindível perquirir-se, *in specie*, malgrado a expeditiz do rito do *habeas*, só e somente, a historicidade da prova, sem realizar cognição exauriente, mediante dilação probatória, esta cabível, apenas, no curso da ação penal.

Ex positis, não se conhece do writ, no particular.

Em outro ângulo de vista, analisar-se-á se, doravante, se, *in hipotesis*, foram satisfeitos os requisitos para a decretação da prisão preventiva dos pacientes.

Convém asseverar que esta parte do voto bem merece um exórdio, a título de considerações iniciais. Sim, porque a sobreeminente colega singular, no difícil ofício de julgar, decretaria uma prisão preventiva, partindo da mesma paisagem do processo e da mesma realidade probatória dos autos, tendo chegado a uma perspectiva diversa, a uma verdade processual antípoda da que chegou este julgador, nesta instância.

Diante dessa dupla existência da verdade processual, é de se lembrar do escritor e príncipe dos poetas portugueses, Fernando Pessoa, quando, em “Alguns Textos do Barão de Teive”, dizia: “Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de porque se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Não era um que via uma coisa e outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade”³.

Perlustrando a paisagem dos autos, há de se recordar, também, do filósofo Ortega Y Gasset, citado, remissivamente, por Celso Campilongo, quando disse: “(…) a realidade, como as paisagens, tem infinitas perspectivas, todas elas verdadeiras e autênticas, exceção feita àquela que pretende ser a única verdadeira”⁴.

De pronto, realce-se que a sobreeminente juíza a *quo* merece especial elogio pela brilhante decisão, conjurada pela presente impetração, daí, rogar-lhe as vênias da pálida discordância na longuidão deste voto.

Após este prólogo, eis as considerações, embora sem engenho e arte, na conformidade da escansão subdelineada.

3 Fernando Pessoa. Alguns Textos do Barão de Teive apud Fauzi Hassan Choukr. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
4 Celso Fernandes Campilongo. Direito e Democracia. São paulo: editora Max Limonad, 1997, p.14.

Curialíssimo que para a decretação da prisão preventiva, por ser medida excepcionalíssima, faz-se indeclinável a presença da prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, que representam o *fumus comissi delicti*, assim como a existência de uma das hipóteses, insculpidas, no art. 312, do CPP, que materializa o *periculum libertatis*, justificando o encarceramento do acusado.

No âmago do decreto de prisão, entendeu a *mui* digna juíza a *quo* ser necessária a prisão para garantia da ordem pública, consoante se infere, textualmente, dos principais excertos do *decisum* hostilizado:

“(…) Da análise dos autos revela-se a necessidade da medida postulada pela representante do *Parquet* e diz o suficiente acerca do atendimento dos requisitos para a sua adoção.

(…)

Com efeito, a prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, desde que a aplicação da medida esteja alicerçada em sólidos fundamentos.

(…)

No caso em tela há prova bastante da existência do crime e suficientes indícios de autoria, exigências legais à decretação da custódia preventiva, conforme evidenciado no auto de prisão em flagrante (fls. 03) e nos depoimentos colacionados (fls. 06/09, 23, 25, 27, 29/30, 32, 34, 36, 38/39, 41 e 43/44), estando demonstrado, a um só tempo, a presença concomitante dos pressupostos legais.

Com efeito, a decretação da prisão preventiva dos indiciados **EDSON BONFIM BEREHENDS SANTOS, JEFFERSON PINTO DOS SANTOS, ALAN ARAGÃO TRIGUEIROS, WILLIAN RICARDO DE FARIAS, GUILHERME AUGUSTO CAMPOS SILVA, JHON GHENDOW DE SOUZA SILVA, WESLEN DANILO BORGES LOPES, MICHEL MELO DE ALMEIDA, EDUARDO MARTINS DALTRO DE CASTRO SOBRINHO e CARLOS FREDERICO SANTOS DE ARAGÃO** é necessária para a garantia da ordem pública.

(…)

Por óbvio, a gravidade do delito, isoladamente considerada, não basta para a decretação da custódia cautelar, porém, a forma de execução do crime, a conduta do acusado antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias capazes de evidenciar a sua ostensiva periculosidade, abalam a ordem pública e recomendam a segregação cautelar da sua liberdade ambulatorial, mesmo porque a só circunstância de o paciente ser primário, ostentar bons antecedentes e possuir residência fixa não constituem mais do que a obrigação de todo homem de bem e, por isso, não configuram impedientes à decretação (ou manutenção) da prisão cautelar, muito menos quando motivos outros a recomendam.

Certo é que a imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, concretamente, a periculosidade dos flagranteados, a indicar a necessidade de suas segregações para a garantia da ordem pública, em se considerando, sobretudo, o *modus operandi* do delito.

In casu, a ordem pública está francamente ameaçada não só pela gravidade em abstrato do delito, pertencente ao rol dos crimes hediondos – estupro – mas, especialmente, pela gravidade concreta do delito.

O *modus operandi* adotado e descrito pelas vítimas revela a periculosidade dos agentes, integrantes da banda de pagode, *New Hit*, os quais aproveitaram-se de duas fãs, frise-se, duas adolescentes de 16 (dezesseis) anos, que adentraram no ônibus da banda para

tirar fotos com seus ídolos, após a realização de um show, na micareta da cidade de Ruy Barbosa e com elas praticaram sexo, o que constitui motivo suficiente para acautelar a sociedade, já bastante amedrontada com a onda de violência gratuita difundida no Estado, além do que demonstra a periculosidade dos flagranteados e o fundado receio de que a manutenção das suas liberdades coloquem em risco a dignidade sexual de outras fãs, restando justificado o sacrifício excepcional do status libertatis dos agentes, para garantia da ordem pública, não se podendo conceber que os indiciados continuem livres para repetir o hediondo crime.

Destarte, o cidadão de bem, a família, a comunidade local, enfim, a sociedade, precisa ser resguardada e colocada a salvo, tanto quanto possível e necessário, de ações como as que são atribuídas aos flagranteados, razão pela qual suas custódias preventivas, **pelo menos neste momento**, é medida que realiza o propósito de contribuição para a preservação do primado da ordem pública, de modo a impedir a repetição de outros atos nocivos à sociedade onde convivem.

Impende consignar que nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos à ausência de testemunhas, assume especial relevo a palavra das vítimas, sobretudo se harmônica com as demais provas carreadas aos autos.

Na hipótese em apreço, as vítimas reconheceram os flagranteados como sendo os autores da violência sexual por elas sofrida, sendo que os depoimentos de alguns dos indiciados e os laudos periciais assinados pelos peritos criminais, Dr. Wellington Santos Vagas e Dr. Lidinerson Franklin Estrela Almeida, dão total credibilidade as versões apresentadas pelas vítimas V.L.S.B. e V.S.B., restando demonstradas a um só tempo, a autoria e a materialidade do crime de estupro.

(…)

Posto isso, estando presentes os pressupostos e requisitos da custódia cautelar, com fundamento nos artigos 311 e 313 do Código de Processo Penal, hei por bem **CONVERTER EM PRISÃO PREVENTIVA a PRISÃO EM FLAGRANTE de EDSON BOMFIM BEREHENDS SANTOS, JEFFERSON PINTO DOS SANTOS, ALAN ARAGÃO TRIGUEIROS, WILLIAN RICARDO DE FARIAS, GUILHERME AUGUSTO CAMPOS SILVA, JHON GHENDOW DE SOUZA SILVA, WESLEN DANILO BORGES LOPES, MICHEL MELO DE ALMEIDA, EDUARDO MARTINS DALTRO DE CASTRO SOBRINHO e CARLOS FREDERICO SANTOS DE ARAGÃO**, para garantia da ordem pública. (…)” (*sic* – fls. 85/92 – grifos nossos).

Desfibrando-se, geneticamente, os autos, **infere-se que as prisões cautelares dos pacientes entremostam-se desnecessárias, *venia concessa* à eminente juíza de origem. Sabe-se e ressabe-se que a prisão preventiva só terá cabida, 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, - o que, desenganadamente, não é o caso dos autos.**

É inconfutável que não basta ao juiz, genericamente, evocar a garantia da ordem pública e quejandos, a título de fundamentação da manutenção de um édito prisional, pois, como bem enfatiza Aury Lopes Júnior, “grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”⁵.

5 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.121.

Estribilha, ainda, o autor.:

“por ser um conceito vago, indeterminado, serve a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que dizer. Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de ‘clamor público’, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba sua ‘tranquilidade’⁶.

Por sem dúvida, a fluidez da expressão “ordem pública” pode ensejar verdadeiro arbítrio, sendo oportuno evocar a pontifícia lição de TOURINHO FILHO:

“‘Ordem pública’ é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória. ‘Comoção social’, ‘perigosidade do réu’, ‘crime perverso’, ‘insensibilidade moral’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pela rádio e pela televisão’, ‘credibilidade da Justiça’, ‘idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica ‘ordem pública’. (...) E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade” (*Manual de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 614-615). Cf. STJ: HC 63.742/SP; e STF: HC 87577/MT.

No dizer lapidar de Odone Sanguiné: “o discurso jurídico costuma enquadrar no indeterminado e incontrolável conceito de ordem pública uma gama de finalidades que, em realidade, não são cautelares, mas sim claramente punitivas, isto é, de pena ou de medida de segurança (v.g., exemplaridade, sentimento de justiça da sociedade, alarma social, periculosidade do agente etc.), supondo, por conseguinte, o reconhecimento antecipado da culpabilidade do imputado, com violação da presunção de inocência”⁷.

Passando-seaolargodaquelesescolistasqueacoimamaexpressão“ordempúblicadeinconstitucionalidade, dir-se-á, forte em Evandro Lins e Silva, que “*ordem pública* é uma locução que pode ter esta ou aquela definição, este ou aquele conceito. Não é, porém, uma expressão cega e de tal forma genérica que transforme a prisão facultativa em prisão obrigatória (...)”⁸.

Roberto Delmanto Júnior, em percuciente análise sobre o tema, estribilha que o encarceramento precoce para garantia da ordem pública se justificaria, só e somente, em situações extremas, em que a perturbação da

6 Aury Lopes Jr. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 110..
7 Odone Sanguiné. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). Org: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 257-297. p.273.
8 Evandro Lins e Silva. A Defesa Tem a Palavra. Rio de Janeiro: AIDE Editora e Comércio de Livros. 1.ed., 1980, p. 132-133.

ordem pública vier, efetivamente, a “tumultuar o bom andamento da persecução penal, seja na fase do inquérito ou do processo”⁹, o que, incontraditavelmente, não é o caso dos autos.

De outro quadrante, assevere-se que o vocábulo ordem pública, basta, aliás, um olhar de esguelha para se perceber sua inconstitucionalidade, certo é que a expressão sói vir conotada da ideia de **temibilidade social** do agente, o que não é o caso sob comento.

Realce-se, de pronto, que os pacientes não são, **comprovadamente**, perigosos.

Em senso contrário, exsurge de toda a prova colhida tratar-se de cidadãos de vida anteacta inatacável, boa antecedência, com profissões e domicílios definidos, e não afeitos à trilha do crime.

Não bastasse isso tudo, vale adminicular-se que, na hipótese sob destrame, o decreto profligado veio estadeado também na presunção de reiteração da conduta delitual, sem quaisquer escoras na concretude dos fatos comprovados nos autos, ao haver a respeitável juíza de Ruy Barbosa asseverado: (...) “*O modus operandi* adotado e descrito pelas vítimas revela a periculosidade dos agentes, **integrantes da banda de pagode, New Hit, os quais aproveitaram-se de duas fãs, frise-se, duas adolescentes de 16 (dezesseis) anos, que adentraram no ônibus da banda para tirar fotos com seus ídolos, após a realização de um show, na micareta da cidade de Ruy Barbosa e com elas praticaram sexo**, o que constitui motivo suficiente para acautelar a sociedade, já bastante amedrontada com a onda de violência gratuita difundida no Estado, além do que demonstra a periculosidade dos flagranteados e o fundado receio de que a manutenção das suas liberdades coloquem em risco a dignidade sexual de outras fãs, restando justificado o sacrifício excepcional do status libertatis dos agentes, para garantia da ordem pública, não se podendo conceber que os indiciados continuem livres para repetir o hediondo crime”.

Nesta senda intelectual, a exegese que melhor calha à hipótese sob deslinde pode ser extraída de Roberto Delmanto Júnior, em sua nunca assaz citada obra “As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração” (Editora Renovar: Rio de Janeiro. São Paulo, 2001, p. 179), especialmente, quando ponderou não haver “como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”.

E prossegue o escoliasta, em lição diáfana:

“Com a referida *presunção de reiteração*, restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais de desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) e da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, §2º, c/c arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”.

A esse prol, vem, a talho, o ensinamento de Maria Lúcia Karam¹⁰:

“Naturalmente, assim como os juizes e tribunais, ao conceder a tutela cautelar consistente na prisão processual, não podem fundamentar sua decisão, utilizando-se de presunções (seja de periculosidade, de fuga, seja de que, se solto, o réu voltará a delinquir, como é

9 Roberto Delmanto Júnior. As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração. Editora Renovar: Rio de Janeiro. São Paulo, 2001, p. 184.
10 Maria Lúcia Karam. Prisão e Liberdades Processuais. In Ciências Criminais. v.2, p. 87.

comum encontrar em decisões judiciais), estando obrigados a indicar a ocorrência de fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida...”

Em percutiente análise, em derredor da prisão *ante tempus*, sob o argumento de eventual reiteração de ilícitos, estribilha Aury Lopes Jr., em lição paragonável, em tudo e por tudo, à hipótese solvenda:

“no que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública e sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a atos futuros”.

Resumindo-se, de um só lance, dir-se-á, forte em Amilton Bueno de Carvalho, que tal fundamentação vem estadeada em uma “futurologia perigosista” (cf. HC 70006140693, rel. Amilton Bueno de Carvalho, TJRGs, 5ª Turma), por sem dúvida, escorada, em mero vaticínio, ou em juízo apriorístico, na concepção kantiana, “antes da experiência”.

Demais ainda, o cárcere *ante tempus* dos pacientes, jamais, poderia acautelar a sociedade, conforme grafou a eminente e respeitável juíza da comarca de origem. É que, *venia concessa*, a prevalecer a lógica do raciocínio jurídico de sua Excelência, os instigadores mores do espraio de tal violência teriam sido, então, os próprios legisladores, constitucional e infraconstitucional, os quais, sempre, tendo, em mira, o princípio da não-culpabilidade, estatuíram a liberdade do acusado, como regra, e o seu encarceramento provisório, como exceção.

Sem se pretender, aliás, perquirição maior, neste passo, em derredor da violência e da criminalidade, muito menos, formular o contradiscurso da violência, diante do sistema penal, dir-se-á, pura e tão somente, que a leitura de sua fenomenologia deita suas raízes genéticas em várias causas e fatores, seja de origem histórica, seja de origem cultural, seja de origem política, seja, enfim, de origem psicossocial.

Como consectário, mais que inelutável, enfatize-se que, em tema de fundamentação de medida, tão extrema, que diz respeito ao *status libertatis* do cidadão, a lei não se coaduna com semelhante prática judiciária.

Ponha-se, em relevo, de outro viés interpretativo, que, em tema de prisão provisória, não se há de olvidar o seu caráter excepcional, tanto assim que sua decretação, ou manutenção, somente, são justificáveis, mesmo nos casos dos cognominados crimes “hediondos”, quando presentes dados concretos, conotando a sua **necessidade**.

Coerindo com tal entendimento, pontua o nunca assaz citado Aury Lopes Júnior que “neste terreno, a excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade devem caminhar juntas. Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a ultima ratio do sistema, reservada para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que Ferrajoli denomina ‘crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso’”¹¹.

Continua, ainda, o encimado autor, aduzindo que “o simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma falsa noção de ‘eficiência’ do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o

11 LOPES JR. Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Atualizado – Lei 12. 403/2011. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011, p.24.

que foi concebido para ser ‘excepcional’ torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente”¹².

Lenio Luiz Streck¹³, oráculo de consulta obrigatória, já pontuou que “a Lei não deve servir de bálsamo para aliviar o nosso pânico coletivo, produzido no imaginário social por uma espécie de ideologia do repressivismo saneador”.

Nesse volver interpretativo, repele-se a “legislação-álibi”, de caráter eminentemente simbólico, através da qual o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos¹⁴.

De igual sorte, *mutatis mutandis*, poder-se-ia asserir que a prisão preventiva não pode “servir de bálsamo para aliviar o nosso pânico coletivo, produzido no imaginário social por uma espécie de ideologia do repressivismo saneador”, tampouco, ser instrumento para que o Poder Judiciário descarregue-se da pressão da opinião pública, apresentando-se como sensível “às exigências e expectativas dos cidadãos”.

Noutras palavras, a essência da medida ante tempus desnatura-se, quando é impelida a cumprir “a função simbólica de pena antecipada, enquanto antecipa os efeitos psicológico-sociais da pena imediata e serve para restaurar a confiança do cidadão na vigência da normal penal através da coesão social”¹⁵.

Tressabe-se – só e somente ad *argumentandum tantum* - que a medida extrema arrostada não possui feição nítida de castigo, ou de escarmento, ou ainda de exemplaridade reparadora, manejada com indisfarçável carga emocional, ao sabor da própria sensibilidade do Juiz, circunstância não irrogável, na espécie, à ponderada e inteligente juíza da comarca de origem:

“O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada **a priori**”¹⁶.

Em outro enfoque argumentativo, dir-se-á, forte, mais uma vez, em Aury Lopes Jr. que “as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é instrumentalidade qualificada ou ao quadrado”. É importante fixar esse conceito

12 LOPES JR. Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Atualizado – Lei 12. 403/2011. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011, p.25.
13 *In As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais. Constituição - Cidadania - Violência*. A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. rev e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 14
14 Explica Kindermann que a legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.37-38.
15 Odone Sanguiné. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva** (Criminalista do Século). Org: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Editora Método, 2001, p.274..
16 Antônio Magalhães Gomes Filho. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.68

de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento)”¹⁷.

Em igual sentir, dilucida Roberto Delmanto Júnior: “acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”¹⁸. Em se distanciando deste propósito de instrumentalidade, a prisão preventiva servirá, tão-somente, “de inaceitável instrumento de justiça sumária”¹⁹.

Por oportuno, eis a lição modelar de Odone Sanguiné em cita remissiva a voto da lavra do Desembargador Vanderlei Borges: “mesmo em crimes graves, ‘a prisão processual nem sempre será condição para a eficácia da aplicação das leis repressivas, como se a idéia de uma justiça sumária melhor atendesse aos objetivos perseguidos. Ademais, ‘não é função da prisão preventiva satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, que para isso dispõe da instrumentação legal adequada. O critério de exemplaridade é, no sentir da moderna doutrina processualística ‘a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori’”²⁰.

Ainda, consoante as lições do predito autor, “a utilização da prisão preventiva com a finalidade de tranquilizar ou satisfazer os ânimos dos cidadãos ou a opinião pública apresenta o risco de fazer depender a privação da liberdade do imputado de fatores em grande medida emocionais, e ademais facilmente manipuláveis *ab externo*, como o grau de impressão ou excitação do conjunto social ante o fato”²¹.

Linhas adiante, arremata: “seria errôneo considerar que a prisão preventiva possa cumprir, com o fim de dar satisfação ao público, sentimento de justiça, ante o qual é suficiente processar penalmente o imputado. Na prática, todavia, a autoridade judicial se inspira às vezes nestes falsos critérios, como se a justiça fosse servidora da política ou, pior, da demagogia. Antes de que seja comprovada a perigosidade do imputado, tampouco é possível utilizá-la com tais finalidades: o que basta para rechaçar esta concepção da prisão preventiva entendida como *measure de sûreté*”²².

Em suma, a cautela processual não é alexetério, de uso universal e difuso, inclusive, utilizada como se fora represália ao pecado, mormente se aplicada como inflição antecipada de pena ou castigo, antes da hora azada.

Nesse sentido, eis paradigmático julgado da Corte Suprema em voto da lavra do Ministro Celso de Mello:

17_Aury Lopes Jr. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 121.**
18 Roberto Delmanto Júnior. **As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração.** Editora Renovar: Rio de Janeiro. São Paulo, 2001, p. 83.
19 Roberto Delmanto Júnior. **As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração.** Editora Renovar: Rio de Janeiro. São Paulo, 2001, p. 183.
20 Odone Sanguiné. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva** (Criminalista do Século). Org: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 265/267/268.
21 Odone Sanguiné. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva** (Criminalista do Século). Org: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 265/267/268.
22 Odone Sanguiné. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva** (Criminalista do Século). Org: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Editora Método, 2001, p.283.

EM E N T A: (...) A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir ou interferir na instrução probatória ou evadir-se do distrito da culpa ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira para obstruir, indevidamente, a regular tramitação do processo penal de conhecimento. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA,

SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que essa modalidade de prisão é necessária para resguardar a credibilidade das instituições. INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo de julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas “a posteriori”. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. HC 95290 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 01/03/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

Sublinhe-se que o Texto Magno fez entronizar, em seu corpo, o princípio do estado de inocência. Aliás, erigido pelo mesmo constituinte em status de vero dogma constitucional (CR/1988, art. 5º, LVII).

A partir de então, não deve haver apriorística perquirição de culpa de nenhum cidadão, com o escopo de legitimar sua segregação antecipada. Impende, pois, sobrelevar-se que nenhum acusado poderá ser preso sem as escoras que justifiquem a custódia cautelar provisória, sob pena de odiosa e iníqua restrição de sua liberdade e, sobretudo, sob pena de franco ultraje ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Como conseqüência, mais que inelutável, não haverá de subsistir, in specie, a prisão cautelar dos pacientes, uma vez que, inexistentes os requisitos da custódia preventiva, a regra é a soltura dos réus para defenderem-se, em liberdade.

Ponha-se em relevo, aliás, que a exegese, que melhor calha à espécie nodal é aquela que considera a liberdade provisória verdadeiro favor legis, e não, meramente, um favor judice. Curialíssimo, então, que presentes os requisitos legais, há obrigatoriedade normativa, cominada ao juiz, no sentido da concessão do benefício. Tanto assim que o legislador utilizou a expressão, encartada no caput do art. 310, do CPP, “deverá”, em vez de “poderá”. Logo, a concessão, aí, não se trata de simples faculdade, a ser mensurada, através do prudente arbítrio do julgador. A esse prol, melhor seria ouvir a voz dos tribunais:

“Liberdade provisória - favor legis e não favor judice - existência dos requisitos legais - obrigação e não faculdade do Juiz concedê-la”. (H.C. n.º 7.510 - TAMG - Rel. Juiz Costa Rios, in ob. cit., p. 86).

Resumindo-se, de um só lance, dir-se-á que as condições pessoais dos acusados, geminadas com a historicidade dos fatos prenarrados, demonstram que não há necessidade de salvaguardar-se, in casu, a ordem pública, tornando-se inarredável o direito dos pacientes à liberdade provisória ansiada.

Pontofinalizando-se, conhece-se, em parte, da ordem para, nesta extensão, concedê-la.



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0000031-09.2010.8.05.0146, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA, RELATOR (A): DESª. IVONE BESSA RAMOS, JULGADO EM 02.12.2014.

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CPB) E RESISTÊNCIA (ART. 329 DO CP). PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO E DE REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS. DELITO DE ROUBO MAJORADO NÃO NARRADO NA DENÚNCIA. EXORDIAL OMISSA QUANTO A PERPETRAÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTRA A VÍTIMA E O EMPREGO DE ARMA PELO APELANTE. SURGIMENTO POSTERIOR À INSTRUÇÃO DE PROVAS INDICATIVAS DA PRESENÇA DAS ELEMENTARES DO CRIME DE ROUBO. INOBSERVÂNCIA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ART. 384. MUTATIO LIBELLI. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A CONDENAÇÃO E A IMPUTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECONHECIDA, EX OFFICIO, A NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA EM DESFAVOR DE ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE ORDEM DE HABEAS CORPUS. ART. 256 DO RITJBA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da **Apelação n.º 0000031-09.2010.8.05.0146**, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro/BA, em que figura como Apelante **ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA** e como Apelado o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **DECLARAR, ex officio, a nulidade da sentença condenatória proferida em desfavor do Recorrente**, reputando-se prejudicada a análise do Apelo. Outrossim, de ofício, **CONCEDIDA Ordem de Habeas Corpus**, tudo nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA, através da Defensoria Pública Estadual, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pela MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Juazeiro/BA, que, julgando parcialmente procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou-o nos seguintes termos: pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso I do CPB, ao cumprimento de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, cada um equivalente a um trinta avos do salário mínimo vigente à época dos fatos; e pelo cometimento do crime do art. 329, § 2º, do CPB, à pena de 01 (um) ano e 28 (vinte e oito) dias de detenção, em regime aberto.

Narrou a Peça Acusatória que no dia 17.12.2009, por volta das 14:00 horas, nas proximidades da Praça da Bandeira, Comarca de Juazeiro/BA, o Acusado “avançou” contra o celular, marca Sony Ericsson, modelo w200i, cor preta, da vítima Vandilma Ferreira da Silva, subtraindo-lhe o aparelho.

Após os gritos de socorro da vítima, Policiais Civis perseguiram o Denunciado, que, durante a tentativa de fuga, desferiu dois tiros contra um Policial, além de abandonar a bicicleta na qual transitava e o objeto do roubo, no bairro de Angari.

Assim, o *Parquet Estadual* denunciou o Acusado ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA como incurso nas penas dos delitos capitulados nos arts. 157, § 2º, inciso I e 121 c/c o art. 14, inciso II, todos do CPB.

A Denúncia foi recebida em 11.01.2010 (fl. 36).

Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito condenatório acima mencionado, em desfavor do Réu ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA, no qual a conduta do Apelante capitulada no art. 121 c/c o art. 14, inciso II, ambos do CPB (Homicídio tentado) foi desclassificada para o crime do art. 329 do CP (Resistência) (fls. 128/133).

Inconformado, interpôs o Condenado Recurso de Apelação (fl. 135), apresentando suas razões às fls. 136/144. Na oportunidade, postula, em apertada síntese, pela reforma da Sentença, no intuito de que seja excluída a majorante do emprego de arma de fogo do crime de Roubo, bem como a fim de que as penas inflingidas sejam fixadas no patamar mínimo legal.

Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às fls. 145/152, pugnando pelo improvimento do Recurso e pela consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza.

Oportunizada sua manifestação, a Douta Procuradora de Justiça Cláudia Carvalho Cunha dos Santos opinou pelo conhecimento e provimento parcial do Apelo manejado, somente para que sejam reformadas as sanções corporais (fls. 176/184).

É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação do Eminentíssimo Desembargador Revisor.

VOTO

Integra o presente voto o Relatório submetido à apreciação do Exmo. Desembargador Revisor.

A Denúncia de fls. 02/03 imputa ao Apelante ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA a prática dos delitos previstos no art. 157, § 2º, inciso I e art. 121 c/c o art. 14, inciso II, todos do CPB.

No que pertine ao crime de Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, mister transcrever, *ipsis litteris*, a narrativa consignada na Peça Incoativa:

Narram os autos do inquérito policial que lastreia a presente que na tarde do dia 17 de dezembro de 2009, por volta das 14:00h, na Praça da Bandeira, centro desta cidade, ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA, ora denunciado, subtraiu para si um aparelho celular, marca SONY ERICSON, modelo w200i, de cor preta, pertencente à vítima VANDILMA FERREIRA DA SILVA. Relata a peça inquisitiva que a vítima transitava nas imediações do local supracitado, quando o denunciado “avançou” sobre seu aparelho celular no momento em que ela estava a colocar o mesmo no bolso de sua bermuda. Assustada, VANDILMA pôs-se a gritar por socorro, ocasião em que diversas pessoas, inclusive policiais civis, passara, a perseguir o indivíduo.

Resta evidente, da perfunctória leitura da Exordial Acusatória, que, malgrado o Órgão Ministerial haja imputado ao Recorrente o delito de Roubo, não se vislumbra descrição fática atinente ao emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa – circunstâncias elementares do aludido tipo penal – cingindo-se o Parquet a narrar a mera subtração do aparelho celular, o que, em tese, configuraria o delito de Furto (art. 155, do CP).

Por sua vez, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime de Juazeiro/BA, após analisar o arcabouço probatório, julgou, neste aspecto, procedente a Denúncia, para condenar o Apelante nas penas do delito de Roubo majorado. Para tanto, o Magistrado a quo alicerçou o Édito condenatório, precipuamente, na versão apresentada pela vítima durante seu interrogatório judicial (fl. 129 – grifos acrescidos):

Em relação à autoria, constata-se que essa não é de difícil verificação, porquanto o próprio acusado, tanto perante a Autoridade Policial, quanto na fase do contraditório, confessa ter praticado o assalto em face da vítima Vandilma Ferreira da Silva, somente negando o emprego de arma de fogo, ou que tenha agredido a ofendida.

Contudo, tais circunstâncias, no caso, a agressão à vítima – que teve seus cabelos puxados quando do anúncio do assalto – restou plenamente comprovado pelo quanto asseverado pela ofendida e demais provas carreadas aos autos. Vale destacar que a ação do denunciado em puxar o cabelo da vítima a deixou, inclusive, sem possibilidade de qualquer reação, até porque, quando se desvencilhou da agressão praticada pelo requerido e foi pedir socorro, este mostrou-lhe a arma de fogo, o que denota a existência de causa majorante do crime de roubo.

Cumprido frisar que **o fato de o agente somente ter mostrado a arma de fogo à vítima após ter se apoderado do bem subtraído não descaracteriza a incidência da majorante, porquanto ocorre o chamado ‘roubo impróprio’,** ou seja, com violência ou grave ameaça posterior à subtração.

Nesse sentido, de bom alvitre mencionar que para o emprego da causa de aumento não é necessária o emprego efetivo da arma de fogo, sendo necessário, tão somente, o portar de forma ostensiva, de forma a intimidar a vítima.

Constata-se que o Julgador primevo considerou que a conduta perpetrada por ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA amoldava-se ao crime de Roubo (art. 157, *caput*, do CPB) em razão do Réu ter agredido fisicamente a vítima com puxões de cabelo, na forma descrita pela Vandilma Ferreira da Silva. De outro giro, a fim de justificar a incidência da majorante do emprego de arma (inciso I, § 2º do art. 157 do CP), o Juiz sentenciante também enquadrou a ação de ter o Acusado mostrado a arma de fogo à vitima após a subtração do celular, na figura típica prevista no § 1º do art. 157 do CPB, o denominado Roubo impróprio, que se configura quando o agente, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência ou grave ameaça contra pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Sucede que os fatos declinados pelo Magistrado singular e utilizados para fundamentar a condenação do Apelante não estão descritos na Vestibular, a qual, consoante demonstrado alhures, sequer narra ter o Denunciado impingido qualquer espécie de violência contra a vítima no momento da subtração do aparelho telefônico, tampouco as agressões físicas que disse Vandilma Ferreira da Silva ter sofrido.

A Denúncia, outrossim, é omissa quanto ao uso da arma de fogo, de qualquer maneira, na empreitada delitiva do Roubo, ao passo que relaciona o emprego, pelo Réu, do artefato bélico somente em um segundo momento, para o cometimento de outro delito, o de Homicídio tentado contra o Policial que lhe perseguia – posteriormente desclassificado na Sentença fustigada para o crime de Resistência (art. 329 do CP). Neste ponto, aduz a Prefacial (fl. 02): *na perseguição, o denunciado desferiu dois tiros contra o policial civil CARLOS ROBERTO DE SOUZA, o qual respondeu também com dois disparos.*

A Peça Acusatória de fls. 02/03, pois, não contém a descrição das elementares que tipificam o crime de Roubo – seja ele próprio ou impróprio – mostrando-se os fatos pelos quais o Apelante ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA foi condenado, portanto, diversos daqueles constantes na Denúncia, em manifesta violação ao direito de defesa do Réu.

É sabido que a tipificação promovida pelo Órgão Ministerial dos fatos descritos na Exordial não é definitiva e tem por escopo estabelecer, inicialmente, os parâmetros a serem adotados no processamento do feito, a exemplo da competência jurisdicional e do procedimento aplicável. Destarte, é facultado ao Julgador a adequação de seu pronunciamento à narrativa fática contida na Denúncia, mediante a denominada *emendatio libelli*, prevista no art. 383 da Lei Adjetiva Penal, que dispõe: “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Não se pode olvidar, porém, que no Processo Penal Brasileiro vigora o Princípio do *jura novit curia* (Princípio da livre dicção do direito), pelo qual se entende que o Juiz conhece o direito, cancelando-se o Princípio narra *mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito), de sorte que o Acusado não se defende da capitulação dada ao crime, pelo Ministério Público, na Prefacial, mas, sim, dos fatos ali articulados. O Magistrado, dessarte, fica adstrito ao requisitório da Acusação, na medida em que, a despeito de efetuar a corrigenda da Peça Incoativa através da *emendatio libelli*, deve, obrigatoriamente, estabelecer uma exata correlação entre tudo o que foi relatado na Denúncia e a formação do seu convencimento.

Ao revés da *emendatio libelli*, o art. 384 do CPP preconiza a *mutatio libelli*, instrumento pelo qual o Juiz, observando que os fatos provados na instrução criminal não correspondem àqueles contidos na Prefacial, oportuniza ao Ministério Público o aditamento da Peça Inaugural, a fim de assegurar a obediência ao postulado normativo da correlação entre a imputação e a sentença:

Art. 384 do CPP - Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

A cogente atenção a estas premissas possibilita ao Réu a prévia e pormenorizada ciência dos fatos delituosos que lhe são imputados, garantindo-lhe a possibilidade de defender-se amplamente da acusação. Por conseguinte, a incongruência entre o Édito condenatório e a Denúncia, ante a total ausência de correlação entre as circunstâncias fáticas narradas na Inaugural e aquelas consignadas na Sentença, como no caso em espeque, afronta diretamente os Princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Na hipótese em testilha, constata-se que o Magistrado de piso, ao verificar o surgimento de provas indicativas da presença das elementares – emprego de violência e a utilização de arma de fogo – de crime diverso do descrito na Peça Incoativa de fls. 02/03, condenou o Apelante ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA pelo delito de Roubo majorado (art. 157, § 2º, inciso I, do CP), aplicando, contrariamente às determinações do art. 384 do CPP, o instituto da *mutatio libelli*, o que configura a absoluta e insanável nulidade do Édito obliterado.

Nessa linha intelectual, posiciona-se a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO QUALIFICADO PARA RECEPÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO. [...] 1. A inobservância do princípio da correlação entre a imputação e a condenação viola o princípio da ampla defesa e do contraditório, porque a nova realidade resulta de imputação tomada de surpresa no âmbito da instrução. [...] (STJ - Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 31/05/2011, T6 - SEXTA TURMA)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE ROUBO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA QUE NARRA O EMPREGO DE VIOLÊNCIA APÓS A SUBTRAÇÃO DA RES. [...] I - Se os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao crime de roubo simples e não sendo possível a *mutatio libelli* em segunda instância a teor da Súmula 453 do STF, incabível a condenação do réu por infração ao art. 157, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, em virtude de circunstância elementar não contida na denúncia. [...] (STJ - REsp: 1155927 RS 2009/0190521-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 18/05/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2010)

DIREITO PENAL - RECURSO DEFENSIVO - FATO NÃO NARRADO NA DENÚNCIA - CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ROUBO - AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A INICIAL ACUSATÓRIA E O DECRETO CONDENATÓRIO - INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 384 DO CPP - PRELIMINAR DEFENSIVA ACOLHIDA - SENTENÇA ANULADA. Se a sentença condenou o réu pela prática de crime cujas elementares não foram narradas nem mesmo implicitamente na peça vestibular e sem a observância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal, é de rigor a sua anulação. (TJ-MG - APR: 10024121544621001 MG , Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 21/05/2013, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 27/05/2013)

APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PRELIMINAR DEFENSIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A SENTENÇA E O FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 384 DO CPP. MUTATIO LIBELLI. NULIDADE. Réu denunciado pela prática do crime de furto qualificado, sendo condenado, em primeiro grau, como incurso nas sanções do crime de receptação, sem o devido aditamento à denúncia e nova instrução do feito. Ausência, na denúncia, dos verbos nucleares do tipo referido no art. 180 do Código Penal. *Mutatio libelli*, sem as providências do art. 384 do Código de Processo Penal. Tipos penais diversos. Nulidade insanável. Violação aos princípios da correlação, da ampla defesa e do devido processo legal. [...] (TJ-RS - ACR: 70052899648 RS , Relator: José Luiz John dos Santos, Data de Julgamento: 19/03/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/04/2014)

APELAÇAO CRIMINAL. PROCESSO PENAL. [...] VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E O DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA (ART. 384 DO CPP). CONDENAÇÃO POR FATO NAO DESCRITO NA DENÚNCIA. MUTATIO LIBELLI. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É nula a decisão judicial que não observa os princípios do contraditório e da ampla defesa, especialmente o princípio da correlação entre acusação e sentença, ou seja, a estrita correspondência entre o fato descrito na petição acusatória e o fato pelo qual o acusado foi condenado, por manifesta ofensa ao art. 384 do Código de Processo Penal. 2. Preliminar acolhida. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-PI - ACR: 201000010067586 PI , Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 21/10/2011, 2a. Câmara Especializada Criminal)

Frise-se, ainda, ser vedado ao Tribunal ad quem a aplicação da *mutatio libelli*, por força da exegese do comando sumular nº 453 do Supremo Tribunal Federal, que estatui: “não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”.

Constatado o *error in procedendo* e reconhecida a nulidade absoluta da Sentença condenatória de fls. 128/133 em preliminar de ofício, reputa-se prejudicada a análise do Apelo defensivo.

Por derradeiro, sem ingressar no mérito do real delito cometido, à vista do evento criminoso datar do ano de 2010 e considerando a necessidade de reabertura da instrução probatória, a manutenção da custódia cautelar do Apelante mostra-se desproporcional, devendo-lhe ser concedido, pois, o direito de aguardar o julgamento em liberdade. Desta feita, com fulcro no art. 256 do RITJBA, afasta-se o constrangimento ilegal que ora se abate sobre o Recorrente ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA, CONCEDENDO-SE, de ofício, Ordem de *Habeas Corpus* em seu favor, a fim de que sua prisão preventiva seja relaxada.

Digno de nota que o relaxamento da prisão do Acusado não inviabiliza a imposição de medidas cautelares diversas de prisão, nos termos dos arts. 282 e 319, ambos do CPP, pelo Juízo que preside o processo, bem como a prolação de novo decreto prisional em desfavor deste se, a qualquer tempo, sobrevierem novos motivos que justifiquem a adoção da medida extrema, com supedâneo nos arts. 311, 312 e 313 do mesmo Diploma Legal.

Ante todo o exposto, em razão de manifesta afronta aos Princípios da correlação, ampla defesa e contraditório, **DECLARA-SE, EX OFFICIO, A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE FLS. 128/133**, para

determinar ao Juízo de origem a adoção das providências previstas no art. 384 do Código de Processo Penal, prejudicada a análise da Apelação interposta por ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA.

Por corolário, CONCEDE-SE, de ofício, com espeque no art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal de 1988, Ordem de Habeas Corpus em favor do Apelante ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA, em razão do evidenciado constrangimento ilegal que o açoita. Em atenção à novel redação do art. 260 do RITJBA, EXPEÇA-SE, com a urgência que o caso requer, o Alvará de Soltura em favor do Réu ADAILTON SACRAMENTO DA SILVA, o qual deve ser posto *incontinenti* em liberdade, salvo se, por outro motivo, estiver preso.



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0000658-69.2000.8.05.0079, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, RELATOR (A): DES. LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, JULGADO EM 09.07.2013.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. APELANTES CONDENADOS, COMO INCURSOS NAS PENAS PREFIGURADAS NO ART. 157, §2º, I E II, C/C O ART. 288, AMBOS DO CPB, NA FORMA DO ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL, ÀS PENAS DEFINITIVAS DE 09 (NOVE) ANOS E 08 (OITO) MESES, DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALBERGAMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CRIME Nº 0000658-69.2000.8.05.0079**, em que são partes **J.L.N.S. E M.M.R.**, como apelantes, e o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, como apelado, **acordam** os Desembargadores, componentes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em **DAR PROVIMENTO AOS APELOS, à unanimidade**, nos termos do voto do Desembargador relator.

RELATÓRIO

De logo, há de ser encampado o relatório, albergado, na sentença de fls. 512/525, com espeque, no princípio da economia processual, havendo de acrescer-se, ainda, o quanto segue explicitado.

Buscam os apelantes a via recursal na tentativa de ver reformada a sentença a quo que os teria condenado pela prática dos crimes, precógnitos, no art. 157, §2º, I e II, c/c o art. 288, ambos do CPB, na forma do artigo 69 do Código Penal, às penas definitivas de 09 (nove) anos e 08 (oito) meses, de reclusão, em regime inicial fechado.

Pretendem os recorrentes, em suas razões, a reforma da sentença, postulando a absolvição, ao argumento de que inexistiriam provas suficientes a lastrear um édito condenatório, em desfavor deles, seja no que tangencia ao crime de roubo, seja no que toca ao crime de quadrilha.

O Ministério Público, em sede de contrarrazões, refuta as pretensões dos apelantes e pugna pela manutenção, *in totum*, da condenação, sob a alegativa de que o decisum hostilizado estaria em consonância com a prova carreada aos autos.

A Procuradoria de Justiça pronunciou-se pelo conhecimento e improvimento dos apelos.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, conhece-se dos apelos.

Pretendem os recorrentes, em suas razões, a reforma da sentença, postulando a absolvição, ao argumento de que inexistiriam provas suficientes a lastrear um édito condenatório, em desfavor deles, seja, no que tangencia ao crime de roubo, seja no que toca ao crime de quadrilha.

In specie, bem é de ver que o quadro probante - que emerge da instrução criminal - absolve os acusados dos rigores da postulação inaugural acusatória, já que, nos autos, nem com o auxílio de lupas aplanáticas, podem ser vistos os delitos que lhes foram imputados.

Chega a ser acaciana a assertiva de que o ônus da prova, no processo penal, é da acusação, em homenagem ao **princípio da não-culpabilidade**, uma vez que *“o natural nos homens é a inocência, pela qual se presume, correspondendo à acusação a obrigação da prova no juízo penal”*²³.

Forte, em Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini, dir-se-á que *“a regra probatória fundamentalmente exaure-se nas idéias de que quem acusa tem que provar”*²⁴.

É certo que, de tal ônus, não se desincumbiu, prestezmente, o órgão ministerial.

De pronto, há de haurir-se conclusão desenganada de que as declarações do corréu, J.C.S., encontram-se eivadas da pecha de parcialidade, sendo certo que, na hipótese solvenda, o seu interrogatório, isolado, não se presta a escorar uma condenação, como a ora sob destrame.

Sabe-se e ressabe-se, por sinal, que a chamada de corréu, isolada das demais provas dos autos, por si só, não é suficiente para lastrear a prolação de um *verdictum* condenatório.

Vislumbra-se, nos autos, haver o corréu, J.C.S., afirmado que:

“Que na verdade praticou o dito assalto, tendo como comparsas ‘Pirulito’, ‘índio’ e ‘Neilton’, este motorista do veículo usado para tanto; que Neilton estava de posse de um veículo locado e se ofereceu para aprontar uma e estando todo mundo duro aceitaram e foram a Porto Seguro sentar o aço no mercado, tomando a importância de setecentos e cinquenta e sete reais; (...) dito dinheiro foi dividido entre cinco pessoas, os quatro mencionados e ‘Cabelo’ que levou parte igual; (...) que se encontra nesta cidade faz cerca de dez dias e foi trazido por Braz, para meter assalto, entretanto, pensando num assalto que marcou para a empresa Brasileiro, preferiu nada fazer nesta cidade para não sujar; o assalto a citada empresa de ônibus iria ocorrer daqui mais uns dias; (...) que o Cabo Rocha e o Soldado Jorjão também fazem parte do grupo, inclusive o primeiro chegou a se reunir na casa dele com o interrogado, Braz e Pirulito, para marcar o dia do assalto (...)”

Conclui-se, inelutavelmente, que as declarações do corréu, J.C.S, não devem ser sopesadas como verazes. Por oportuno, eis os melhores escólios:

“Prova-isolada imputação de co-réu - insuficiência à condenação - Simples imputação de co-réu, quando não corroborada por outros elementos probantes, não constitui meio seguro de prova”

23 Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Buenos Aires: Libreria Editorial General Lovalle, 1945, p. 115

24 Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini. Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 196.

(Ac. un, da 4ª Câ. do TaCRim. de S. Paulo, in 2 Jurisp. Penal de Proc. Penal, de J.L.V. de Azevedo Franceschini, Vol. 8, pág. 410).

“No processo criminal, a imputação do co-réu somente tem valia probatória quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de co-réu para suporte de um veredito condenatório, porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com possibilidade de erros “judiciários”. (RT, 410:316).

Na trilha de excelência desse raciocínio, estribilha Mittermaier²⁵ :

“O depoimento do cúmplice oferece também graves dificuldades. (...) Têm-se visto, algumas vezes, criminosos, reconhecendo não poderem escapar à pena, esforçarem-se, em seu desespero, por arrastar outros cidadãos ao abismo, em que se despenham; outros, muitas vezes, denunciam cúmplices, aliás, inocentes, com o fim único de afastar as suspeitas daqueles que realmente tomaram parte no delito, e de tornar a instrução mais complicada ou mais difícil; ou, ainda, porque esperam, acusando as pessoas em posição eminente, obter o benefício de um tratamento menos rigoroso”.

O não menos clássico Enrico Altavilla²⁶ asseriu:

“Valor da chamada de co-réu (...) Os grandes tratadistas clássicos da prova não lhe têm atribuído grande valor.

Escrevia Mario Pagano (1): ‘Pode talvez suceder que, algumas vezes, os seus lábios, ao apontar o cúmplice, digam a verdade. Mas, ordinariamente, acontece que a sua indicação é instrumento de vingança, de maldade ou de esperada proteção. Isto equivale a dizer que a indicação do co-réu é maior número de vezes falsa que verdadeira”.

Genuzio Bentini, citado por Romeiro Neto²⁷ , timbra em afirmar que:

*“Chiamata di corréo e riconoscimento sono le braccia della croce sulla quale si inchioda l*innocenza”*

Em tradução livre: “Chamada do corréu e reconhecimento são os braços da cruz, em que se crucifica a inocência.”

Da doutrina alienígena, colhe-se a lição de Francisco Muñoz Conde²⁸ para quem:

“En realidad, la mayoría de los autores consideran que lás declaraciones de los coimputados o coacusados non son prueba, o que, en todo caso, no pueden ser consideradas al mismo nivel que la prueba testifical.”

25 C.J.A. Mittermaier. Tratado da prova em matéria criminal. Tradução: Herbert Wüntzel Heirinch. 2. Tiragem – Campinas: Book-seller Editora Ltda., 1997, p.260.

26 Enrico Altavilla. Psicologia Judiciária. Trad: Fernando de Miranda. São Paulo: Livreria Acadêmica Saraiva&Cia. Editores, 1946, v.2, p.163.

27 Romeiro Neto. Defesas Penais. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p. 48.

28 Francisco Muñoz Conde. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 71.

Em tradução livre: “Na realidade, a maioria dos autores consideram que as declarações dos coimputados ou coautores não são prova, ou que, em todo caso, não podem ser consideradas no mesmo nível que a prova testemunhal”.

Sobreleve-se, outrossim, que a predita declaração do corréu, J.C.S., foi feita, na fase inquisitorial, não havendo sido confirmada, em juízo.

Ponha-se, em relevo, que, em conformidade com a letra legalitária do art. 155, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida, em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão, só e somente, nos elementos informativos obtidos na fase investigativa.

No que pertine à predita norma processual, residente no art. 155, do pergaminho adjetivo penal, dilucida, percucientemente, Andrey Borges de Mendonça que:

“Portanto, em obediência ao princípio do contraditório, necessário que as provas produzidas no inquérito sejam judicializadas, ou seja, sejam repetidas em juízo, agora sim, observando-se o contraditório. É o que alguns autores chamam de *princípio da judicialização das provas*. Caso o magistrado baseasse a sentença condenatória em elementos produzidos exclusivamente durante o inquérito, estar-sei-a condenando com base em provas não coletadas sob o crivo do contraditório, em afronta direta a este princípio. Justamente por isto a nova legislação deixou claro que o magistrado deve se guiar, na fundamentação, pela prova produzida em contraditório judicial. **Entretanto, ao contrário do que era a intenção inicial do anteprojeto, o legislador não vedou que o magistrado considere os elementos informativos produzidos durante o inquérito policial para a condenação. A restrição constante é que o magistrado considere exclusivamente os referidos elementos.**” (Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p. 155).

Sublinhe-se, a propósito do tema decidendo, que há uma inderrogável garantia, ínsita ao processo penal democrático, a saber, todo imputado há de ser julgado “com base na prova judicializada²⁹”, enquanto garantia da jurisdição.

Por sinal, colhe-se da lição prestantíssima de Carnelutti³⁰, sempre um clássico, que:

“si se quiere restituir al procedimiento definitivo su función y hasta, me atrevería a decir, su libertad e su dignidad, es necesario tener el valor de cortar el cordón umbilical que lo liga a la encuesta preliminar. El proceso penal vive, en el curso de ésta, una especie de vida intrauterina, que debe ser rigurosamente separada de la vida extrauterina. Esto significa, fuera de toda metáfora, que la eficacia de las pruebas asumidas en el curso de la encuesta, debe limitarse a los fines de la encuesta; tales pruebas pueden servir solamente para la decisión del ministerio público sobre el punto de si debe o no debe pedir autorización del juez para castigar (...) **pero los elementos de convicción del juez no podrán ser proporcionados sino por lo que ha ocurrido ante él, o sea por lo que él ha visto u oído.**”

29 Aury Lopes Jr. Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 3. ed. Revista Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 261.

30 Francesco Carnelutti. Principios Del Processo Penal. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa- America, v. 2, p.111.

Em tradução livre:

“se se quer restituir ao procedimento definitivo sua função e até, me atreveria a dizer, sua liberdade e sua dignidade, é necessário ter o valor de cortar o cordão umbilical que o liga à investigação preliminar. O processo penal vive, no curso desta, uma espécie de vida intrauterina, que deve ser rigorosamente separada da vida extrauterina. Isto significa, fora de toda metáfora, que a eficácia das provas assumidas no curso da investigação, deve limitar-se aos fins da investigação; tais provas podem servir somente para a decisão do ministério público sobre o ponto de se deve ou não se deve pedir autorização do juiz para castigar (...) **porém os elementos de convicção do juiz não podem ser proporcionados senão pelo que ocorreu ante ele ou seja pelo que ele viu e ouviu.**” (Grifos na origem).

In *hipotesis*, as declarações do corréu, J.C.S., são meros atos de investigação, inerentes à investigação preliminar do inquérito. Quando tal ocorre, tais atos investigativos são de serventia vã, entremostrando-se cheios de andrajos, portanto, não podendo, sequer, serem considerados como uma simples prova peregrina.

Aliás, distinção comezinha merece ser feita entre atos de prova e atos de investigação, em consonância com a lição, sempre escorreita, de Aury Lopes Jr ³¹:

- “Assim, são **atos de prova** aqueles que:
- Estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação;
 - Estão a serviço do processo e integram o processo penal;
 - Dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final – tutela de segurança;
 - Servem à sentença;
 - Exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
 - São praticados ante o juiz que julgará o processo.
- Substancialmente distintos, os **atos de investigação** (realizados na investigação preliminar):
- Não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
 - Estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento dos seus objetivos;
 - Servem para formar um juízo de probabilidade e não a convicção do juiz para o julgamento;
 - Não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
 - Servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; [...]”

Como corolário, mais que inelutável, tais atos do inquérito não sinalizam caminhos, nem rumos aviventados e racionais, capazes de justificar um édito condenatório.

A breve trecho, dir-se-á, sem receio de engano, que tais atos de investigação que se evolvem da fase inquisitiva – se admissíveis fossem no caso solvendo – seriam provas caducas, sem lucidez e iluminura suficiente para escorarem uma condenação.

Demais disso, perlustrando-se os autos, vislumbra-se que a prova testemunhal produzida, durante a instrução probatória, afigura-se, por demais, frágil.

31 Aury Lopes Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, v.1, p. 492-493.

Realce-se que, *in hipotesis*, foram arrolados pela acusação, só e somente, agentes da polícia, que trouxeram argumentos vagos e imprecisos no que tangencia aos crimes que são imputados aos apelantes. Trata-se, em verdade, de testemunhas, que não presenciaram a prática de qualquer ato ilícito pelos insurgentes.

Ouçam-se os depoimentos dos agentes da polícia, Nilmar Batista Pereira e Gutemberg Correia Souza Magno, *ipsis verbis*:

“(…) “o depoente é o chefe do serviço de vigilância e investigação da Delegacia local onde compareceu o indivíduo conhecido como Ferrerinha, o qual registrou uma ocorrência sobre ser-lhe tomado de assalto um automóvel; relatou esse indivíduo que estava se dirigindo para Porto Seguro, a mando de um indivíduo de nome José Carlos, proprietário de um supermercado no Juca Rosa, para fazer cobranças de cheques, quando resolveu fazer o transporte de quatro indivíduos para aquela cidade, com o intuito de cobrar o valor da passagem, mas, no percurso fora assaltado pelos elementos, os quais lhe deixaram na localidade de Trancoso, em Porto Seguro, donde o Ferreirinha viera à pé; como ocorreu um assalto na localidade de Vera Cruz e havia sido utilizado um automóvel Uno, com as mesmas características dadas pelo Ferreirinha e que o automóvel fora abandonado nesta cidade, o depoente não acreditou de logo na versão, pois, além disso, o Ferreirinha não apresentava condições de cansaço físico compatível com quem houvera andado aquela distância à noite; ademais, não se dirigiu logo à Delegacia para relatar a ocorrência; então o depoente começou a investigar-lhe e Ferreirinha terminou por admitir que efetivamente participara do assalto em Vera Cruz, na função de “cavalo (o responsável pela transporte dos demais agentes)” e que haviam tomado parte no assalto Índio, Pirulito e José Carlos, os quais estavam escondidos no Bairro Juca Rosa; o depoente formou uma equipe juntamente com o policial Magno e mais dois policiais e rumaram para o local indicado, onde prenderam, José Carlos, Jôze e Neilton, sendo que José Carlos portava um revólver calibre 38 na cintura; levados para a Delegacia, José Carlos de plano disse que não era necessário fazer-lhe muitas perguntas, nem usar de brutalidade pois eles haviam feito o assalto a mando dos policiais Cabo Rocha, Jorjão e Moura Júnior; disse, ainda, que o plano era fazer uma assalto maior, no Bradesco ou na Expresso Brasileiro, pelo volume de dinheiro por estas movimentado e que aquele assalto que fizeram foi porque estavam sem dinheiro; José Carlos ainda relatou que fora trazido de São Paulo pelo indivíduo conhecido como Braz, que, por sua vez, tinha ligação com os Militares, também foi dito que houve uma reunião dos integrantes da quadrilha na sede da Companhia da Polícia Militar e outra em Itabela, sem especificar em que local, onde trataram sobre a oportunidade e a escolha de uma local para fazerem um assalto de grande porte; dos réus conhecia apenas o Ferreirinha, o qual andava com um advogado já falecido; e que já tinha passagens na polícia “por causa de cheques”; Braz também esteve preso pela mesma razão(...) que Braz disse à sua genitora, durante uma visita desta à delegacia, que a mesma procurasse Jorjão, a fim de que este constituísse um Advogado para defendê-lo, se não ele iria dizer muita coisa”; que ouviu comentário na Delegacia, entre policiais, de uma “extorsão em Porto Seguro envolvendo o cabo Rocha, Moura Júnior e um Gringo” (...) (fls. 337/338). “(...) que após a prisão de Ferreirinha, o depoente se deslocou para o bairro Juca Rosa, onde efetuou a prisão dos indivíduos José Carlos, Jôze, e o primo desta, aqui presente, em virtude do cometimento de um assalto, no dia anterior, na comunidade de Vera Cruz, então o José Carlos disse que não era necessário tocar a mão nele, pois tinha policiais envolvidos,

citando os nomes do cabo rocha, Jorjão Moura Junior, e o do individuo conhecido como Braz; os detidos foram conduzidos para a Delegada e entregues para a autoridade Policial que prosseguiu com as investigações(...) que José Carlos revelou que fora trazido para esta cidade por Braz, o qual aqui lhe apresentou ao restante, ou seja, o pessoal da PM: que ouviu falar do envolvimento de Braz com Jorjão (...) que José Carlos se expressou “para não lhe tocar a mão, para que a Policia não agisse com rigor, pois estava com um revólver 38 na cintura”; que José Carlos já fez a revelação do envolvimento dos militares, no próprio local onde fora preso, na presença do depoente; que houve um fato envolvendo uns cheques de uma Senhora e no qual se apontou a participação de Braz, Jorjão e um indivíduo, já falecido, conhecido como “Zé Pequeno”. (339/340)

Sobreleve-se que não se defende, na trilha de excelência desse raciocínio, que os depoimentos das testemunhas, arroladas pela acusação, não sejam válidos e legítimos, pelo só fato de serem agentes da polícia, convindo, nesse passo, sublinhar que, em diversos julgados deste órgão colegiado tem-se conferido especial relevância aos depoimentos de tais agentes, até porque a lei não estadeia qualquer empecilho em casos que tais. O que se está defendendo nesta toada é que a prova, emergente da dilação processual, não se mostra altaneira ou suficiente, a ponto de servir de escoras a um édito condenatório, máxime diante da fragilidade prenarrada.

É fato incontroverso que as testemunhas arroladas pela acusação não presenciaram os fatos. Testemunhas, pois, *de auditu*, de ouvir dizer. É de comum sabença que, no processo criminal, as afirmações dessas “testemunhas auriculares - qualificação atribuída a toda testemunha que afirma, ou declara, por ouvir dizer”, são desvaliosas. Vide, a propósito, Plácido e Silva, *in* Vocabulário Jurídico – V. III a IV, verbete – testemunha.

A propósito da desconfiança e falibilidade do testemunho de auditu, ou testemunho conteste, ouçam-se os escoliastas da matéria:

François Gorphe (La critique du temoignage, 2.. ed., p.21-22), anotando, na edição de 1927 da sua grande obra, que vários sistemas legislativos proscrevem, em princípio, o testemunho indireto, não vacilou em apregoar:

“O testemunho indireto, *ex credulitate*, como, outrora, o chamavam os legistas e canonistas, em oposição ao testemunho *ex scientia*, tem sido, sempre e em toda parte, objeto de uma desconfiança legítima³²” .

Também Malatesta³³, inspirado em Carnelutti, critica o testemunho de segundo grau, ou ulterior:

“Se, ao contrário, a testemunha narra ter percebido, em lugar do delito mesmo, uma prova do delito, tem-se uma prova indireta de grau ulterior . A esta última categoria pertence o testemunho de auditu, chamado também testemunho conteste, o qual se tem quando a experiência da testemunha se refere ao testemunho alheio (testemunho da testemunha: a testemunha narra não o que ela mesmo viu, mas o que outro lhe havia narrado ter visto)”.

32 Apud Eduardo Espínola Filho. Código de Processo Penal Anotado. 5..ed., atualizado de acordo com a legislação e a jurisprudência, abrangendo o processo por crimes eleitorais. Rio de Janeiro: Editora Rio, VII, p.92.

33 Malatesta. Lógica das Provas em Matéria Criminal. Traduzido por Alexandre Augusto Correia. Anotações de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Edição Saraiva, 1960, v. I, p.91

Por igual, Francisco Carnelluti³⁴, em lição de rara maestria, pontuou:

“A prova indireta distingue-se, portanto, em prova indireta de primeiro grau ou de grau ulterior, segundo ela sirva para estabelecer diretamente a existência do fato a prova ou dê uma prova indireta dele (...); assim, a testemunha que narra ter ouvido um fato por quem o viu é uma prova indireta de segundo grau do fato, (...) Não é necessário acrescentar que quanto mais se eleva o grau da prova, e com ele cresce a distância entre a prova e o fato a provar, diminui proporcionalmente seu valor; não se exclui que mesmo provas indiretas de segundo grau ou de grau ulterior podem ser eficazes, mas os perigos do erro tanto mais se insinuam quanto mais se multiplicam o número de juízos dos quais a existência ou inexistência do fato a provar é o produto”.

Enfim, testemunhos precaríssimos, os arrolados pela acusação. Não flagraram os recorrentes nas práticas delitivas. Colhe-se, no espectro das irrepreensíveis lições dos escoliastas da matéria decidenda, que, *in casu*, não ocorreu aquela “aclamação, o anúncio preciso, firme, enérgico, que aponta e indica o criminoso (...) o alarme que provoca o fato criminoso, o **arroído**, se quisermos ressuscitar a expressiva denominação da legislação dos tempos coloniais...”, di-lo-ia Eduardo Espínola Filho³⁵.

Tampouco percebe-se, no caso, a hipótese de quem acabava de cometer a infração, ainda na esfera do flagrante propriamente dito ou real, exatamente, porque não restaram “vestígios quentes, ainda, ou cinzas fumegantes”, no dizer de Garraud, em cita remissiva de Espínola, na obra mencionada, mesma página, 325.

Mas, no processo penal, hipóteses, ilações e suposições, por maior ilusão que se tenha, sequer são indícios suficientes para a caracterização de autoria, muito menos, para autorizarem uma condenação.

Portanto, não devem os prenarrados depoimentos escudar as condenações dos apelantes, dada a inconsistência das declarações em derredor dos fatos.

Adite-se ainda que o corréu, Neilton Félix Nascimento dos Santos, confessou, em juízo, a autoria delitiva, asseverando ainda que “nunca teve contato com o cabo Rocha e o soldado Jorge Luiz para tratar de ações criminosas”. (*sic*. fl. 149)

Pelo quanto predelineado, conclui-se, inequivocamente, que a instrução probatória ressen-te-se de higidez jurídica. É inelutável, assim, que o esqualido manancial probatório encerra um rosário interminável de contradições inamomíveis.

Resumindo-se, de um só lance, afiance-se, sem receio de equívoco, que o acervo probando não projeta luzes, mas sombras, ou até mesmo forma um denso nevoeiro incapaz de permitir ao julgador uma visão límpida e translúcida de conjunto, ainda que se utilize, para tanto, de um farol de milhas.

Nessa senda intelectual, por sem dúvida, há de ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, dada a total insuficiência de provas, *in specie*.

Numa palavra, dir-se-á que não basta a mera probabilidade, é preciso certeza para haver condenação, uma vez que “uma só condenação injusta é mais fatal à tranquilidade humana que dez absolvições imerecidas³⁶”.

“A acusação deve apresentar provas incontroversas da existência do delito e convincentes da culpabilidade do delinqüente, nunca podendo a suspeita, que abre caminho à dúvida, ser fundamento para uma condenação, pela necessidade de não se impor jamais pena a um inocente³⁷”.

Ecoa, a una voce, na acústica doutrinária e jurisprudencial, que uma decisão condenatória somente é possível diante de um juízo de certeza, porquanto, como bem dilucida Nelson Hungria³⁸ „ “a verossimilhança, por maior que seja, não é jamais, a verdade ou a certeza, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um possível delinquente é condenar um possível inocente.”

Afinando-se pela mesmíssima clave, estribilha Inocêncio Borges da Rosa³⁹ , com o alíneo que lhe é peculiar:

“O acusado deve ser absolvido quando, em qualquer espécie ou elemento de prova, torne racionalmente crível a hipótese da sua inocência.”

Didaticamente, ensina Romeiro Neto⁴⁰, com esplendorosa lucidez:

“Alguma coisa capaz de produzir a certeza, porque sem a certeza, aquela que o apóstolo Tomé queria ter quando recebeu a notícia da ressurreição do Cristo – *mittere digitum in locum clavorum* - meter o dedo no lugar do cravo - tocar a certeza, senti-la, seria impossível condenar. Essa é a certeza que o juiz escrupuloso deve reclamar para justificar uma condenação”.

Nesse mesmo sentir, René Floriot⁴¹ já asseriu, enfaticamente, que “a dúvida deve sempre provocar a absolvição. Torna-se cem vezes mais angustiante desonrar e aprisionar um inocente do que deixar sair em liberdade um criminoso”.

A propósito, melhor seria evocar o clamoroso erro judiciário, de que foi vítima Manuel da Mota Coqueiro⁴² , através da narrativa comovente de José do Patrocínio:

Mota Coqueiro tornara-se amante de Chiquinha, filha de Francisco Benedito da Silva, cujo romance não obteve a aprovação paterna. Tanto assim que Mota Coqueiro chegou a ser surrado por Benedito da Silva. Em represália, Mota Coqueiro pressiona Benedito da Silva, seu agregado, a deixar a fazenda de sua propriedade, juntamente, com a sua família, composta de oito pessoas. Além disso, escravos, dias antes, tentaram invadir a casa de Benedito da Silva. Nesse clima de graves desavenças, dias depois, Benedito da Silva e sua família apareceram mortos. Uma tragédia, verdadeiro morticínio. Principal suspeito, Mota Coqueiro é acusado e tem que fugir. Afinal, Mota Coqueiro foi preso, perto de Campos, em 23 de outubro de 1852, e escoltado para responder a processo. O que havia contra ele era o depoimento de

34 Francisco Carnelluti. Lições sobre o Processo Penal. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 283-284

35 Eduardo Espínola Filho. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. III.p. 324-325.

36 Nicolas Flamarino Malatesta. Lógica das Provas em Matéria Criminal. Traduzido por Alexandre Augusto Correia. Anotações de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Edição Saraiva, 1960, v. I, p.91

37 Aloísio Sayol de Sá Peixoto. Acusação de Homicídio Suicídio. Goiânia: Livraria e Editora Cultura Goiana, 1976, p.335.

38 Nelson Hungria. Comentários ao Código Penal. 4.ed.. Rio de Janeiro: Forense, v. V, p. 59

39 Romeiro Neto. Defesas Penais. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p.39

40 Romeiro Neto. Defesas Penais. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p.39

41 René Floriot. Erros Judiciários. Lisboa: Cia Editora do Ninho, p.347

42 Mota Coqueiro e a pena de morte. José do Patrocínio. 1852. Macaé - Rio de Janeiro apud. R.B. de Magalhães Júnior . A vida Turbulenta de José do Patrocínio. 2. ed. São Paulo: Lisa, 1971, p. 47

um inspetor de quartelão. O mais eram indícios, provas circunstanciais, testemunhos de pessoas que tinham “ouvido dizer”, o que não impediu que Mota Coqueiro fosse chamado pela imprensa de Campos, “a fera de Macabu”. Após processado, foi julgado e condenado a morrer na forca. Seu advogado entra com um pedido de graça ao Imperador. No entanto, o Conselho de Estado, examinando o pedido de graça, entendeu que: “o réu não merece a Imperial Clemência”. O Imperador, limitando-se a apoiar a decisão, despachou: “Como parece”. E a justiça seguiu seu curso inexorável. Seguiu seu caminho. Mota Coqueiro finalmente foi enforcado em 06 de março de 1855. Vinte e dois anos depois, já moribundo, um homem, conhecido por Herculano, confessa ao filho o segredo: havia sido ele o verdadeiro autor da terrível chacina. Mota Coqueiro morreria inocente por um crime que não cometera. Daí, para cá, nunca mais o Imperador decretou a pena de morte. Sempre a comutava em pena de prisão perpétua. Retratando, indignadamente, o terrível erro judiciário, José do Patrocínio bradou: “Não pode haver maior torpeza do que condenar a quem não mereceu a condenação”.

Tão infamante erro judiciário mancha a história do processo penal brasileiro. Nada horroriza tanto a consciência humana quanto a imolação da inocência no altar do sacrifício. Infelizmente, a história tem sido pródiga desses exemplos trágicos que tanto martirizam a inocência.

Mas é preciso aprender a lição extraída de tão trágico e doloroso episódio, para que outros erros judiciais não sejam cometidos por quem tem a tarefa de julgar.

Pontofinalizando-se, não se pode olvidar a advertência de Souza Neto 43:

“A justiça só vive da prova. Só o arbítrio se alimenta do monstro da presunção. A dúvida é a certeza dos loucos. Esses são julgados, não julgam.”

Ora, como visto, à sobejidão, basta a precariedade da prova, a dúvida, a incerteza da prova, coligida na fase contraditória, para que o juiz proclame o non liquet, absolvendo o imputado.

De tudo quanto asseverado, haverá de se haurir conclusão desenganada de que, *in hipotesis*, não há, de capa a capa do processo, prova ou indício veemente, como quer a lei, da autoria delitiva, que justifique um édito condenatório em desfavor dos recorrentes, J.L.N.S. E M.M.R., motivo pelo qual é inarredável proclamar-se as suas absolvições, com espeque no art. 386, V, do CPP.



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0000009-28.2009.8.05.0261, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA, RELATOR (A): DESª. IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ, JULGADO EM 05.02.2015.

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE OUVIDA DE UMA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DA EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A TRAFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE

43 Souza Neto. A mentira e o delinqüente. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, p.80.

- EVIDENCIA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CONDIÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS FAVORÁVEIS AOS APELANTES, QUE AUTORIZAM A FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL, BEM COMO, A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME.
1. Tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006). Sentença condenatória. Réus soltos.
 2. Apelo defensivo do réu José Amâncio da Silva, que pugna, preliminarmente, pela nulidade do processo, por cerceamento de defesa, pelo fato de não ter sido ouvida uma das testemunhas arroladas pela defesa e, no mérito, pela absolvição do apelante. Apelo defensivo da ré Ediana Maria de Jesus que pugna pela absolvição da apelante e, alternativamente, pela redução da pena imposta.
 3. Contrarrazões do Ministério Público que pugnam pela manutenção da sentença em todos os seus termos.
 4. Opinativo da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial dos apelos, para que os apelantes sejam absolvidos pelo crime tipificado no art. 35 da Lei de Drogas e a fim de que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da mesma lei.
 5. Ausência de ouvida de uma das testemunhas de defesa. Prejuízo não demonstrado. Preliminar rejeitada.
 6. Imprescindível para a caracterização do crime de associação para o tráfico o dolo de se associar com estabilidade e permanência para a traficância, o que não restou comprovado nos autos, impondo-se a absolvição dos apelantes quanto a este crime, tipificado no art. 35, da Lei nº. 11.343/2006.
 7. Autos que evidenciam, por sua vez, através do auto de exibição e apreensão, laudos periciais, interrogatório judicial e depoimentos de testemunhas em juízo, que no dia 02.01.2009, por volta das 16:55h, em frente ao Posto Brasil, localizado no Distrito de Caldas do Jorro, município de Araci/BA, a apelante Ediana Maria foi flagrada, por prepostos da Polícia Militar, transportando duas pedras de “crack” que pesavam cerca de 40g, após prévio acordo com o corréu José Amâncio. Manutenção da condenação pelo crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, da Lei nº. 11.343/2006.
 8. Dosimetria. Condições objetivas e subjetivas favoráveis aos apelantes que autorizam a fixação da pena no mínimo legal, bem como, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
 9. Apelos conhecidos e parcialmente providos. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº. 0000009-28.2009.8.05.0261, da Comarca de Tucano, em que figuram como apelantes EDIANA MARIA DE JESUS e JOSÉ AMÂNCIO DA SILVA, e como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento parcial aos apelos, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra EDIANA MARIA DE JESUS, vulgo “Liu”, e JOSÉ AMÂNCIO DA SILVA, vulgo “Zé da Dalvinha”, qualificados nos autos pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei nº. 11.343/2006.

Consta na peça acusatória, em síntese, que no dia 02.01.2009, por volta das 16:55h, em frente ao Posto Brasil, localizado no Distrito de Caldas do Jorro, município de Araci/BA, a denunciada Ediana Maria foi flagrada, por prepostos da Polícia Militar, transportando pedras de “crack” que pesavam cerca de 40g, e que seriam destinadas a venda, após prévio acordo com o corréu José Amâncio.

A peça acusatória foi instruída com o Inquérito Policial de fls. 04/35. Auto de exibição e apreensão à fl. 12.

Laudos provisórios e definitivo de constatação da droga às fls. 15, 75 e 82/83.

Defesa preliminar às fls. 67/70 e 76/79.

Decisão de recebimento da denúncia à fl. 110.

Termo de qualificação e interrogatório dos réus às fls. 149/151 e 152/154. Depoimentos de testemunhas de acusação às fls. 189/191 e de defesa às fls. 192/193 e 197/198.

Alegações finais do Ministério Público às fls. 202/203 e da defesa às fls. 205/206 e 208/209.

Sobreveio sentença às fls. 210/219, julgando procedente a denúncia, para condenar os réus como incursores pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei nº. 11.343/2006.

Aplicou-se aos réus, em relação ao crime de tráfico de drogas, a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa. Em relação ao crime de associação para o tráfico, a pena-base de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 900 (novecentos) dias-multa. Penas finais e definitivas de 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Foi concedido aos réus o direito de recorrer em liberdade. Intimação pessoal da sentença à fl. 223v.

A defesa de Ediana Maria de Jesus interpôs, tempestivamente, recurso de apelação (fl. 224), tendo apresentado as devidas razões às fls. 225/227, pugnando pela absolvição da apelante e, alternativamente, pela redução da pena imposta.

A defesa de José Amâncio da Silva interpôs, tempestivamente, recurso de apelação (fls. 230/231), tendo apresentado as devidas razões às fls. 239/241, pugnando, preliminarmente, pela nulidade do processo, por cerceamento de defesa, pelo fato de não ter sido ouvida uma das testemunhas arroladas pela defesa e, no mérito, pela absolvição do apelante.

Em contrarrazões (fls. 243/254 e 267/271), o Ministério Público pugnou pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às fls. 274/281, manifestando-se pelo conhecimento e provimento parcial dos apelos, para que os apelantes sejam absolvidos pelo crime tipificado no art. 35 da Lei de Drogas e a fim de que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da mesma lei.

É o relatório.

VOTO

Verificada a tempestividade dos recursos e os demais requisitos de admissibilidade recursal, passo à análise dos pleitos defensivos.

Inicialmente, a defesa do réu José Amâncio arguiu preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não foi ouvida uma das testemunhas arroladas pela defesa.

No entanto, a defesa não logrou êxito em demonstrar eventual prejuízo, que é essencial para o reconhecimento de qualquer nulidade, seja ela absoluta ou relativa. Nesse sentido: “*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*” (art. 563 do CPP)

Ademais, compulsando os autos, verifica-se que a ouvida da testemunha arrolada não foi efetivada por conta de equívoco da própria defesa quanto à sua identificação (195v).

Preliminar rejeitada.

Mérito.

Os autos evidenciam, através do auto de exibição e apreensão, laudos periciais, interrogatório judicial e depoimentos de testemunhas em juízo, que no dia 02.01.2009, por volta das 16:55h, em frente ao Posto Brasil, localizado no Distrito de Caldas do Jorro, município de Araci/BA, a apelante Ediana Maria foi flagrada, por prepostos da Polícia Militar, transportando duas pedras de “crack” que pesavam cerca de 40g após prévio acordo com o corréu José Amâncio, razão pela qual deve ser mantida a condenação pelo crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, da Lei nº. 11.343/2006.

Vejamos.

“(…) aí compareceu o apresentante SD PM Edilson Reis, já qualificado nos autos, exibindo à autoridade 2 (duas) pedras de droga conhecida por ‘crack’ envolvidas num plástico de cor preta, amarrado por um plástico na cor branca, que foi apreendida em poder da flagranteada Ediana Maria de Jesus, conhecida por ‘Liu’, fato ocorrido no dia de hoje, por volta das 16:20h, no distrito de Caldas do Jorro, em frente ao Posto de Combustíveis Brasil.” (Auto de exibição e apreensão – fl. 12).

O laudo toxicológico definitivo de fls. 82/83 detectou no material apreendido “a substância benzoilmetilecgonina (cocaína).”

A confissão judicial da apelante Ediana Maria e os depoimentos de testemunhas em fase de investigação policial e em juízo fortalecem o manancial probatório.

“Que Zé foi até Feira de Santana comprar crack para trazer para o Jorro; que a depoente sabia disso; que quando eles estavam em Feira aguardando o carro para Serrinha, Zé entregou um pacote com crack, para que a interroganda guardasse em sua bolsa; que a interroganda pegou o pacote de crack e guardou em sua bolsa, sem questionar nada; (...) que em Jorrinho, perto do posto, a interroganda e Zé foram abordados por policiais; (...) que a interroganda entrou no banheiro do ônibus e colocou a droga na calcinha; que a interroganda e Zé desceram do ônibus no Posto Brasil; que Zé disse que ia tomar água e voltaria, mas não voltou e, em seguida,

a interroganda foi pega por policiais; (...) que a própria entregou a droga que estava escondida em sua calcinha; (...) que Zé convidou a interroganda para esta viagem afirmando que a mesma tinha presença e ninguém desconfiaria da mesma; que a interroganda sabia a finalidade da viagem desde a ida; que a quantidade da droga era um pouco maior que uma caixa de fósforo; (...) que disse para a interroganda que daria 40 reais pelo transporte da droga”. (Ediana Maria de Jesus – fls. 149/151).

“Que confirma na íntegra o depoimento prestado na DEPOL, à fl. 07; que a própria acusada pegou a droga dentro da roupa; que a acusada informou que a droga era de Zé da Dalvinha; que a acusada declarou que transportou a droga a pedido de Zé da Dalvinha; (...)”. (Testemunha André Sapucaia Pereira – fl. 189)

Na DEPOL, a testemunha André Sapucaia afirmou “que no dia de hoje encontrava-se de serviço de rádio patrulha juntamente com os SDs Edilson e Barreto e por volta das 16:00h, a central informou que dois indivíduos conhecidos por ‘Zé da Dalvinha’ e ‘Liu’ estavam vindo de Feira de Santana com destino a Tucano, transportando droga, dentro do ônibus da empresa Santana”. (fl. 06)

No mesmo sentido foram os depoimentos das testemunhas Edilson Bastos e José Hamilton Barreto (fls. 05/09 e 190/191).

As testemunhas de defesa não presenciaram a abordagem policial, nada sabendo informar sobre os fatos descritos na denúncia.

Em que pese a negativa de autoria do apelante José Amâncio, diante do farto conjunto probatório, resta evidenciada a prática do tráfico de drogas pelos apelantes, não merecendo prosperar, quanto a este crime, o pleito absolutório.

Por outro lado, inexistem nos autos provas seguras e incontroversas quanto ao vínculo associativo estável e permanente para a traficância, impondo-se a absolvição dos apelantes pelo delito tipificado no art. 35 da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

“Ausentes o ânimo associativo, a estabilidade e a permanência da associação, não há como manter a condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico. (...) Apelo parcialmente provido”. (TJ-MG - APR: 10471120122117001 MG , Relator: Flávio Leite, Data de Julgamento: 30/09/2014, Câmaras Criminais/1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/10/2014).

“(…) 2. O acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo permanente, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação criminosa. Atipicidade reconhecida. 3. Reconhecida a atipicidade da conduta de associação eventual para o tráfico de drogas, o édito condenatório perdeu seu único argumento para negar à Paciente a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, considerou o acórdão impetrado que a condenada, ora Paciente, não preenche os requisitos legais para a concessão da benesse por integrar associação criminosa. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial

fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 5. Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal. 6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para cassar a condenação no tocante ao crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 (...).” (STJ - HC: 248844 GO 2012/0148550-7, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/05/2013)

Dosimetria.

Trata-se de réus primários e de bons antecedentes criminais, sendo-lhes as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP favoráveis. Ademais, não há provas nos autos de que integrem atividade criminosa ou que se dediquem à atividade criminosa, sendo cabível a aplicação da pena no mínimo legal, bem como, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006.

Por tais razões, aplica-se aos apelantes, quanto ao crime de tráfico de drogas, a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa. Diante da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, reduzem-se as penas na razão de 2/3, fixando-as em definitivo em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, além de 188 (cento e oitenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo. Tratando-se de pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos e preenchidos os demais requisitos previstos no art. 44 do CP, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

Apelos conhecidos e parcialmente providos. Decisão unânime.



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0116134-83.2009.8.05.0001, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA, RELATOR (A): DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, JULGADO EM 12.05.2015.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (EXTORSÃO), A UMA REPRIMENDA DE 4 (QUATRO) ANOS, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA, CADA UM FIXADO EM 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO.

PRETENSÕES RECURSAIS:

1) ARGUIDAS AS SEGUINTE PRELIMINARES:

1.1) ILEGALIDADE DO FLAGRANTE PREPARADO E A CONSEQUENTE NULIDADE DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS. AFASTAMENTO. INOCORRÊNCIA DO FLAGRANTE PROPRIAMENTE DITO. CRIME DE EXTORSÃO FORMAL, QUE JÁ TERIA SE CONSUMADO ANTERIORMENTE, QUANDO O APELANTE, SEM QUALQUER PROVOCAÇÃO POLICIAL, CONSTRANGEU A VÍTIMA. SÚMULA 96 DO STJ. APELANTE SURPREENDIDO QUANDO TENTAVA AUFERIR A VANTAGEM INDEVIDA, SITUAÇÃO

EQUIVALENTE AO EXAURIMENTO DO CRIME. EVENTUAL IRREGULARIDADE NO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO, AINDA QUE EXISTENTE, NÃO TERIA O CONDÃO DE MACULAR A AÇÃO PENAL, POR SEU CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO.

1.2) CERCEAMENTO DE DEFESA E, POR CONSEQUENTE, A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS A PARTIR DA APRESENTAÇÃO DO LAUDO DE FLS. 196/203. REJEIÇÃO. REALIZADA AUDIÊNCIA EM MOMENTO POSTERIOR À JUNTADA DO LAUDO, SEM QUE A DEFESA TENHA REQUERIDO DILIGÊNCIAS. CONVICÇÃO DO MAGISTRADO FORMADA TAMBÉM COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. LAUDO QUE, DESCONSIDERADO, NÃO ALTERARIA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO. NE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

2) MÉRITO RECURSAL:

2.1) PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR NÃO HAVER PROVA VÁLIDA DA EXISTÊNCIA DO FATO OU SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. SUFICIENTEMENTE COMPROVADA A EXISTÊNCIA DO FATO E A AUTORIA POR PROVAS OBTIDAS POR MEIOS LÍCITOS (DOCUMENTO DE FOLHA 32; OBJETOS APRESENTADOS PELO OFENDIDO, CONFORME AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FOLHA 41; DECLARAÇÃO DA VÍTIMA DE FLS. 124/125; DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS DE FLS. 126/128 E 149/150), COM BASE NAS QUAIS FOI FUNDAMENTADA A CONDENAÇÃO. CRIME DE NATUREZA FORMAL QUE SE CONSUMA COM O CONSTRANGIMENTO, O QUAL FOI DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGAL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NECESSÁRIA ENTRE AS PROVAS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, MITIGADA, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, PELA TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 157, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

2.2) ALTERNATIVAMENTE, REQUERIDA A ABSOLVIÇÃO POR NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL, SOB O FUNDAMENTO DE QUE ESTARIA DESCARACTERIZADA A GRAVE AMEAÇA. IMPROCEDÊNCIA. VIOLÊNCIA MORAL CONSISTENTE NO ATO DE EXIGIR DINHEIRO DA VÍTIMA SOB PENA DE DIVULGAÇÃO DE VÍDEO CAPAZ DE CAUSAR PREJUÍZO À ACADEMIA DO OFENDIDO (EXIGÊNCIA MATERIALIZADA NO DOCUMENTO DE FOLHA 32). GRAVIDADE DA AMEAÇA ANTE A POTENCIALIDADE DE CAUSAR FUTURO MAL INJUSTO E RELEVANTE À EMPRESA DO OFENDIDO E, POR CONSEQUÊNCIA, A ESTE. TEMOR HÁBIL À REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA, DECORRENTE DA SIMPLES POSSIBILIDADE DE DIVULGAÇÃO DO CONTEÚDO. GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA. CONDUTA TÍPICA.

2.3) POSTULAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA À PESSOA E QUE NÃO SE CONFIGURA COMO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. VEDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 44, I, DO CÓDIGO PENAL. **2.4) PLEITO DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. DEFERIMENTO.** INEQUÍVOCA A PROPRIEDADE DO *NOTEBOOK* APREENDIDO, PERTENCENTE A TERCEIRO DE BOA FÉ, CONFORME DOCUMENTO DE FOLHA 73. INSTRUÇÃO ENCERRADA. COISA APREENDIDA QUE NÃO MAIS INTERESSA AO PROCESSO.

EX OFFICIO

CONSTATADO ERRO MATERIAL NA SENTENÇA DE FLS. 248/254. CORREÇÃO NECESSÁRIA. ÉDITO CONDENATÓRIO QUE NÃO ESPECIFICOU NA PARTE

DISPOSITIVA, EXPRESSAMENTE, O TIPO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA. ERRO SANÁVEL DE OFÍCIO E A QUALQUER TEMPO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RECORRENTE.

APELAÇÃO CONHECIDA E, AFASTADAS AS PRELIMINARES, PARCIALMENTE PROVIDA, PARA DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. EX OFFICIO, CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL CONSTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, PARA ESTABELECEER A PENA DEFINITIVA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 20 (VINTE) DIAS- MULTA, CADA UM FIXADO EM 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE à ÉPOCA DO FATO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0116134-83.2009.8.05.0001, oriundos do Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, em que figuram, como Apelante, **Tiago Silva Madureira** e, como Apelado, o Ministério Público Estadual.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **CONHECER DO RECURSO, AFASTAR AS PRELIMINARES ARGUIDAS E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, PARA DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA (CONFORME AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FOLHA 17), MEDIANTE TERMO NOS AUTOS**, de acordo com o voto do Relator, que foi vertido nos seguintes termos:

RELATÓRIO

“Trata-se de Apelação Criminal interposta por **Tiago Silva Madureira** em face da r. Sentença de fls. 248/254, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Salvador.

Narrou a denúncia que, no início do mês de agosto de 2009, a vítima, Sr. Fábio Gonçalves de Oliveira, proprietário da academia Hammer de Ginástica Ltda (situada na Rua Pará, n.º 427, Pituba, Salvador-BA), ao chegar no referido estabelecimento, avistou em sua mesa um envelope contendo em seu interior uma mídia (com imagem de dois homens fazendo uso do sanitário masculino, em que aparecia, ainda, a logomarca da academia) e uma carta em que o emissor exigia R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em troca de novas imagens feitas na academia, com a indicação do e-mail e-comerccce_ssa@hotmail.com para contato. Da inicial acusatória consta que, ato contínuo, a vítima passou a manter contato com o Apelante, através do e-mail fornecido, e conseguiu reduzir a quantia exigida para R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

A peça incoativa aduziu que a autoridade policial, no sentido de coibir a ação criminosa do Recorrente, designou a investigadora de polícia Valdirene Lago Almeida Navarro que, usando o prenome Carla, marcou um encontro com o Apelante (no Largo das Baianas, Amaralina, nesta cidade de Salvador) para efetivar a entrega do dinheiro exigido em troca do envelope com a mídia. Segundo a denúncia, no dia 12 de agosto de 2009, a referida investigadora se dirigiu ao mencionado local ajustado, munida de um envelope lacrado (contendo algumas notas em dinheiro e papel de jornal cortado em formato de cédulas), oportunidade em que o Recorrente, que vestia uma camiseta branca da academia Hammer, aproximou-se e lhe entregou um envelope de cor parda e vermelha contendo uma mídia, momento em que foi dada voz de prisão ao Apelante.

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 248/254 como parte do presente e acrescento que o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Salvador julgou procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia de fls. 02/03, para condenar o Apelante à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada um fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito previsto no artigo 158, *caput*, do Código Penal.

Irresignado, o Apelante interpôs o presente recurso (fls. 261/280). Nas razões recursais, arguiu preliminares de nulidade de todos os atos processuais (em decorrência da ilegalidade do flagrante preparado) e, alternativamente, de nulidade dos atos processuais a partir da apresentação do laudo de fls. 196/203, sob a alegação de que houve cerceamento de defesa. Na oportunidade, requereu absolvição por não haver prova válida da existência do fato ou suficiente para a condenação, sob o argumento de que o flagrante (ato do qual aponta ter derivado todo o material probatório), bem como a busca e apreensão na residência do Recorrente, teriam sido ilegais e invalidariam todo o conjunto das provas, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada. No mérito, alternativamente, requereu a absolvição por não constituir o fato infração penal, ao fundamento de que estaria descaracterizada a grave ameaça. Na peça recursal, subsidiariamente, o Apelante postulou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como pleiteou a restituição do notebook apreendido conforme auto de exibição e apreensão de folha 17.

Em contrarrazões (fls. 281/283), o órgão ministerial refutou a pretensão absolutória e sustentou a irretocabilidade da sanção imposta. Por fim, pugnou pelo improvimento do recurso, para que seja mantida a condenação do Apelante.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo, para que seja conservada a sentença guerreada, conforme parecer de fls. 321/325.

Após o exame destes autos, elaborei o relatório e o submeti à apreciação do eminente Desembargador Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto e passo à análise das preliminares arguidas.

1) Da Rejeição das Preliminares Arguidas

1.1) Ilegalidade do Flagrante Preparado e a Consequente Nulidade de Todos os Atos Processuais.

O Apelante arguiu, preliminarmente, a ilegalidade do flagrante preparado e a consequente nulidade de todos os atos processuais. Tal preliminar, todavia, não merece ser acolhida.

Na hipótese dos autos, em verdade, sequer há que se falar em flagrante propriamente dito. Conforme é de trivial sabença, o crime de extorsão é classificado como formal, ou seja, trata-se de um delito que não exige resultado naturalístico necessário e se configura com o constrangimento imposto à vítima. Este entendimento já foi, inclusive, consolidado na súmula 96 do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte redação: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

Da análise acurada dos autos (em especial dos documentos de fls. 32, 34 e 39/41), verifica-se que o

Apelante, sem qualquer provocação policial anterior, de forma livre e consciente, constrangeu a vítima, Sr. Fábio Gonçalves de Oliveira, a desembolsar a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sob a ameaça de divulgar vídeos com potencial para causar prejuízo à academia de propriedade do ofendido e, consequentemente, a este. Logo, em consonância com a súmula supramencionada, nota-se que o crime já teria se consumado antes de qualquer contato do Apelante com os policiais.

Com efeito, o Recorrente foi surpreendido quando tentava auferir a vantagem econômica indevida, situação equivalente ao exaurimento do crime. Destarte, não houve flagrante preparado, uma vez que a consumação do delito já teria ocorrido em momento anterior ao da atuação policial. Ademais, descabida revela-se a arguição de nulidade de todos os atos processuais em decorrência dos alegados vícios no apontado flagrante, porquanto eventual irregularidade no procedimento policial, ainda que existente, não teria o condão de macular a ação penal, por possuir caráter meramente informativo.

Nessa senda, colhe-se o seguinte julgado:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS. ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA NO HC Nº 75.792/GO. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DO PLEITO. 2. OITIVA DO ACUSADO EM SEDE POLICIAL. AUSÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE VALOR ACERCA DA AUTORIA DO FATO. EXCESSO DE LINGUAGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O pedido de realização de diligências, consistentes em nova reconstituição do crime, expedição de ofícios à Brasil Telecom e determinadas operadoras de celulares, expedição de ofícios aos hospitais, postos de saúde e laboratórios, e ofício ao hospital municipal, já foi enfrentado por esta Corte Superior quando do julgamento do Habeas Corpus nº 75.972/GO, de relatoria do Ministro Felix Fischer, não podendo ser reapreciado no presente writ, sob pena de ofensa à coisa julgada.

2. Eventual nulidade verificada no Inquérito Policial, por seu caráter meramente informativo, não tem o condão de macular a futura ação penal. Ademais, no caso, o paciente foi regularmente interrogado durante a instrução processual, ocasião em que pôde exercer livremente seu direito de defesa, dando sua versão acerca dos fatos, devidamente assistido por seus advogados, sendo certo que a produção da prova contraditada em juízo supre qualquer irregularidade eventualmente ocorrida durante a sua oitiva na fase policial, não havendo que se cogitar de nulidade no caso em apreço.

3. Na sentença de pronúncia, deve o magistrado conciliar a impossibilidade de imersão no mérito da causa, vedada a incursão em pré-julgamento da acusação, sob pena de invasão da competência constitucional do Tribunal do Júri - juiz natural da causa -, com a necessidade de indicação de elementos seguros onde se encontrem a prova da materialidade e os indícios de autoria, não dando ensejo à nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

4. No caso, o magistrado exarou convicção no sentido de ser o paciente o autor do fato em questão, inclusive rebatendo a tese defensiva relativa à participação de terceiros, considerações essas que exprimem juízo de valor capaz de influenciar a competente e soberana Corte popular, configurando-se o excesso de linguagem.

5. Habeas Corpus parcialmente conhecido, e nessa extensão, parcialmente concedido para anular a sentença de pronúncia, determinando o seu desentranhamento dos autos, bem como do acórdão proferido em sede de recurso em sentido estrito, devendo outra ser proferida com observância dos limites legais.
(STJ, HC 117652 / GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 01/02/2012)”- grifos nossos.

Afasto, portanto, a preliminar ora analisada.

1.2) Cerceamento de Defesa e, por Consequinte, a Nulidade dos Atos Processuais a Partir da Apresentação do Laudo de Fls. 196/203.

Alternativamente, em sede preliminar, o Apelante arguiu a nulidade dos atos processuais a partir da apresentação do laudo de fls. 196/203, sob a alegação de que houve cerceamento de defesa. De igual sorte, esta preliminar não merece prosperar.

Conquanto a defesa não tenha sido intimada expressamente para se manifestar sobre a apresentação das mídias de folha 220 e do laudo pericial de fls. 196/203, não se identifica o cerceamento de defesa apto a inquinar de nulidade os atos processuais a partir da apresentação do mencionado parecer técnico. À folha 227, verifica-se que foi realizada audiência em 30 de agosto de 2012, data posterior à juntada do laudo (em 31 de maio de 2012, conforme folha 193-v), sem que a defesa tenha requerido diligências, embora lhe tenha sido conferida a oportunidade para formular requerimentos.

Ademais, o magistrado de primeiro grau se valeu de outros elementos probatórios lícitos para fundamentar o decreto condenatório. Logo, ainda que desconsiderado o laudo, não seria alterada a formação do convencimento do juiz a quo.

A juntada dos aludidos documentos não apresentou dano irreversível e peremptório à defesa, porquanto não foram determinantes para formar a convicção do juiz que exarou a sentença condenatória vergastada. Nota-se, por conseguinte, que a ausência de manifestação sobre os documentos supramencionados não influenciou na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, consoante fixa o artigo 566 do Código de Processo Penal.

Conforme estabelece o artigo 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. O ordenamento jurídico pátrio consagra, assim, o Princípio do Prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Por conseguinte, ante a ausência de dano efetivo, deve ser afastada a nulidade arguída.

Rejeito, portanto, a preliminar ora apreciada.

2) MÉRITO RECURSAL

Ultrapassadas as preliminares arguidas, passo à análise do mérito recursal.

2.1) Do Descabimento da Pretensão Absolutória Fundada na Ausência de Prova Válida da Existência do Fato ou Suficiente para a Condenação.

No mérito, precipuamente, o Apelante requer sua absolvição por não haver prova válida da existência do fato ou suficiente para a condenação, sob o argumento de que o flagrante (ato do qual aponta ter derivado

todo o material probatório), bem como a busca e apreensão na residência do Recorrente, teriam sido ilegais e invalidariam todo o conjunto das provas, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Não assiste razão ao Recorrente.

Ab initio, verifico que o fato (materialidade) e a autoria delitivas encontram-se sobejamente comprovados, por meio dos objetos apresentados pelo ofendido (em especial o documento de folha 32, conforme auto de exibição e apreensão de folha 41), das declarações da vítima de fls. 124/125, bem como dos depoimentos testemunhais de fls. 126/128 e de fls. 149/150.

Frise-se que os supramencionados elementos probatórios, com base nos quais também foi fundamentada a condenação, são lícitos e foram submetidos ao contraditório. Conquanto na sentença impugnada também haja referência à prova colhida em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio (proveniente da apreensão de material sem mandado judicial) na fase inquisitorial, esta não foi determinante para formar a convicção do juízo e o afastamento desta não conduziria à absolvição do Apelante. Fulcrada a condenação em prova válida e robusta quanto à existência do fato, à materialidade e à autoria, a atécnica menção a elementos probatórios colhidos irregularmente não tornaria o decreto condenatório insubsistente.

O crime de extorsão é de natureza formal e se consuma com o constrangimento, o qual foi devidamente demonstrado, inclusive por prova anterior ao alegado flagrante ilegal (que sequer ocorreu, como exaustivamente demonstrado quando apreciada a correspondente preliminar) e independente de qualquer elemento colhido com a busca e apreensão realizada na casa do Apelante. O auto de exibição e apreensão de folha 41 (do qual consta que o ofendido apresentou à autoridade policial o envelope, a carta e o CD que foram utilizados para constrangê-lo) foi lavrado em 04 de agosto de 2009, data anterior à prisão do Recorrente (que ocorreu em 12 de agosto de 2009, conforme documento de folha 07) e antes de qualquer atuação policial direta. Ressalte-se que a intervenção da polícia foi motivada pela comunicação do ofendido (acerca do fato criminoso) no dia 04 de agosto de 2009. Os objetos apresentados pela vítima (indicados à folha 41), como demonstrado, comprovam a efetiva ocorrência do delito (constrangimento, mediante grave ameaça, para efetuar pagamento de quantia exigida).

Areladas aos objetos exibidos, as declarações da vítima de fls. 39/40 e de fls. 124/125 (respectivamente na fase inquisitorial e em juízo) também comprovam a existência do fato criminoso, bem como estão em harmonia entre si e com todo o acervo probatório, *in verbis*:

“... Encontrou um envelope na mesa e ao abri-lo encontrou 01 mídia com imagem de duas pessoas do sexo masculino utilizando o vaso sanitário e 01 correspondência digitada (tipo carta), onde o subscritor “propõe acordo para que as imagens do CD não sejam divulgadas, via internet” e este acordo tem preço estipulado no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)...”
(Declaração prestada pelo ofendido na fase inquisitorial às fls. 39/40)

“... Que dentro do envelope continha uma mídia e o documento de fls. 32. Que no documento de fls. 32 constava que várias gravações tinham sido feitas no interior do banheiro masculino e feminino, e que com a finalidade de não divulgar as imagens, haveria necessidade do declarante efetuar o pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Que a pessoa que deixou o documento e a mídia informou que havia comprado as gravações por um valor vultoso e que desejava receber do declarante o numerário acima descrito...”
(Depoimento da vítima em juízo às fls. 124/125).

Além dos supramencionados elementos probatórios, quanto à autoria, os depoimentos das testemunhas em juízo são firmes no sentido de que o Apelante foi a pessoa que compareceu no local combinado para receber a quantia exigida, o qual, inclusive, era, de fato, aluno da academia e teria recebido o envelope do qual deveria constar o numerário incisivamente postulado. À guisa de demonstração, seguem trechos dos referidos depoimentos:

“... Que através do correio eletrônico o denunciado marcou um encontro com Fábio e este disse que iria um preposto receber as gravações e entregar um envelope com o numerário Que reconhece o denunciado em audiência. Que o denunciado era aluno da academia de muito tempo...”
(Depoimento da testemunha Vitor Bufon Krohling às fls. 127/128).

“... Que no momento do encontro da depoente com o acusado, a equipe policial estava nas imediações no Largo das Baianas e assim a prisão foi efetuada; que o acusado não chegou a entregar o cd à depoente, mas estava com o mesmo em mãos... que a depoente entregou o envelope com o dinheiro, mas não chegou a receber o envelope com o dvd, pois imediatamente foi dada voz de prisão...”
(Depoimento da testemunha Valdirene Lago Almeida Navarro Às fls. 149/150)

No tocante à autoria, acrescente-se que, na fase inquisitorial, o Recorrente confessou a autoria do crime e detalhou os respectivos atos preparatórios, bem como as circunstâncias do delito, sem nenhuma evidência de que tenha sofrido coação ou tortura (vide laudo de fls. 105/106), consoante os seguintes excertos:

“... Informa o interrogado que malha na Academia Hammer há aproximadamente cinco anos, tendo neste intervalo saído e retornado da academia em algumas vezes. Recentemente, retornou a malhar há aproximadamente três meses quando teve a idéia de ganhar dinheiro mediante extorsão realizada contra um dos proprietários da Academia, a quem direcionou um DVD com imagens de um dos banheiros masculinos, sendo filmado a genitália de dois homens enquanto faziam suas necessidades... O interrogado inicialmente pegou emprestado de uma amiga e vizinha sua de pré- nome Florilene, um MP5 com câmara que fora fixado no lixo do banheiro com uma fita isolante preta por volta das 17h00min de uma quarta-feira, dia 29/07/09, tendo filmado dois homens, acreditando se tratar de um funcionário e de um aluno, por aproximadamente quarenta minutos. Posteriormente, o interrogado retornou ao banheiro e retirou o MP5. Então, no interior de sua residência utilizando-se do note book do seu irmão, fez a edição das imagens, gravando um DVD, cuja abertura tinha a seguinte inscrição ‘HAMMER ACADEMIA APRESENTA BBB HAMMER’... Com o DVD pronto, o interrogado produziu uma carta com uma página sem título tendo iniciado da seguinte forma ‘FÁBIO SEREI CURTO E BREVE’. Na carta o interrogado informa que tem vinte horas de cena no banheiro da academia... Afirma que comprou estas imagens no E-COMERCCE e que gostaria de receber R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para entregar todas as imagens que ele adquirira... O interrogado utilizou o hotmail para se comunicar com FÁBIO mandando-lhe três e-mails...”
(Declarações prestadas pelo Recorrente na fase inquisitorial às fls. 11/13)

Em juízo, o Apelante negou a autoria do delito, conforme interrogatório de fls. 224/226, cujos trechos estão a seguir transcritos:

“... Que não foi o depoente que colocou o envelope com a carta e o CD no armário; que não sabe informar quem colocou; que o e-mail descrito na denúncia não pertence ao interrogado; que nunca usou este e-mail para nenhuma finalidade; que foi o depoente quem entregou o CD à policial Valdirene; que foi um rapaz que conheceu na academia pelo nome de Marcelo foi quem pediu para que o interrogado entregasse o CD; que Marcelo não disse ao interrogado que o mesmo iria receber alguma coisa em troca do CD; que não sabe maiores dados de Marcelo, pois só tinha contato com o mesmo na academia; que chegou a falar com ‘Carla’ duas vezes, uma vez no dia anterior à prisão e no dia da prisão; que falou com ‘Carla’ para combinar como entregaria o CD...”
(Interrogatório judicial do Apelante às fls. 224/226)

As diferentes versões do fato apresentadas pelo Recorrente denotam o mero exercício do seu direito constitucional à ampla defesa. Do exame do acervo probatório, deduz-se, logicamente, que o Recorrente é a pessoa que constrangeu a vítima a desembolsar o valor exigido, mediante grave ameaça, uma vez que não se afigura plausível ter mantido contato com a pessoa que lhe entregaria o numerário reclamado e comparecido ao local combinado para receber vultosa quantia (sem nenhum motivo aparente) em nome de um terceiro que sequer soube qualificar satisfatoriamente.

Nas razões recursais, o Apelante argumenta que a prisão em flagrante (ato do qual aponta ter derivado todo o material probatório) e a subsequente busca e apreensão (consoante auto de folha 17) teriam sido ilegais e invalidariam todo o conjunto das provas, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada. Esta tese, contudo, revela-se equivocada.

Como já explanado, ao fundamentar a sentença, o magistrado a quo utilizou provas robustas e lícitas anteriores à atuação policial e às apontadas ilegalidades, como os objetos apresentados pelo ofendido (conforme auto de exibição e apreensão de folha 41). Por terem sido apresentados em momento anterior, logicamente, os referidos elementos probatórios não foram derivados das alegadas provas ilícitas.

Outrossim, o juiz de primeiro grau também se valeu de provas produzidas em momento posterior à atuação policial (declarações da vítima de fls. 124/125, bem como os depoimentos testemunhais de fls. 126/128 e de fls. 149/150), porém estas não teriam relação de causalidade necessária com as provas extraídas a partir da busca e apreensão. No tocante ao alegado flagrante, já foi exaustivamente afirmado que este sequer existiu, tampouco poderia ser qualificado como flagrante preparado (que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio e ensejaria a ilegalidade das provas dele decorrentes), razão pela qual não teria o condão de inquinar de ilicitude as provas subsequentes.

Desse modo, no caso em tela, não seria aplicável a teoria dos frutos da árvore envenenada (segundo a qual o vício da ilicitude originária contaminaria as provas derivadas, ainda que estas tenham sido produzidas validamente), porquanto aplicável a exceção prevista no artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, o qual acolhe a mitigação consagrada na toria da fonte independente, assim definida pelo ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

“... De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária...”
(In Manual de Processo Penal, volume único, 2ª edição, Ed. Juspodivm, 2014, página 591)

A mitigação das regras de exclusão de prova tem sido admitida pelos tribunais superiores. Neste sentido, vale destacar os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - FALSIDADE IDEOLÓGICA - DOCUMENTO FALSO - DESCAMINHO - EVASÃO DE DIVISAS - LAVAGEM DE DINHEIRO - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONDENAÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA - PROVAS ILÍCITAS - TEORIA DOS FRUITS OF THE POISONOUS TREE - NÃO APLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO ENTRE OS PROCEDIMENTOS PROBATÓRIOS - TEORIA DAS EXCLUSIONARY RULES - INCIDÊNCIA - CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS - ILICITUDE DAS PROVAS POR DERIVAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - VEDAÇÃO EM HABEAS CORPUS - ART. 387, § 1º, DO CPP - OBEDIÊNCIA - REQUISITOS ART. 312 DO CPP - CUMPRIMENTO - GRAVIDADE CONCRETA - FUGA – FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1 - omissis

2 - *A prisão preventiva dos pacientes, decretada para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, está amparada nos elementos colhidos na ação penal n. 2006.70.00.012299-7, parte dos quais, interceptações obtidas no bojo do Procedimento Criminal Diverso (PCD) n. 2004.70.00.019299-2, foi considerada ilícita por esta Corte Superior, no julgamento do HC n. 76.767/PR.*

3 - *A essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, proclama a mácula de provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, todavia, a partir de provas declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.*

4 - *Não há evidências seguras e suficientes de que as provas que deram lastro à prisão preventiva dos acusados, bem como sua condenação, sejam produto das mesmas provas declaradas nulas no HC n. 76.767/PR, por esta Corte Superior.*

5 - *É certo que doutrina e jurisprudência repudiam com veemência “os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.” (RHC n. 90.376/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, 2T, DJe 18.5.2007).*

6 - *Sem embargo, seguindo a doutrina que mitiga o rigor das regras de exclusão do direito norte-americano (exclusionary rules), o ordenamento positivo pátrio permite o aproveitamento da prova que, a despeito de ter laço comum com a origem viciada, é em relação a ela independente, dada a inevitabilidade de sua descoberta ou dada a ausência de total relação de causalidade entre umas e outras. Art. 157, § 1º do CPP.*

7 - *Nalção de Celso de Mello “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências*

derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)” - (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.5.2000).

8 - *A mitigação das regras de exclusão da prova, no entendimento da Suprema Corte pátria, se justifica pelo princípio da proporcionalidade, que sempre se referencia em sede de interpretação e aplicação de normas penais e processuais penais. Razoável, portanto, o afastamento do caráter absoluto das regras de exclusão da prova “em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos.” (HC n. 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2T, DJe 20.9.2012).*

9 - *A decisão judicial que invalida segmento - ainda que considerável e amplo - do acervo probatório de um dado processo penal não tem o condão de invalidar toda a persecução penal e, nomeadamente, os atos decisórios que podem subsistir mesmo na ausência do arcabouço probatório invalidado, ao menos por meio desta ação mandamental, onde não se vislumbra possível aferir, sem a incursão vertical do tema, o vínculo total entre as provas consideradas ilícitas e as que permitiram a condenação.*

10 - *A defesa não demonstrou inequivocamente, nesta impetração, que as mesmas provas colhidas no PCD n. 2004.70.00.019299-2, posteriormente consideradas ilícitas, por força do julgamento no HC n. 76.686/PR, nesta Corte Superior, serviram de alicerce exclusivo para a decretação da prisão preventiva e posterior condenação nos autos da Ação Penal n. 2006.70.012299-7. A bem da verdade, a invalidação de parte das provas da materialidade e autoria dos crimes atribuídos aos pacientes, se confirmada, poderá resultar no enfraquecimento da tese acusatória, mas, presentes, como sustentado na instância de origem, outros elementos que consubstanciem o fumus comissi delicti, não haverão de interferir, a um primeiro olhar, na aferição da urgência e da necessidade da cautela pessoal, dimensionadas em razão do perigo que a liberdade dos pacientes (periculum libertatis) representa para a ordem pública e para a aplicação da lei penal.*

11 - *Ainda que em momento processual diverso do exposto no acórdão ora atacado, o decísum que tornou nulas as provas colhidas a partir das interceptações telefônicas tidas como inidôneas ainda não transitou em julgado e se encontra revestido do peso do reconhecimento da repercussão geral constitucional, perante o Supremo Tribunal Federal (RE n. 625.263/PR): PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.*

12 - omissis

13 - omissis

14 - omissis

15 - omissis

16 - omissis

17 - omissis

18 - Habeas corpus não conhecido”.

(STJ, HC 148178/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 05/12/2013)- grifos nossos.

“Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. **Inocorrência da aplicação da teoria dos “frutos da árvore envenenada”.** Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. Impossibilidade de aplicação do art. 580 do CPP à espécie. Inocorrência de ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. Habeas corpus indeferido. Liminar cassada. **1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença.** 2. Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado. 3. É impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o co-réu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação. 4. No que se refere aos fundamentos adotados na dosimetria da pena, não se vislumbra ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. A motivação dada pelo Juízo sentenciante, além de satisfatória, demonstrou proporcionalidade entre a conduta ilícita e a pena aplicada em concreto, dentre os limites estabelecidos pela legislação de regência. 5. Habeas corpus denegado e liminar cassada”.
(STF, HC 89032 / SP, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, DJe 23/11/2007).

Destarte, afigura-se razoável a mitigação das regras de exclusão da prova, ante a inexistência de causalidade necessária entre a ilicitude apontada e os elementos probatórios lícitos que fundamentaram a condenação. Descabida, portanto, a pretensão absolutória fundada na ausência de prova válida da existência do fato ou suficiente para a condenação, razão pela qual deve ser mantida a sentença vergastada neste particular.

2.2) Da Improcedência da Pretensão Absolutória Fulcrada na Tese de Que o Fato Não Constituiria Infração Penal, sob o Fundamento de que Estaria Descaracterizada a Grave Ameaça.

Alternativamente, no mérito, o Apelante requer sua absolvição ao fundamento de que o fato não constituiria infração penal, sob a alegação de que estaria descaracterizada a grave ameaça.

Assim como a pretensão absolutória analisada no subitem anterior, não procede a tese defensiva ora apreciada.

Do exame dos autos, verifica-se que o Recorrente foi denunciado e condenado pela prática do delito de extorsão, o qual se encontra previsto no artigo 158, *caput*, do Código Penal. Para a configuração do referido tipo penal, impõe-se a efetiva ocorrência da grave ameaça, que constitui elemento objetivo do tipo, sem o qual a conduta seria atípica.

Com efeito, em sentido contrário à tese da defesa, nota-se a efetiva ocorrência da grave ameaça. *In casu*, a violência moral consistiu no ato de exigir dinheiro da vítima sob pena de divulgação de vídeo capaz de causar prejuízo à academia do ofendido (exigência materializada no documento de folha 32). A *vis compulsiva*, portanto, estaria presente na ação humana, não nos possíveis meios utilizados para fundamentar o temor (vídeos), como aduziu a defesa.

Outrossim, a gravidade da ameaça é patente ante a possibilidade de causar futuro mal injusto e relevante à empresa do ofendido e, por consequência, a este. Ademais, o temor hábil à redução da capacidade de resistência decorreu da simples possibilidade de divulgação do conteúdo, o que era verossímil e factível, razão pela qual, para a configuração da grave ameaça, não seria razoável a necessidade de visualização prévia do vídeo na forma em que descrito na carta enviada ao ofendido para lhe constranger.

Na mesma senda, o Superior Tribunal de Justiça já discorreu sobre o conceito de grave ameaça como elemento objetivo do tipo que integra o crime de extorsão *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL - TENTATIVA DE EXTORSÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO - EXIGÊNCIA DE VALOR EM DINHEIRO PARA NÃO SER REVELADO SUPOSTO RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL DA VÍTIMA - GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 158, § 1º, C.C. O ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO PROVIDO.
1. A ameaça, também chamada de violência moral, é considerada grave quando tiver potencial de causar mal relevante à vítima ou a outrem, ou seja, que lhe impõe temor a ponto de afetar sua liberdade de agir.
2. Configura grave ameaça o ato de exigir dinheiro da vítima para que esta não tenha revelado suposto caso extraconjugal, pois além de causar dano à sua honra, também leva à desagregação do lar conjugal com uma possível ruptura do casamento, o que ensejaria dano de cunho emocional e patrimonial”.

Destarte, configurada a grave ameaça, resta clara a tipicidade da conduta. Improcedente, portanto, a reforma da sentença rechaçada, para acolher a pretensão absolutória ora analisada.

2.3) Da Impossibilidade de Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos.

Subsidiariamente, o Apelante postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, o ordenamento jurídico pátrio não confere possibilidade à postulação ora examinada.

Não obstante o Recorrente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, o crime em tela foi cometido mediante grave ameaça à pessoa e não se configura como de menor potencial ofensivo. Incide, na hipótese em apreço, a vedação prevista no artigo 44, I, do Código Penal.

Em estrita observância ao dispositivo legal supramencionado, tem-se pautado a jurisprudência nacional. Neste sentido, convém destacar o seguinte julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 147 DO CP. CRIME DE AMEAÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA.
1. O inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.
2. Na espécie, diante do crime praticado pelo réu (ameaçou de morte sua companheira - art. 147 do CP), não está preenchida a hipótese do inciso I do art. 44 do Código Penal.
3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
4. Agravo regimental improvido”.
(STJ, AgRg no REsp 1460949 / MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 31/10/2014)

Assim, não acolho a postulação ora avaliada, diante da impossibilidade da substituição pretendida à luz da legislação penal vigente.

2.4) Do Deferimento do Pleito de Restituição de Coisa Apreendida.

O Recorrente pleiteia a restituição do notebook apreendido conforme auto de exibição e apreensão de folha 17. O pleito reveste-se de plausibilidade.

De fato, da análise do documento de folha 73, constata-se, inequivocadamente, que o notebook apreendido pertence a Luan Silva Madureira (irmão do Apelante), terceiro de boa-fé. Ademais, a instrução se encontra encerrada, razão pela qual se denota que o referido objeto não mais interessa ao processo.

O pleito ampara-se, precipuamente, no artigo 120 do Código de Processo Penal. Não identificadas as vedações e restrições legais ao requerimento sob exame, o deferimento da restituição do notebook apreendido (conforme auto de folha 17) é medida que se impõe.

Da Correção do Erro Material Ex Officio

Da leitura da sentença de fls. 248/254, nota-se que o magistrado de primeiro grau não especificou, expressamente, a punição estabelecida após a terceira fase da dosimetria da pena. A referida sanção permanente, contudo, pode ser identificada por dedução lógica do dispositivo do decisum. Não obstante, ainda após operação dedutiva, constata-se equívoco no édito condenatório, que apenas fez menção à pena de 04 (quatro) anos, sem consignar expressamente o tipo de pena privativa de liberdade imposta, no caso a de reclusão.

A hipótese trata 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 decisum 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 DROGASE 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 amalhado 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. 248/254, ex officio, para estabelecer a pena definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada um fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Ex positis, voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, AFASTAR AS PRELIMINARES ARGUIDAS E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, PARA DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DO NOTEBOOK APREENDIDO (CONFORME AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FOLHA 17) MEDIANTE TERMO NOS AUTOS, BEM COMO, EX OFFICIO, CORRIGIR ERRO MATERIAL CONSTANTE DA SENTENÇA DE FLS. 248/254, PARA ESTABELECEER A PENA DEFINITIVA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO (A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO), ALÉM DO

PAGAMENTO DE 20(VINTE) DIAS- MULTA, CADA UM FIXADO EM 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE à ÉPOCA DO FATO”.

Por tais razões, acolhe esta 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual **CONHECE DO RECURSO, AFASTA AS PRELIMINARES ARGUÍDAS E DÁ PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, PARA DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA (CONFORME AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FOLHA 17), MEDIANTE TERMO NOS AUTOS, BEM COMO, EX OFFICIO, CORRIGE ERRO MATERIAL CONSTANTE DA SENTENÇA DE FLS. 248/254, PARA ESTABELECEER A PENA DEFINITIVA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO (A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO), ALÉM DO PAGAMENTO DE 20(VINTE) DIAS- MULTA, CADA UM FIXADO EM 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE à ÉPOCA DOM FATO”.**



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0002682-91.2013.8.05.0248, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA, RELATOR (A): DES. JEFFERSON ALVES DE ASSIS, JULGADO EM 11.06.2015.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRE CULPA EXCLUSIVA DO APELADO. AGRESSÕES RECÍPROCAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, EM SINTONIA COM O PARECER MINISTERIAL.

- 1 - Com efeito, pelos elementos constantes nos autos, observa-se que a materialidade delitiva está comprovada pelo contido no boletim de ocorrência de fl. 22 e laudos periciais de fls. 28-29, o qual atesta que a vítima apresentou “hematoma em região infra mamária direita e cotovelo direito. Laceração em região lombar direita”, enquanto que o denunciado apresentou “ferimento em terço médio de braço direito, medindo 3,0cm onde sofrera reparo cirúrgico. Escoriação em mão esquerda”.
 - 2 - Contudo, o mesmo não se pode dizer quanto à autoria delitiva, porquanto, a partir de uma análise das provas produzidas em audiência, forçoso é reconhecer que não restou devidamente provada a responsabilidade do apelado pelo início da discussão e da consequente agressão. As provas se limitam às palavras da ofendida, pois nenhuma testemunha estava presente no momento dos fatos.
 - 3 - Não restam dúvidas, assim, de que, apesar da especial relevância da palavra da vítima nos casos de violência doméstica, exige-se um lastro probatório mínimo da autoria para a condenação do réu.
 - 4 - Conclui-se, assim, pela inexistência de prova que corrobore as palavras da vítima, do que resulta a impossibilidade de se decretar a condenação, impondo-se a absolvição, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.
- RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O OPINATIVO DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombada sob o nº 0002682-91.2013.8.05.0248, de Serrinha - BA, em que figuram, como apelante, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e, como apelado, ROBSON DE OLIVEIRA SANTANA.

Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER DO APELO e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público - o que fazem pelas razões a seguir expostas.

RELATÓRIO

Narra a exordial acusatória que:

“No dia 12 de janeiro de 2013, por volta das 17h20min, na Fazenda Cajueiro, próximo ao presídio, município de Serrinha/Ba, o Denunciado ameaçou e agrediu fisicamente Lucileide dos Santos Araújo, sua companheira, causando as lesões descritas no laudo de exame de lesões corporais às fls. 25-A.

Segundo se apurou, no dia 11.01.2013, no período da tarde, o Denunciado, em visível estado de embriaguez, desferiu um soco no seio direito da vítima, bem como ameaçou de morte, motivo pelo qual a vítima saiu da sua residência e foi para a residência de uma tia.

Já no dia seguinte (12), a vítima retornou a residência para pegar os medicamentos para a filha do casal, quando o Denunciado, novamente embriagado, passou a discutir com a vítima. A vítima correu e o Denunciado pegou uma faca e a perseguiu.

A vítima conseguiu tomar a faca das mãos do Denunciado, que neste momento cortou-se no braço direito, com a própria faca que utilizava para tentar furar a vítima.”

O feito foi devidamente instruído, tendo sido ouvidas as partes (fls. 48 e 55) e a testemunha (fl. 49). Apresentadas as alegações finais por parte do Ministério Público (fls. 58-60) e pela Defensoria Pública (fls. 61-66), a Magistrada a quo julgou improcedente a pretensão punitiva e absolveu o réu, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, diante da insuficiência de provas para a condenação.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação às fls. 70-79, alegando, em síntese, que os fatos narrados na inicial estão comprovados pelo laudo de lesões corporais de fl. 28 e pela prova oral colhida em Juízo (fl. 49).

Afirma que as circunstâncias, aliadas ao depoimento da vítima, laudos periciais, confirmação por parte da testemunha de que a ofendida se abrigou na residência de sua mãe, demonstram cabalmente os fatos alegados na inicial.

Aduz ainda que “em casos de violência contra vítimas em situação de hipossuficiência – e nas agressões contra a mulher a hipossuficiência é presumida, como recentemente declarou o C. STJ no caso Luana Piovani x Dado Dolabella -, assume especial relevo a palavra da ofendida, em razão da grande dificuldade em se ter testemunhas oculares da circunstância”.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo e condenação do acusado nas penas dos arts. 129, § 9º, e 147 do Código Penal c/c a Lei 11.340/2006.

Devidamente intimada, a Defensoria Pública apresentou contrarrazões ao recurso de apelação às fls. 81-85, pugnando pelo improvimento do apelo e manutenção integral da sentença hostilizada.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, por intermédio de sua ilustre representante, Drª. Maryjane Auxiliadora Alves Caldas Coutinho, exarou parecer opinativo de fls. 89-95, pugnando pelo improvimento da insurgência de apelação.

Estando em condições de proferir julgamento, lancei este relatório, submetendo-o à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando, nos autos, qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Da minuciosa análise dos autos, conclui-se que a irresignação do apelante não merece acolhida.

Com efeito, pelos elementos constantes dos autos, observa-se que a materialidade delitiva está comprovada pelo contido no boletim de ocorrência de fl. 22 e laudos periciais de fls. 28-29, o qual atesta que a vítima apresentou *“hematoma em região infra mamaria direita e cotovelo direito. Laceração em região lombar direita”, enquanto que o denunciado apresentou “ferimento em terço médio de braço direito, medindo 3,0cm onde sofrera reparo cirúrgico. Escoriação em mão esquerda”*.

Contudo, o mesmo não se pode dizer quanto à autoria delitiva, porquanto, a partir de uma análise das provas produzidas em audiência, forçoso é reconhecer que não restou devidamente provada a responsabilidade do apelado pelo início da discussão e da consequente agressão. As provas se limitam às palavras da ofendida, pois nenhuma testemunha estava presente no momento dos fatos.

Ademais, ao prestar seu depoimento em juízo, a vítima afirmou que *“o acusado me deu um soco, mas não teve a situação dele ter corrido atrás de mim com uma faca; que quando o acusado estava dentro de casa e tentou me dar um soco eu peguei a faca que estava na mão dele e eu feri o braço dele com essa faca”*.

Já a testemunha de acusação, Ligia Santos Gonzaga de Mattos, ao ser ouvida pela Magistrada a quo, afirmou que *“as brigas aconteciam porque os dois bebiam muito e quando os dois pararam de beber a situação se acalmou”*.

Em seu depoimento de fl. 55, o apelado, Robson de Oliveira Santana, afirma categoricamente que não agrediu a sua companheira, muito pelo contrário, aduz que *“a vítima desferiu uma facada no meu braço direito, que eu tenho a cicatriz até hoje, eu estava deitado porque eu tinha bebido nesse dia, e a vítima entrou dentro de casa e foi quando ela desferiu a facada em mim”, acrescentando que “segundo comentários das pessoas, que a vítima fez isso comigo porque ela soube que eu estaria com outra mulher e motivada por ciúme”*.

Extraí-se, daí, que o acusado afirma não ter agredido a sua companheira, em oposição a versão apresentada pela suposta Ofendida. Ademais, das testemunhas arroladas pela acusação, nenhuma presenciou a suposta agressão sofrida pela vítima, uma vez que não estavam presentes na ocasião dos fatos.

Neste compasso, verifica-se, pelo laudo pericial de lesões corporais acostado à fl. 29 que o Apelado também sofreu *“ferimento em terço médio de braço direito” e “escoriação em mão esquerda”,* circunstância que corrobora a versão por ele apresentada, porquanto durante a discussão ambos agrediram e foram lesionados.

Acrescente-se a isso o fato de a própria vítima ter desmentido a versão de que o Apelado teria corrido à sua captura com uma faca na mão, demonstrando que o conjunto probatório é escasso e frágil. Inexistindo certeza sobre a responsabilidade exclusiva do Apelado, pois não foi efetivamente esclarecido nos autos quem iniciou a discussão e as agressões, sendo imperioso reconhecer que a dúvida milita em favor do réu.

Em casos similares, este foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRE A CULPA EXCLUSIVA DO APELADO. AGRESSÕES RECÍPROCAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC, Relator: Sérgio Rizelo, Data de Julgamento: 24/03/2014, Segunda Câmara Criminal Julgado)

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS COMETIDAS CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (CP, ART. 129, § 9º)- CONJUNTO PROBATÓRIO ANÊMICO - LESÕES RECÍPROCAS - DÚVIDAS QUANTO À INICIATIVA DAS LESÕES - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - EXEGESE DO ART. 386, VI, DO CPP. I No processo penal, a dúvida não pode militar em desfavor do réu, haja vista que a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade pública constitucionalmente assegurada (CF/88, art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI), requer a demonstração cabal da autoria e materialidade. Hipótese em que se verificando a ocorrência de lesões corporais e, em não se constatando nos autos provas esclarecedoras acerca da sua autoria, a absolvição é a medida que se impõe, pela ausência de provas capazes de justificar um édito condenatório. II É cediço que, nos casos envolvendo violência doméstica, a audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 se revela como condição de procedibilidade para o feito, porém, ainda que esta não tenha sido realizada, tendo em vista a absolvição decretada na instância ad quem, não haveria sentido em anular o presente feito para a realização do ato, até mesmo porque a vítima retratou-se em juízo. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS COMPLRES - NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO PELO TRABALHO PRESTADO - ARBITRAMENTO EM 15 URHS CONFORME O DISPOSTO NO ANEXO ÚNICO DA LEI COMPLR N. 155/1997. Conforme previsto no art. 12 da Lei Complr n. 155/1997, a remuneração do defensor dativo será fixada pelo juiz, na sentença, com base na tabela constante no Anexo Único do referido diploma legal, o qual, em seu Título II, n. 29, estipula em 15 (quinze) URHs a remuneração do defensor dativo em se tratando de processo criminal de rito comum, razão a ensejar a devida readequação da verba, arbitrada pela togada sentenciante em apenas 10 (dez) URHs. (TJ-SC, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 19/05/2010, Segunda Câmara Criminal)

Nesse íterim, importante transcrever trecho do parecer da douta Procuradora de Justiça, Dra. Maryjane Auxiliadora Alves Caldas Coutinho:

“Analisando detidamente o processo, é de se perceber que inexistente base sólida apta a fundamentar uma condenação. Assim, o decisum não merece reparos, visto que não se evidenciou a existência de provas robustas que pudesse levar a um juízo condenatório. Senão vejamos. Conforme pontuado na sentença vergastada, a materialidade do delito de lesão corporal resta comprovada nos autos pela presença do laudo peridial (fl.28) e pelos depoimentos colhidos

nos autos. Contudo, a absolvição se impõe diante da impossibilidade de averiguar, de fato, as circunstâncias pelas quais ocorreram as lesões em virtude das agressões recíprocas perpetradas entre o casal.

Cumpra asseverar, primeiramente, que não se olvida ser de elevado valor a palavra da vítima na elucidação dos fatos desta natureza, posto que os crimes de violência contra a mulher geralmente são cometidos na intimidade do casal, de modo clandestino. Contudo, tal entendimento não deve ser interpretado de maneira absoluta, sendo imprescindível, outrossim, a existência de um depoimento coerente, seguro, firme, coadunando-se sempre com o conjunto probatório produzido ao longo do processo, o que não se verificou no caso sub judice.

[...]

Nesse cotejo, insta concluir que a sentença vergastada não merece qualquer reparo, uma vez que o arcabouço probatório colhido no feito revela-se consistente e suficiente para embasar a absolvição do Apelado, nos moldes em que se deu.”

Não restam dúvidas, assim, de que, apesar da especial relevância da palavra da vítima nos casos de violência doméstica, exige-se um lastro probatório mínimo da autoria para a condenação do réu.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO. DÚVIDAS SOBRE QUEM INICIOU AS AGRESSÕES. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A prova oral deixa dúvidas sobre quem iniciou as agressões recíprocas e, por conseguinte, acerca de quem teria agido em legítima defesa, atraindo a incidência do princípio in dubio pro reo. 2. Recurso conhecido e não provido para manter a absolvição do recorrido da imputação do artigo 129, § 9º, do Código Penal, combinado com o artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.340/2006. (TJ-DF - APR: 20140110050187 DF 0001345-93.2014.8.07.0016, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 26/03/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 07/04/2015. Pág.: 120)

Conclui-se, assim, pela inexistência de prova que corrobore as palavras da vítima - do que resulta a impossibilidade de se decretar a condenação, impondo-se a absolvição, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Pelas razões acima expendidas, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, para manter inalterada a r. sentença vergastada – em sintonia com o opinativo da nobre Procuradoria de Justiça.



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0115627-59.2008.8.05.0001, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, RELATOR (A): DES. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA, JULGADO EM 31.07.2014.

APELAÇÃO CRIMINAL. ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 213 C/CO ART. 224, “B”, DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DO FATO (ESTUPRO PRESUMIDO PELA DEBILIDADE MENTAL DA VÍTIMA). DENÚNCIA JULGADA

IMPROCEDENTE, ABSOLVENDO-SE O RÉU DA PRÁTICA DO CRIME A ELE IMPUTADO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA SUA CONDENAÇÃO. PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE REFORMA DA SENTENÇA, PARA QUE O RÉU SEJA CONDENADO, ALEGANDO A EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS PROBANTES QUE CERTIFICAM A AUTORIA DELITIVA PELO CRIME DESCRITO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ACUSAÇÃO RESPALDADA APENAS EM INDÍCIOS. EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÕES NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DE SEU GENITOR. CONDIÇÃO DE DEBILIDADE NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. NÃO RESTANDO COMPROVADO TAMBÉM QUE O RÉU TIVESSE CONHECIMENTO DESSA CONDIÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO, EM HARMONIA COM A DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA.

Os elementos probatórios carregados aos autos não preenchem o requisito de idoneidade necessário para amparar a condenação do Acusado pela prática do delito previsto no art. 213 c/c o art. 224, “b”, ambos do Código Penal, com a redação vigente ao tempo do fato.

Até chegar a uma convicção idônea, impõe-se ao Julgador a análise acurada de todas as provas lícitas que foram coligidas aos autos, desde a fase inquisitiva até a instrução criminal, que lhe confirmam a certeza absoluta sobre a materialidade e a autoria delitivas. Este convencimento pleno é exigido pelo processo penal, constituindo-se em uma regra para o Magistrado, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada. Havendo dúvidas, não sendo obtido esse grau de convencimento, em obediência à presunção de inocência e ao princípio do in dubio pro reo, a absolvição do réu se apresenta como a única opção.

Não restou provado que o Réu tivesse constrangido, mediante violência ou grave ameaça, J. à prática de conjunção carnal. Ao contrário, restou mais robusta a tese de que a relação sexual foi consentida.

Diante de tantas contradições, dúvidas e incertezas presentes nas declarações da vítima e de seu genitor, não há como se sustentar a alegação da necessidade de condenação do Réu, considerando que estaria amparada em um meio de prova que não se revela, à evidência, idôneo.

No que pertine à alegação de que o consentimento seria absolutamente nulo, por razão de debilidade mental de J., tal circunstância não restou provada nos autos, não havendo elementos suficientes que comprovem o estado de debilidade da vítima e de que o Réu tinha conhecimento desta condição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0115627-59.2008.8.05.0001, da Comarca de Salvador, em que figuram, como Apelante, MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e como Apelado RONALDO DA SILVA SANTOS.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação interposto, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, pelos motivos que passam a expor:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, em irresignação aos termos da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra Criança e Adolescente da Comarca de Salvador (fls. 168/175) que julgou improcedente a denúncia, para absolver RONALDO DA SILVA SANTOS da imputação de estupro contra adolescente que lhe foi atribuída na inicial, com arrimo no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Conforme consta da denúncia, em 11 de setembro de 2004, por volta das 3:30 horas, o denunciado constrangeu a menor J.J.S a praticar conjunção carnal consigo em um barraco localizado no bairro de Cana Brava.

Neste contexto, o denunciado levou a vítima até o barraco do seu amigo e, lá estando, praticou com esta sexo vaginal. Consta que a vítima contava, à época do fato, 14 anos de idade.

Ato contínuo, o genitor da menor, ao sentir sua falta, iniciou sua procura, chegando a encontrar a vítima e o denunciado, porém, ao perceber a presença do genitor da menor, o denunciado evadiu-se do local com a vítima. O genitor questionou a menor o fato de ser encontrada com o denunciado, a mesma relatou que havia mantido congresso sexual com o denunciado.

O acusado, perante a Autoridade Policial, negou a prática do delito, informando que morava junto com J. cerca de seis meses e meio. (fls. 61/62).

A vítima, perante a Autoridade Policial, informou “que na noite do dia 10 estava com sua irmã e umas colegas na porta da casa conversando, quando NAL passou e a chamou. A declarante o acompanhou, tendo NAL a levado ao barraco de um amigo dele... A princípio namoraram, o namoro tornou-se mais “quente”, passaram então a manter sexo vaginal; que a relação sexual não doeu muito”... . (fls. 10)

A denúncia foi recebida em 06 de agosto de 2008 (fls. 89).

O acusado RONALDO DA SILVA SANTOS apresentou defesa preliminar (fls.97), oferecendo rol de testemunhas.

Durante a instrução processual foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa e a declaração da vítima, sendo dispensada a oitiva da testemunha de defesa, Lúcia. A MM Juíza decretou a revelia do acusado em razão de, apesar de intimado, não ter comparecido à audiência para ser interrogado, em função de ter prisão decretada em seu desfavor.

O Ministério Público apresentou memoriais (fls. 154/157) e o acusado apresentou suas alegações finais (fls. 159/166).

Finalizada a instrução criminal, a MM. Juíza sentenciante, às fls. 168/175, julgou improcedente a denúncia contra o denunciado apresentada, absolvendo-o da imputação que lhe foi atribuída na inicial, com arrimo no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, interpôs o Ministério Público, tempestivamente, recurso de apelação (razões às fls. 184/189), no qual requer o conhecimento e provimento do recurso para condenar RONALDO DA SILVA SANTOS, nos termos da denúncia, visto que o conjunto probatório fornece elementos suficientes para condenar o Apelado, concluindo irrelevante ter ou não a vítima consentido para a prática do ato, uma vez que esse consentimento é absolutamente nulo.

Devidamente intimada, a defesa apresentou contrarrazões (fls. 204/208), pugnando pelo conhecimento e improvimento do recurso e a manutenção da r. decisão de Primeira Instância.

Distribuídos por sorteio, vieram os autos conclusos, fls. 211.

A douta Procuradoria de Justiça opinou, através do Parecer n.º 3.469/2014, de fls. 265/269, pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação interposto, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTO

O recurso manejado merece ser conhecido porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade a ele inerentes.

Da análise dos autos, não se vislumbra existir plausibilidade nos argumentos defendidos pelo Apelante, visando o provimento do apelo oferecido.

No intuito de demonstrar o acerto da afirmação acima externada, procede-se à apreciação das alegações produzidas pelo Insurgente em suas razões recursais.

Defende o Ministério Público a reforma da sentença impugnada, visando a condenação do Reú, nos termos da denúncia, (artigos 213 c/c 224, alínea “b”) visto que o conjunto probatório fornece elementos suficientes para condenar o Apelado, concluindo irrelevante ter ou não a vítima consentido para a prática do ato, uma vez que esse consentimento é absolutamente nulo.

O delito de estupro, pela redação em vigor na data do fato apurada na denúncia, previa como conduta típica “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Admite o ordenamento jurídico, para legitimar uma sentença condenatória, valer-se o Julgador, dentre os meios de prova colocados à sua disposição, da palavra da vítima, a qual, nos crimes sexuais, que são praticados, majoritariamente, às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, adquire valor probatório relevante, desde que coerente, harmônica e cotejada com o restante do conjunto probante presente no encarte processual.

Os elementos probatórios carreados ao processo, no entanto, não preenchem o requisito de idoneidade necessário para amparar a condenação do Acusado pela prática do delito previsto no art. 213 c/c o art 224, ambos do Código Penal, com a redação vigente ao tempo do fato.

Ao exame dos autos, verifica-se a existência de várias contradições nas declarações da vítima e no depoimento de seu genitor, valendo destacar:

Na Delegacia, afirmou a vítima:

“Que na noite do dia 10 estava com sua irmã e umas colegas na porta da casa conversando, quando NAL passou e a chamou. A declarante o acompanhou, tendo NAL a levado ao barraco de um amigo dele... A princípio namoraram, o namoro tornou-se mais “quente”, passaram então a manter sexo vaginal; que a relação sexual não doeu muito, a declarante não sabe precisar se houve penetração completa ou se a prática foi superficial, afirmando que não houve sangramento; que foi a primeira vez que praticou relação sexual; que não houve a prática de sexo anal nem sexo oral. Em dado momento, seu genitor chegou no barraco e, assim, a declarante e NAL saíram correndo pela porta dos fundos.”... (fls. 10)

Em Juízo, disse a vítima:

“que “ficou” com Ronaldo um bom tempo; que namoraram “até a idade que aconteceu isso aí”; que o fato aconteceu em 11 de setembro de 2004; que o fato ocorreu porque quis; que gostava e ainda gosta dele; que não namora ninguém porque ainda espera pelo acusado; que estava na rua em frente a porta de sua casa; que deu sinal para o réu a fim de se encontrarem; que foram para o barraco de um amigo dele; que foi desvirginada por ele; que “quando se perdeu” tinha 14 anos; que moraram juntos dois a três meses; que sua mãe foi quem lhe retirou da companhia do réu. ... (fls. 106)
Por sua vez no depoimento de seu genitor, (JORGE OLIVEIRA SILVA)

Consta que:

“...Ao inquiri-la, J. começou a chorar e não conseguiu contar o que havia ocorrido no interior do barraco enquanto esteve na companhia de NAL. Posteriormente, J. narrou-lhe, sem maiores detalhes, que havia mantido congresso sexual com NAL e que esse havia dito que ela não contasse nada a ninguém...(fl. 09)

Na fase judicial, narrou o genitor da vítima:

“...que ela já tinha 14 anos; que ela disse que praticou sexo com o réu espontaneamente; que ela nunca tinha namorado; que tanto o declarante quanto sua esposa trabalhavam e não tinham como vigiar seus filhos; que a garota estudava; que ela tinha bom rendimento escolar; que sua filha conversa normalmente; que ela gosta do réu; que ele corresponde ao sentimento da sua filha”...(fl. 123)

Dos trechos das declarações acima transcritos, denota-se a presença de inúmeras contradições, que as descredenciam para embasar uma condenação em desfavor do ora Apelado.

Na delegacia, a vítima afirma que foi o Réu que a chamou, já em Juízo declara que “deu sinal para o Réu para se encontrarem”.

O pai da vítima, na fase policial, afirmou que “J. começou a chorar e não conseguiu contar o que havia ocorrido no interior do barraco”. Em Juízo, declara que “ela disse que praticou sexo com o réu espontaneamente... que ela gosta do réu; que ele corresponde ao sentimento da sua filha”

Diante de tantas contradições, dúvidas e incertezas presentes nas declarações da vítima e de seu genitor, não há como se sustentar a alegação da necessidade de condenação do Réu, considerando que estaria amparada em um meio de prova que não se revela, à evidência, idôneo.

Corroborar a tese defensiva de manutenção da sentença o fato de que, passados 7(sete) anos do fato, a vítima declarou em audiência (fl. 150) que “está grávida do acusado e continuam se relacionando”.

Ademais, o Réu negou a prática do delito de estupro, declarando em seu interrogatório que “Começou a namorar J. no final de 2004, e em razão dos pais não aceitarem o namoro a mãe de J. disse para ela escolher entre morar na casa deles e continuar o namoro com o interrogado, tendo J. resolvido ir morar com o interrogado” (interrogatório, fl. 61)

Segundo farta orientação doutrinária e jurisprudencial, um decreto condenatório deve repousar em prova certa e segura. Assim é que, sem um elemento probante pleno e eficaz da culpabilidade do réu, não é possível reconhecer sua responsabilidade criminosa, como no caso presente. Quando muito, poderiam pairar dúvidas, o que o nosso ordenamento jurídico não permite para embasar uma condenação, considerando o princípio do in dubio pro reo.

Nesse sentido, confira-se:

“RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO, IN DUBIO PRO REO. RECURSO PROVIDO.
Nos crimes contra a liberdade sexual, nos quais é rara a presença de testemunhas, a palavra da vítima tem forte valor probante. No entanto, não pode exclusiva e isoladamente ser motivo de condenação, sob pena de configurar-se um juízo de pessoa e não de valores.
Um juízo de probabilidade, por mais robusto que se apresente, não legitima, na esfera penal, a certeza absoluta para justificar a resposta punitiva, em face do consagrado princípio do in dubio pro reo.
Apelação conhecida e provida”. (APCR 0519752-8/PR, Rel. Des. Jorge Wagih Massad, DJ/PR 20/03/2009).

Até chegar a uma convicção idônea, impõe-se ao Julgador a análise acurada de todas as provas lícitas que foram coligidas aos autos, desde a fase inquisitiva até a instrução criminal, que lhe confirmam a certeza absoluta sobre a materialidade e a autoria delitivas. Este convencimento pleno é exigido pelo processo penal, constituindo-se em uma regra para o Magistrado, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada. Havendo dúvidas, não sendo obtido esse grau de convencimento, em obediência à presunção de inocência e ao princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição do réu se apresenta como a única opção.

Verifica-se, portanto, que não restou provado que o Réu tivesse constrangido, mediante violência ou grave ameaça, J. à prática de conjunção carnal. Ao contrário, restou mais robusta a tese de que a relação sexual foi consentida.

No que pertine à alegação de que o consentimento seria absolutamente nulo, por razão de debilidade mental de J., tal circunstância não restou provada nos autos, não havendo elementos suficientes que comprovem tal assertiva. Tampouco existe qualquer comprovação de que o Réu teria conhecimento de que J. tinha algum problema mental.

A testemunha de defesa, Ailton Nunes dos Santos, declarou à fl. 127 que “conhece acusado e vítima; que ele morava com a vítima na residência com os pais dela; que ela não demonstrava ter problemas mentais...”

Por sua vez, o pai da vítima declarou que “a garota estudava; que ela tinha bom rendimento escolar”

Os depoimentos acima se mostram suficientes para descaracterizar a alegação do Recorrente de que J. tinha debilidade mental e de que o Réu tinha conhecimento dessa circunstância.

A douta Procuradoria de Justiça, acerca da matéria, assim opinou:
“ No cotejo dos depoimentos da vítima com os demais elementos constantes dos autos, observa-se que entre ela e o seu suposto ofensor existia envolvimento prévio, inclusive, com anteriores relações de natureza sexual consentidas, sem que exista nos fôlios qualquer evidência do conhecimento do Recorrido acerca da debilidade mental da vítima” (parecer fls.236)

“Vê-se, desse modo, que a conjunção carnal imputada criminosa foi consentida, estando à época, vítima e ofendido entretidos por relação afetiva, não existindo, frise-se, quaisquer elementos comprobatórios que evidenciam a consciência da situação de debilidade mental da vítima, por parte do réu. E, mais nada nos autos aponta ser tal circunstância evidente, de modo que não poderia ser exigida a sua ciência, possuindo a vítima vida social normal, estudando, se relacionando com vizinhos, sem que deixasse transparecer qualquer distúrbio de que padecesse”. (parecer fls.237)

Merece transcrição ainda a jurisprudência colacionada pelo *Parquet* às fls. 238/239.

“APELAÇÃO - ESTUPRO - PROVA - INSUFICIÊNCIA - “”IN DUBIO PRO REO “”- ABSOLVIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Uma sentença condenatória não pode ser baseada única e exclusivamente em indícios. A prova nebulosa e contraditória e geradora de dúvida quanto à configuração dos delitos não tem o condão de autorizar a condenação do réu não confesso, vez que ela não conduz a um juízo de certeza. O Estado que reprime o delito é o mesmo que garante a liberdade. O Estado de Direito é incompatível com a fórmula totalitária. Nele prevalece o império do direito que assegura a aplicação da máxima “”in dubio pro reo“”. Recurso a que se dá provimento. (TJMG AP CRIMINAL 1.0000.00.327973-4/000(1), Relator: TIBAGY SALLES, data de Julgamento: 21/10/2003) – sem grifos no original.”
Não assiste razão, portanto, ao Apelante em sua irresignação.

Ante o exposto, voto, em harmonia com a douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento do Recurso de Apelação interposto, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença recorrida conforme lançada.



TJBA, APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0088891-77.2003.805.0001-0, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, RELATOR DESIGNADO: DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO, JULGADO EM 15.04.2010.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CÓDIGO DE TRÂNSITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CULPA NA MODALIDADE IMPRUDÊNCIA. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO PROVIDO.
1. Delmanto (Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 22 e 23) sustenta a excessiva abrangência da teoria, fazendo jus aos limites que lhe outorga a Teoria da Imputação Objetiva de Hans-Henrich Jescheck, “somente pode ser objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana (no sentido da teoria da condição), quando a mesma criou para o seu objeto protegido, uma situação de perigo (ou risco) juridicamente proibida e o perigo se materializou no resultado”.
2. A culpa na modalidade imprudência restou incontroversa, posto que a pista em que ocorreu o acidente tem tráfego constante de ônibus, com a probabilidade de resíduos de óleo, bem assim chovera na véspera. De tal sorte que se requeira

duplicada atenção do condutor, que deve antever eventuais ocorrências, a exemplo desta em análise.
3. Na forma do art.44/CP, substituo a privativa de liberdade, posto inferior a quatro anos e em se tratando de crimes culposos e sopesadas as circunstâncias do art. 59, por restritiva de direito, qual seja a prestação de serviço à comunidade em hospital da rede pública a ser discriminado pelo juízo de execução pelo mesmo período da condenação definitiva, portanto três anos e quatro meses.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0088891-77.2003.805.0001-0 em que é Apelante Ministério Público, sendo Apelada Jeanne Amorim de Oliveira, ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em DENEGAR a ordem, de conformidade com o voto condutor.

RELATÓRIO

Trata-se de ação penal proposta pelo órgão acusatório com o fito de condenar a ora Apelada pela prática da conduta descrita no art. 302, § único, II e art. 303, § único da Lei 9503/97 c/c art. 69/CP.
O d. Juiz julgou improcedente a denúncia, e absolveu a ré da aludida imputação. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação às fls. 284.
Na sessão de 08 de abril de 2010, a digna Desembargadora relatora Aidil Silva Conceição submeteu à apreciação colegiada voto pelo improvimento do apelo, para manter a sentença absolutória de fls. 278/82.
Pedi vistas dos autos para melhor analisar a questão.
Procedida a leitura do voto vista na sessão de 15 de abril, saí vencedor e, portanto, designado para a lavratura do voto, cujas razões passo a expender.

VOTO

Trata-se de uma lesão corporal gravíssima e, outro, homicídio, resultantes de atropelamento desempenhado pela ora Apelada, na direção de veículo, após haver abandonado o leito carroçável, subido a calçada e apanhado as vítimas, que aguardavam condução.
Com a devida vênia, parece justificável excetuar o decisório de piso no caso examinado.
Vejamos.
Diante dos fatos postos sob sua apreciação, o magistrado de origem entendeu que

“O acidente foi decorrente de causa imprevisível e irresistível pela denunciada, causado pelo óleo derramado sobre a pista molhada, preexistente, relativamente independente [...] Assim, comprovadamente a denunciada não agiu com imprudência, negligência, imperícia, a saber sob nenhuma modalidade culposa, nem praticou delitos em concurso formal, diante da contundência das provas, o acidente decorreu de fortuidade imprevisível.”

A ilustre Procuradoria de Justiça, de sua vez, no parecer de fls. 307/311,

“É possível imputar a criação do risco ao bem jurídico à Recorrente? É possível atribuir-lhe a realização do risco ao bem jurídico, como obra dela?
Ante os bem fundamentados laudos periciais entelados nesses autos, impossível responder não a essas perguntas. Portanto, considerando-se, conforme já se afirmou, que a conduta imprudente da Apelada foi capaz, por si só, de produzir os resultados típicos, não há motivos para não assegurar o fiel cumprimento da ordem jurídica, garantindo a aplicação das penas cominadas nos tipos realizados pela Recorrente.”

A discussão entabulada no presente caso, como se vê, orbita o nexos de causalidade entre conduta praticada pela ré e o resultado alcançado, haja vista a disciplina jurídica do art. 13 do Código Penal.
São diversas as teorias que se dispõem a elucidar a questão, elencadas nas *Instituições Penais de Basileu Garcia*, com atualização pela editora Saraiva (7a. ed. rev. e at., 2008, pp. 292 e ss), dentre as quais aquela adotada pelo nosso CP, a Teoria da Equivalência das Condições, cujas premissas trazemos abaixo.

“Pela teoria da equivalência das condições, ou da conditio *sine qua non*, considera-se causa toda condição do resultado, todo fato que concorra para produzi-lo, todo fato sem o qual o resultado não se teria produzido. Se mentalmente, perante a ocorrência verificada, se abstrair a contribuição causal a que se quer dar o valor de condição, e se concluir que, suprimida a sua atividade, o resultado não apareceria, não se terá dúvida de que aí se achará, autenticamente, uma condição, com o pleno valor de causa.”

Delmanto (*Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 22 e 23) sustenta a excessiva abrangência da teoria, fazendo jus aos limites que lhe outorga a Teoria da Imputação Objetiva de Hans-Henrich Jescheck, “somente pode ser objetivamente imputável um resultado causado por uma **ação humana** (no sentido da teoria da condição), quando a mesma criou para o seu objeto protegido, uma situação de perigo (ou risco) juridicamente proibida e o perigo se materializou no resultado”.

Nos comentários ao parágrafo primeiro do multicitado art. 13, o mesmo Delmanto esclarece que trata o dispositivo de lei de exclusão de concausa relativamente independente, “fora do desdobramento normal da causa original, e que, por si só, já causa o resultado. Assim, se a segunda causa estiver dentro do desdobramento físico da primeira, o agente responde pelo resultado.”

Vejamos, no caso em tela, a dinâmica da colisão.

Sustenta a Apelada que, “no local onde o carro desviou, subindo o meio fio, havia óleo, pois trafegam ônibus”, fls. 04.

Ora, eventual existência de resíduos de óleo e poças d’água acumuladas em decorrência de precipitação atmosférica da madrugada anterior, reduziriam o coeficiente de atrito do piso, favorecendo a derrapagem, mas não seriam, por si só, causa eficiente para a ocorrência do homicídio e da lesão corporal ora *sub judice*.

Mesmo porque, conhecendo o local, próximo de sua residência e no qual trafega habitualmente, em face da probabilidade de acúmulo de óleo e porque, da chuva da véspera, deveria ter redobrado o “cuidado objetivo genérico”, conforme salienta o douto membro do Parquet encarregado de oferecer as razões recursais (fls. 286/92).

Ainda assim, não ficou provada a existência de poças e similares, se é que havia qualquer espécie de líquido na pista, pois nada há, nos autos, que o assegure.

Segundo que, em havendo, realmente, tais fluidos, restaria o enquadramento na fórmula de Delmanto, elaborada a partir da Teoria da Equivalência hoje adotada pelo CP. Isto é, muito bem articulado nas razões recursais. Como é de trivial conhecimento, só haveria causa superveniente na ocorrência de um evento posterior independente que causasse os danos, o que não ocorreu.

Há testemunhas, inclusive, que ressaltam a baixa velocidade na qual se aproximou da calçada o veículo conduzido pela ora Apelada quando do sinistro, a exemplo de Walderson Castelo Branco, fls. 11, Kátia Brito, fls. 13 e José Carlos Cavallier, fls. 15, versão incompatível com eventual derrapagem, fenômeno brusco e vertiginoso.

Vejamos a dinâmica conforme Laudo Pericial de fls. 45,

“Tendo em vista o que foi dado observar no local e com base nos elementos materiais coligidos, admitem os Peritos que o evento tenha obedecido à seguinte dinâmica: por volta das 08h do dia 23 de fevereiro do ano 2003, trafegava o automotor de placa policial JLO 3417, pela Rua César Zama na Barra, em pista de traçado reto, perfil plano, molhada em função do tempo chuvoso, no sentido direcional daquela artéria para o Jardim Brasil. Quando atingia as imediações de um ponto de ônibus, postado no centro do muro lateral direito da Associação Atlética da Bahia, sua motorista perdeu o controle da referida unidade de tráfego, que desgovernada, subiu o meio-fio, invadindo o aludido ponto de ônibus.”

E a conclusão dos peritos,

“Com base nos resultados dos exames, os peritos concluem como causa do acidente, a **conduta imprópria do condutor do veículo de placa JLO- 3417, por estar trafegando, sem atenção e os cuidados inerentes à segurança do tráfego no local, dando origem ao sinistro ora relatado**”.
Nossos grifos

Do exposto, data *maxima venia*, discordo do escólio da digníssima Relatora: restou comprovado que, na data dos fatos, a apelada conduzindo o seu veículo pela via pública sem as devidas cautelas, a despeito de chuva ou remanescentes de óleo, deu causa à morte de Marinalva Silva Vieira e às lesões gravíssimas que vitimaram Antônia Oliveira dos Santos.

A culpa na modalidade imprudência restou incontroversa, posto que a pista em que ocorreu o acidente tem tráfego constante de ônibus, com a probabilidade de resíduos de óleo, bem assim chovera na véspera. De tal sorte que se requeria duplicada atenção do condutor, que deve antever eventuais ocorrências, a exemplo desta em análise.

Passo a dosagem da pena;

O ponto de partida para a fixação da pena base costuma ser o mínimo legal. Admite-se, excepcionalmente, ponderadas as circunstâncias do artigo 59/CP, portanto culpabilidade, antecedentes e personalidade, conduta social, motivos, consequências, comportamento da vítima e circunstâncias do crime, a majoração para além desse patamar.

No caso dos autos, é de obedecer-se à regra geral. Em razão da boa conduta pregressa da acusada, seus antecedentes favoráveis, a condição de primária, com personalidade sociável, sendo dotada de ocupação lícita e sem particular relevo as demais circunstâncias, fixo a pena base no mínimo: dois anos pelo homicídio e seis meses pela lesão corporal, como determinam os arts. 302 e 303 do CTB.

À minguia de agravantes e atenuantes, faço, enfim, incidir a causa de aumento vinda ao art. 302, parágrafo único, inciso II, equivalente a um terço, havendo sido as vítimas colhidas na calçada enquanto aguardavam condução. À pena-base do homicídio, de dois anos, acrescem-se oito meses ou um terço; aos seis meses da lesão corporal somam-se dois meses ou o mesmo terço (art. 303, parágrafo único).

A pena definitiva pelos dois crimes totalizaria 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção. Todavia, observa-se o transcurso de lapso temporal superior a dois anos desde a publicação da sentença condenatória, fazendo incidir a prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente quanto à pena de oito meses atribuída a propósito da lesão corporal culposa.

Igualmente prescrita a pena acessória coincidente com o perdimento da habilitação ou, nos termos precisos da lei, a suspensão da carteira e, conseqüentemente, do direito de guiar veículos.

Na forma do art.44/CP, substituo a privativa de liberdade, posto ser inferior a quatro anos e em se tratando de crimes culposos e sopesadas as circunstâncias do art. 59, por restritiva de direitos, qual seja prestação de serviço à comunidade em hospital da rede pública a ser discriminado pelo juízo de execução pelo mesmo período da condenação definitiva, portanto dois anos e oito meses.



TJBA, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL N.º 0021816-38.2014.8.05.0000, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, RELATOR (A): DESª. NÁGILA MARIA SALES BRITO, JULGADO EM 30.04.2015.

AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO MP. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PROVIMENTO.
Benefício deferido pelo MM. Juiz de 1ª Instância sem o exame das condições subjetivas. Insurgência do MP. Sentenciado que cumpre pena por crime de inquestionável gravidade (roubo qualificado) e responde por dois crimes de homicídio e um de atentado violento ao pudor. Circunstância que, em princípio, evidencia ser temerária a concessão do benefício pleiteado sem exame do requisito subjetivo. De ofício, determino a realização de exame criminológico, elaborado conjuntamente por médico psiquiatra e psicólogo, e posterior reapreciação do pedido de benefício de Livramento Condicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e distribuídos estes autos de AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL nº 0021816-38.2014.805.0000, sendo agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e agravado SIDNEY SANTOS ALVES.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PROVIMENTO ao presente AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, irresignado com a respeitável decisão proferida nos autos da Execução Penal nº 0700052-78.2014.805.0250 prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Simões Filho, que concedeu o benefício do Livramento Condicional ao condenado SIDNEY SANTOS ALVES (fls.172/173).

O Agravo em Execução foi interposto sob o argumento de que o Agravado não preenche os requisitos subjetivos para o deferimento do livramento condicional, visto que o Magistrado da Vara de Execuções Penais de Simões Filho deixou de considerar 03 (três) processos criminais que tramitam em desfavor do Recorrido.

Em contrarrazões, o defensor pugnou pelo desprovimento do Agravo, mantendo-se o benefício do Livramento Condicional.

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 204)

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, no parecer da lavra do Dr. Adalberto Dórea (fls. 212/215), opinou pelo conhecimento e provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O recurso merece prosperar.

Inicialmente, saliento que a execução da pena tem por finalidade harmonizar a defesa dos interesses e da segurança social com a reinserção do sentenciado à coletividade. Assim, não pode o Juiz agir de forma precipitada, premido pelos interesses de possibilitar que sentenciados com perfil altamente comprometedor - como é o caso do recorrido, sejam reinseridos no convívio social.

No caso em tela, trata-se de sentenciado que cumpre pena de 06 (seis) anos de reclusão, pela prática do crime de roubo qualificado, tendo o Magistrado *a quo* deferido o livramento condicional sem o prévio exame das condições pessoais que façam presumir que este não voltará a cometer delitos, conforme decisão de fls.172/173.

O Juiz *a quo* analisou apenas os incisos do art. 83 do CP, não se manifestando quanto ao parágrafo único do mesmo artigo, que determina que, nos casos de crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

A Doutrina e a Jurisprudência entendem ser necessária a observância do quanto prescrito no parágrafo único do artigo 83 do CP nos crimes praticados com violência ou grave ameaça:

“(…) Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
(…)

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.(...)” (Grifo Nosso)

Na trilha de excelência desse raciocínio, estribilha Avena:

(...) Por outro lado são requisitos subjetivos:
(...)
4) Constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, no caso de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa: Esse requisito é previsto no Código Penal apenas em relação ao condenado pela prática de crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A constatação das condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir pode ser alcançada mediante a elaboração de exame criminológico, que constitui inequivocamente instrumento relevante de prognóstico da vida futura do condenado, especialmente a partir de considerações sobre a introjeção da terapêutica prisional, presença de consciência crítica sobre os atos criminosos praticados, sentimento de culpa perante os danos causados a terceiros, vulnerabilidade à patologia delitiva etc. Deve-se referir, entretanto, a existência de forte entendimento no sentido de que a constatação das condições pessoais do condenado prevista no art. 83, parágrafo único, do CP e a possibilidade de submetê-lo a exame criminológico teriam sido revogadas pela nova redação dada ao art. 112, caput e § 2º, da LEP pela L. 10.792/2003, dispositivo esse que teria passado a exigir, tanto para fins de livramento condicional quanto para a progressão de regime, apenas o implemento do fator temporal e o bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do presídio. Não concordamos, porém, com essa posição e compartilhamos do entendimento de que, embora a nova redação do art. 112 da LEP tenha dispensado a obrigatoriedade o exame criminológico para a concessão da progressão de regime e do livramento condicional, faculta-se ao juiz, fundamentando sua decisão nas peculiaridades do caso concreto, determinar a realização desse exame, especialmente nas hipóteses de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Nesse sentido, aliás, é a orientação dominante na jurisprudência pátria e também a Súmula 439 ao dizer que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.(...)” (Avena, Norberto Cláudio Pâncaro, Execução penal: esquematizado / Norberto Cláudio Pâncaro Avena. - 1. ed. - São Paulo : Forense, 2014.)

Não é outro o entendimento da Jurisprudência pátria.

“(…) Cumpre observar, ainda, por necessário, que não pode o Juiz fazer tabula rasa do disposto no artigo 83, parágrafo único, do Código Penal, que - em se cuidando de condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa como é o caso do agravado - vincula a concessão do livramento condicional à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (...)” (TJ-SP, Relator: Sérgio Coelho, Data de Julgamento: 26/02/2015, 9ª Câmara de Direito Criminal)

Ora, o agravado cumpre pena pela prática de crime de inquestionável gravidade e responde por 2 crimes contra a vida e outro contra a liberdade sexual, devendo ser melhor avaliado antes de ter sua liberdade antecipada, tanto que o legislador entendeu ser necessário o exame das condições pessoais, uma vez que o simples fato de o executado ajustar-se ao meio carcerário não pode acarretar a ilusão de sua recuperação, até porque, no mais das vezes, estará apenas submetido aos efeitos da “prisionização”.

Ademais, entendo, no caso em exame, imprescindível a realização do exame criminológico recente elaborado conjuntamente por médico psiquiatra e psicólogo, de modo a evitar frustração no processo de sua regeneração e reabilitação.

Observe ainda a existência, nos autos, de parecer psicológico, elaborado em 13 de março de 2014, objetivando a progressão de regime, que se fosse atual e não apresentasse contradição, como no caso ora analisado, poderia até suprir o exame criminológico. Vejamos:

“(…) na entrevista de avaliação psicológica no dia 13 de Março de 2014 para a elaboração deste parecer psicológico, SIDNEI SANTOS ALVES, apresentou-se mais de uma vez com alteração aparente de suas funções mentais, dificultando a coleta de informações necessárias para a realização deste documento
(...)
Deste modo, SIDNEI SANTOS ALVES, demonstra indícios de que poderá se ajustar à sociedade e às normas impostas pela mesma, visto que não apresenta alterações de suas funções mentais e também apresenta estrutura de apoio familiar. Porém, para usufruir do seu benefício constata-se à necessidade de um acompanhamento psicossocial, com o objetivo de monitorar e auxiliar o seu processo de reintegração(…)”

No mais, a simples presença de atestados de bom comportamento carcerário expedidos por diretores de estabelecimento prisionais não proporcionam o conhecimento aprofundado e especializado para a visualização criminológica do sentenciado, uma vez que este responde a três outros processos, acusado de dois homicídios e um atentado violento ao pudor.

Nesse sentido a jurisprudência:

AGRAVO EM EXECUÇÃO LIVRAMENTO CONDICIONAL Deferimento em primeiro grau com base, apenas, no atestado de bom comportamento Necessidade de realização de exame criminológico, para melhor avaliar o merecimento do sentenciado Providência que, diante das peculiaridades do caso vertente, se torna indispensável Determina-se a regressão do apenado para realização de exame criminológico e posterior reapreciação do pedido de benefício. RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. (TJ-SP , Relator: Cesar Mecchi Morales, Data de Julgamento: 14/10/2014, 3ª Câmara de Direito Criminal)

O conceito de bom comportamento carcerário não é necessariamente alinhado ao de ausência de periculosidade. Assim, o condenado que ostente outros supostos delitos gravíssimos, como é o caso do recorrido, deve ser melhor avaliado, de forma a se verificar se está apto a retornar ao convívio social.

No mesmo sentido:

“bom comportamento todo preso deve ter. A liberação exige mais. Falta de periculosidade e demonstração de que, em liberdade, a possibilidade de tornar a delinquir é nenhuma ou reduzida. É nisso que consiste o mérito tão discutido nos incidentes de execução” (TJSP Agr. em Exec. Nº 1.133.438.3/7-Presidente Prudente, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Pinheiro Franco, v.u., j. 6.12.07).
“o meio social não pode e nem deve servir de “laboratório”, onde se vá testar a aparente “recuperação” de perigosos delinqüentes” (TJSP - Agr. em Exec. Nº. 243.772-3/6 - Presidente Prudente, rel. Des. Jarbas Mazzoni).

Ademais, não se pode alegar que o exame criminológico não se faz mais necessário após a alteração do art. 112 da LEP, introduzida pela Lei 10.792/03. Ora, como acentua Guilherme de Souza Nucci, “a jurisprudência, após a modificação introduzida pela Lei 10.792/2003, ao art. 112 da Lei de Execução Penal, tem, majoritariamente, adotado posição contrária à abolição padronizada do exame criminológico, exigível para a progressão de regimes, mormente de condenados por crimes violentos contra a pessoa. Em função da individualização executória da pena, não se pode permitir que um mero atestado de conduta carcerária cerceie o convencimento do magistrado, levando-o a estabelecer uma progressão-padrão” (“Individualização da Pena”, 3ª edição, Ed. RT, p. 11/12).

De fato, o conceito de bom comportamento não é necessariamente alinhado ao de ausência de periculosidade, de modo que os Tribunais Superiores possuem súmulas a respeito da matéria (Súmula n. 439 do STJ e Súmula Vinculante n. 26 do STF), entendendo que o art. 112 da LEP, em sua nova redação, admite a realização do exame criminológico em casos como o que ora se cuida, visando à necessária avaliação do condenado e de seu mérito para a promoção de regime prisional.

Em suma, pelas razões já expostas, os atestados de bom comportamento carcerário não são suficientes para avaliar adequadamente as condições subjetivas do agravado; assim, afigura-se extremamente inoportuna, e até mesmo temerária, a concessão do livramento condicional, no caso em exame, sem a realização de exame criminológico.

Assim, o retorno ao cárcere do Agravado mostra-se necessário diante da ausência de análise do requisito subjetivo, previsto no art. 83, parágrafo único, do Código Penal, pelo MM. Juiz a quo. No entanto, de ofício, determino a realização de exame criminológico, elaborado conjuntamente por médico psiquiatra e psicólogo, e posterior reapreciação do pedido de benefício de Livramento Condicional.

É como voto.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao presente AGRAVO DE EXECUÇÃO, para revogar o benefício do livramento condicional, determinando o recolhimento do agravado a unidade prisional. De ofício, determino a realização de exame criminológico, elaborado conjuntamente por médico psiquiatra e psicólogo, e posterior reapreciação do pedido de benefício de Livramento Condicional.

TJBA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 0005931-18.2013.8.05.0000, TRIBUNAL PLENO, RELATOR (A): DES. EMÍLIO SALOMÃO PINTO RESEDÁ, JULGADO EM 10/07/2015.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA Nº 269/2012. IMPOSIÇÃO DO FORNECIMENTO GRATUITO DE EMBALAGENS PELOS ATACADÓES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES NO MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA-BA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 59 E 164, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. DIREITO COMERCIAL E DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA LEGIFERANTE DOS MUNICÍPIOS. SUPLEMENTAÇÃO DE LEIS FEDERAL E ESTADUAL E ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. ATUAÇÃO SUPLETIVA: AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL ESTAR A SERVIÇO DE REGRAS JURÍDICAS ESTADUAIS OU FEDERAIS. INTERESSE LOCAL: FORNECIMENTO DE EMBALAGENS. REGRA GENÉRICA QUE EM TESE SE APLICARIA A TODO O PAÍS. FALTA DE ESPECIFICIDADE COM A SITUAÇÃO LOCAL. INTERESSE SOMENTE LOCAL DESCARACTERIZADO. VÍCIO FORMAL DA LEI: EMISSÃO POR ENTE SEM COMPETÊNCIA. ART. 59 DA CE. MALFERIMENTO. VÍCIO MATERIAL DA LEI: DISCIPLINAMENTO EM DETRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA. INGERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DO NEGÓCIO. IMPOSIÇÃO DE DESPESA. ART. 164, DA CE. OFENSA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO LIMINAR. EXAME PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0005931-18.2013.8.05.0000 e Agravo Regimental nº 0005931-18.2013.8.05.0000/50001, de Feira de Santana, em que são partes as acima nominadas.

ACORDAM os Desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em julgar **PREJUDICADO** o agravo regimental e por maioria **DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE** da Lei nº 269/2013, do Município de Feira de Santana, pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela ABASE - Associação Bahiana de Supermercados, tendo por objeto a Lei do Município de Feira de Santana nº 269/2012, que estabelece a obrigatoriedade da disponibilização gratuita de embalagens nos hipermercados, atacadões e similares no âmbito da referida cidade, sustentando a autora em sua pretensão, em síntese, a inconstitucionalidade formal da Lei, com afronta ao art. 59 da Constituição Estadual, por usurpar a competência privativa da União ao legislar sobre direito comercial, bem como a inconstitucionalidade material do regramento ao ir de encontro aos princípios da livre iniciativa, exercício da atividade privada e livre concorrência, estabelecidos no art. 164, § 1º, da Constituição Estadual, cuja violação à Carta Magna Estadual, reflete, no seu entender, por simetria, nos arts. 30, 22, I, e 170, *caput*, IV, parágrafo único, da Constituição Federal.

Aduz, ainda, a inexistência de interesse local que eventualmente avalizasse a construção legal em debate, entendendo avultar preponderante o interesse nacional da matéria, a retirar o âmbito da competência legislativa do Município.

A liminar foi indeferida por ato do Relator às fls. 134/135, sob embargos de declaração, acolhidos parcialmente apenas para corrigir erro material, fls. 141/142, e agravo regimental de fls. 146/150.

Notificado foi Presidente da Câmara Municipal de Feira de Santana, fls. 217, e indeferido o seu pedido de dilação de prazo para apresentação de informações, decisão à fl. 220, não recorrida, mas, ainda assim, restando protocoladas as informações às fls. 222/233.

Intimado, fl. 168, o Prefeito do Município de Feira de Santana não se manifestou.

Intervenção do Procurador-Geral do Estado, fls. 267/270, pugnando pela inconstitucionalidade da Lei em análise, assim como registrou o Procurador-Geral de Justiça no opinativo de fls. 273/280.

Distribuídos os autos, foi-me confiada a relatoria da ação, com o que elaborei este relatório, cuja cópia deverá ser distribuídas aos demais componentes do Colegiado, assim como cópias do Parecer da Procuradoria de Justiça, fls. 273/280, incluindo-se o feito em pauta, o que se ora determina, na conformidade do art. 182 do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

Tratam os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela ABASE - Associação Bahiana de Supermercados, tendo por objeto a Lei do Município de Feira de Santana nº 269/2012, que estabelece a obrigatoriedade da disponibilização gratuita de embalagens nos hipermercados, atacadões e similares no âmbito da referida Cidade, sustentando a autora, em resumo, a inconstitucionalidade formal da Lei, com afronta ao art. 59 da Constituição Estadual, por usurpar a competência privativa da União de legislar sobre direito comercial, além de inexistir interesse local a ser protegido, bem como a inconstitucionalidade material do regramento, quando malfez os princípios da livre iniciativa, exercício da atividade privada e livre concorrência, fincados no art. 164, § 1º, da Constituição Estadual, cuja violação à Carta Magna Estadual, reflete, por simetria, nos arts. 30, 22, I, e 170, caput, IV, parágrafo único, da Constituição Federal.

Inicialmente, em nome da celeridade processual, mantêm-se as qualificações dos partícipes desta ação como consignado pelo setor de protocolo - réus o Prefeito Municipal de Feira de Santana e o Presidente da Câmara de Vereadores daquele Município - a despeito de entendimentos variados a respeito da qualificação de réus e de interessados ou da intervenção do Estado na ação direta de inconstitucionalidade, cuja participação do Procurador-Geral, neste caso, é em nome próprio da autoridade, não representando ou intervindo pelo Ente Público, figurando na ADI como curador do ato normativo, podendo defendê-lo ou refutá-lo. Todavia, justifica-se a manutenção da forma como consignada pelo SECOMGE, tanto por força da referida celeridade, quanto por inexistir qualquer nulidade a ser proclamada em razão do registro, desde que todas as autoridades mencionadas foram regularmente convocadas ao processo.

Também, preambularmente, registre-se a extemporaneidade da manifestação da Câmara Municipal de Feira de Santana, pois, a despeito de indeferida a requerida dilação de prazo para apresentar as informações, de tal ato não houve recurso, descabendo, no entanto, imputar-se conduta de má-fé no protocolo a destempo de tais informações, fls. 222/232, desde que o documento foi trazido ao caderno processual antes da publicação do

prefalado indeferimento, restando coligido mas sem maior força de prova, tanto mais quando, tecnicamente, não há defesa na ADI a ser realizada pelos responsáveis do ato.

Do mérito da ação, tem-se visar ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei de Feira de Santana nº 269/2012, assim redigida:

- Art. 1º – Fica estabelecida a obrigatoriedade da disponibilização gratuita de embalagens nos hipermercados, atacadões e similares, estabelecidos no Município de Feira de Santana.
- Art. 2º – As sacolas deverão ser dadas, independentes do valor da compra, constituindo-se assim como direito inalienável.
- Art. 3º – Caberá à Procuradoria de Proteção e defesa do consumidor (Procon), ou outros órgãos que venha a ser determinados pelo Poder Executivo Municipal, a fiscalização desta Lei.
- Art. 4º O não cumprimento destas Lei acarretará multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao estabelecimento infrator.
- Art. 5º – A reincidência da infração acarretará o dobro do valor citado anteriormente ao estabelecimento infrator, podendo este ter seu alvará de funcionamento suspenso.
- Art. 6º – Os valores consignados nesta Lei deverão ser corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), ou outra base de cálculo que venha a substituí-lo.
- Art. 7º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Alega a autora a violação ao art. 59 da Constituição Estadual, gerando vício formal, diante da falta de competência legislativa para a iniciativa legal, e também ao art. 164, caput e § 1º, da Carta Baiana, incorrendo em vício material por legislar em afronta a princípios constitucionais.

Inicialmente, não há dúvidas doutrinárias ou jurisprudenciais quanto à possibilidade desta ADI relativa a ato normativo municipal em violação à Constituição Estadual, mesmo seja a norma uma repetição da Constituição Federal, restando competente para o julgamento este Tribunal de Justiça.

O exame da questão trazida a análise não prescinde da necessária avaliação da natureza da norma inquinada de inconstitucional, de forma a, adequadamente, enquadrar-lhe para efeitos de delimitação da competência legislativa realizada pelas Constituições Estadual e Federal.

Neste rumo, ao tratar da “obrigatoriedade da disponibilização gratuita de embalagens nos hipermercados, atacadões e similares, estabelecidos no Município de Feira de Santana”, é cediço não estar a Lei nº 269/2012 estabelecendo postulado de cunho civil, penal, processual, eleitoral, agrário, tributário, econômico, urbanístico, do trabalho ou ainda concernente a outras ramificações do Direito menos usuais na rotina legiferante das Câmaras das Cidades brasileiras.

Assim, poder-se-ia inferir, a princípio, tratar-se de norma relativa a direito comercial, por regulamentar a atividade do comércio atacadista; a direito do consumidor, diante do possível reflexo da norma a questões de consumo dos usuários dos estabelecimentos comerciais, ou ainda de direito ambiental, face à necessária regulação do uso de embalagens, principalmente plásticas, cujas utilização e descarte indevidos têm reconhecidos efeitos deletérios para o meio ambiente.

Deste último – direito ambiental – todavia, não se trata, evidentemente, por não ter a legislação dado qualquer conotação neste sentido, não sendo regulado sequer o tipo de embalagem a ser disponibilizada aos compradores, se compatível com as modernas técnicas de degradabilidade ou as tradicionais sacolas plásticas,

sabidamente nocivas quando inadequadamente inutilizadas, restando ausente, desta forma, normatização deste jaez na Lei discutida.

Desta forma, somente pode-se dizer tratar a produção legislativa em foco como de natureza consumerista ou comercial.

Seguindo o raciocínio, analisa-se, então, a competência dos Entes Federativos para legislar a respeito destes dois temas - direito de consumo e comercial - excluindo-se desta discussão, por impertinência ao assunto ora em estudo, a competência administrativa dos Entes Federados, de peculiaridades próprias.

Observa-se que o art. 22 da CF atribuiu competência legislativa privativa da União para os temas ali dispostos, excluindo os Municípios daquela relação.

O art. 24 da CF atribuiu competência concorrente para legislar sobre os assuntos nele expostos, apenas à União, Estados e Distrito Federal, com exclusão da Entidade Municipal.

E o art. 59 da Constituição do Estado da Bahia, na consonância do art. 30 da Constituição Federal, outorgou competência legislativa aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e complementar a legislação federal e estadual no que couber.

Desta forma, a Carta Federal atribuiu aos Municípios modelo próprio de competência, no tocante a legislar sobre assuntos de interesse local, (art. 30, I), seguida pela Carta Estadual, (art. 59, VIII), e modelo complementar, quanto à legislação federal e estadual, (art. 30, II, CF), consonância na Constituição Estadual, (art. 59, IX), não lhes transferindo, obviamente, a competência plena da União, (art. 22, CF), tampouco a competência legislativa concorrente, prevista somente à União, Estados e Distrito Federal (art. 24, CF).

Assim, a se tratar o assunto como de direito comercial, como postula o opinativo do Procurador de Justiça, indene de dúvidas é ser incompetente o Município para legislar, diante da clareza do texto constitucional em seu art. 22, disposto no sentido de que *“Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...). (grifado)”*, restando delineada a competência plena, direta e reservada a uma determinada entidade do Poder Público, no caso, a União.

E, no referente ao direito do consumidor, a competência legislativa é concorrente, por força do art. 24, VIII, da CF, que diz competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, restando observada a exclusão dos Municípios desta repartição, do que se conclui não poderem estes Entes Públicos legislar na esfera consumerista, senão de forma complementar ou quando o assunto seja de interesse precipuamente local.

Não configurada a competência privativa ou concorrente dos Municípios a respeito das matérias comercial e consumerista, cabe em seguida examinar-se, então, se a Lei nº 269/2012 foi confeccionada de forma a complementar a produção legislativa Estadual ou Federal, como permite aos Municípios baianos a CE em seu art. 59, IX, ou se trata de assunto de interesse local, conforme a eles anui o item VIII deste artigo.

Não se coaduna a questão com a primeira hipótese - suplementação legal -, pois a feitura legislativa em natureza supletiva tem a finalidade de adequar as leis Estaduais e Federais às peculiaridades e interesses locais, preenchendo os vazios da norma geral, não se apontando ou mesmo vislumbrando qual o mecanismo regulador Federal ou Estadual que teria a acessoriedade da legislação Feirense, de forma a habilitá-la adequadamente ao mundo jurídico pátrio.

Resta, assim, no caso concreto, o exame da possibilidade legiferante do Município em relação a direito do consumidor e comercial, por excepcionalidade da competência, diante da argumentação de se tratar a Lei nº 269/2012 de matéria de interesse local.

Segundo Alexandre de Moraes, *“Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas dos municípios, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, “é inegável que mesmo atividade e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurante e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional”*. (Direito Constitucional, Atlas, 9ª ed., p. 301).

Ou seja, o interesse local é aquele diretamente relacionado à necessidade própria de cada Município, não se confundindo com as relações nele estabelecidas que possuam o caráter genérico de abrangência de forma a extrapolar os limites municipais, não em suas estruturas físicas, mas no tipo de prestação, que seria igualmente apropriada à mesma situação em outro local.

Ou seja, enquanto podem ser classificados como de interesse local do Município a regulação do seu transporte coletivo, por exemplo, desde que para o implemento do serviço não de ser observadas características próprias do local, como dimensão das vias, população, tipo de clima e topografia, outras situações não o são, como a deliberação a respeito da entrega compulsória de embalagens em mercados, por tratar-se de situação igualmente enquadrável em qualquer local do país, sem especificidade para este ou aquele, configurando assunto de interesse a todos os entes federados, aí incluídos os Municípios, mas sem ser preponderantemente de natureza local, consistindo em uma situação a ser resolvido não em uma determinada Comuna, mas servível a qualquer uma, dizendo respeito, portanto, a interesse geral.

Desta forma, por não se tratar de suplementação da legislação e de matéria de interesse local, descabe ao Município legislar sobre tema relativo a direito consumerista e do comércio, reservado o primeiro à competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal e o segundo à competência privativa da União.

Veja-se a jurisprudência, que, além de testificar a incompetência do Município para legislar, no particular, deixa delineada a natureza de direito do consumidor atribuída à matéria, em detrimento do direito comercial, cuja discussão, todavia, afigura-se inócua no caso concreto, pois adotando-se quaisquer dos entendimentos, sobrevém descortinada a incompetência legislativa do Município:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal - Município de Guarulhos - Lei n. 6.186/2006 – Dispositivo que institui a obrigatoriedade do fornecimento de sacolas plásticas e serviços de acondicionamento de mercadorias em supermercados, hipermercados, atacadista e estabelecimentos varejistas congêneres - Matéria relativa a direito de consumo e de trabalho afeta à competência da União e, concorrentemente, do Estado, se o caso - Usurpação de competência legislativa - Município que falece de interesse local para legislar sobre o assunto - Precedentes do Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal - Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada - Ação procedente. (TJSP, ADIN 00763354620128260000, Relator Carlos Eduardo Cauduro Padin, 12/12/2012).

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei municipal que “Dispõe sobre o fornecimento gratuito

de sacolas descartáveis para acondicionamento de produtos adquiridos em supermercados, hipermercados e congêneres e dá outras providências” – Inconstitucionalidade configurada - Usurpação de competência exclusiva da União para legislar sobre proteção ao meio ambiente, defesa da saúde, consumo e trabalho - Precedentes do STF e deste Órgão Especial – Ação procedente, por ofensa aos artigos 22, incJ e par. ún., 24, incs.V, VI e XII e §§ 1º e 3º, da Constituição Federal, e artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.(TJSP, ADIN 0102921 23.2012.8.26.0000, Relator Walter de Almeida Guilherme, 15/05/2013).

Assim, a Lei nº 269/2012, de Feira de Santana, padece de vício de iniciativa, pois legisla sobre tema incabível de sua apreciação, havendo, ante a propositura de iniciativa parlamentar da Câmara de Vereadores, usurpação de prerrogativa de outro Poder.

Quanto a tal defeito, leciona José Afonso da Silva:

“A Constituição contém regras rígidas sobre a iniciativa das leis, regras que têm que ser observadas no processo de formação das leis, sob pena de estas padecerem do vício de inconstitucionalidade por defeito de iniciativa. Esse defeito é especialmente condenado quando haja desrespeito às regras de iniciativa exclusiva, que tem sido a causa mais comum de inconstitucionalidade formal, porque se dá, no caso, uma usurpação de competência constitucionalmente estabelecida” (Processo Constitucional de Formação das Leis, Malheiros, 2ª ed,p. 346).

Já julgou o STF:

“(…). O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, que resulte da usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado. Nem mesmo a ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, tem o condão de sanar esse defeito jurídico radical” (ADI 1381 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 06-06-2003, PP-00029, EMENT VOL-02113-01, PP-00050)

Além do evidente defeito formal, sofre a Lei, também, com vício material decorrente de afrontar o princípio constitucional da livre iniciativa, insculpido no art. 164, caput e § 1º, da Constituição do Estado da Bahia e decorrente do art. 170, *caput*, da CF, pois, ao determinar o fornecimento de embalagens, adentra em questões relativas ao gerenciamento da atividade comercial, próprias, somente, dos gestores do estabelecimento e a partir da visão que tenham do empreendimento, impondo, sem competência para tanto, dispêndio financeiro com o fornecimento de embalagens, passível de repercutir no preço das mercadorias, sem dar à empresa a opção que dela seria, a partir do livre exercício da atividade econômica previsto no *caput* do art. 170, retrocitado.

Como afirmou o Douto Procurador de Justiça:

“Ressalte-se que, de acordo com remansoso entendimento doutrinário e jurisprudencial, a livre iniciativa constitui não só de pressuposto estruturante basilar da ordem econômica e financeira,

mas, também, princípio fundamental do Estado. Sendo assim, o exercício de qualquer atividade econômica, consoante é cediço, somente pode ser condicionado por lei em sentido material e formal.

(...).

Não obstante, a doutrina mais abalizada sobre o tema nos orienta que “mesmo no caso de lei editada pelo corpo legislativo competente, não poderá a norma implicar restrição excessiva à liberdade de iniciativa econômica, pena de declaração de inconstitucionalidade” (SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de direito constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 680) (...). Ressalte-se, ademais, que a liberdade de iniciativa deve ser interpretada como um direito subjetivo do indivíduo, que jamais poderá ser tolhido mediante a imposição de condições e limites desarrazoados e desproporcionais, constituindo, por conseguinte, um obstáculo à interferência estatal. Nesse sentido, assenta-se o magistério de ALEXANDRE DRAGÃO (Princípios Gerais da Atividade Econômica. In: BONAVIDÉS, Paulo; MIRANDA Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1983):

“O que essas condições e limites não podem é não ponderar adequadamente (proporcionalmente) a livre iniciativa privada com os valores de interesse público que estiverem em jogo e, em qualquer hipótese, avançar sobre o núcleo essencial do direito fundamental de iniciativa privada. Em se tratando de atividade privada, há um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, pode ser limitado por normas de Direito Público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com os interesses da coletividade, mas, mesmo nesses casos, há um mínimo daquele direito subjetivo de iniciativa privada que deverá ser sempre resguardado contra qualquer interesse coletivo, por mais relevante que seja.” (...).

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca da excepcionalidade da interferência do Estado na atividade econômica:

“É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 12, 32 e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 32, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.” (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

“A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art.

170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 12, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.” (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: -AI 754.769-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012; AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010.

Em assim sendo, por mais este argumento, evidencia-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 269/12, eis que ofende frontalmente o princípio da livre iniciativa, o qual se funde com o princípio do livre exercício da atividade privada e livre concorrência. Esses princípios se traduzem na liberdade atribuída a cada comerciante, empresário ou agente de produção de exercer a sua atividade sem interferência gerencial ou estatal indevida, atuando por sua conta e risco”.

Socorre-se, ainda, por aproximação dos assuntos, do quanto anotado pela 5ª Câmara Cível desta Corte, nos autos da apelação cível nº 0096785-36.2005.8.05.0001, de relatoria da culta Desembargadora Sílvia Carneiro Santos Zarif, que assim consignou:

“É certo que cabe a cada empresa a determinação dos seus serviços, especialmente aqueles que simplesmente dão conforto e comodidade a seus clientes, os quais devem ser prestados por livre iniciativa das empresas como diferencial e atrativo comercial, não como imposição do poder público. Portanto, a edição de leis municipais que digam respeito à competência privativa da União, no tocante à obrigatoriedade dos supermercados e outros estabelecimentos congêneres contratarem funcionários para o desempenho de funções de embaladores, em número similar ao de caixas existentes, ofende o texto expresso da Carta Magna. Isso porque a restrição de funcionamento de determinado setor da atividade, no caso o comércio varejista por supermercados, refoge ao interesse local, sendo competência legislativa da União. Nesse mesmo sentido já decidiu o STF, por decisão do Ministro Celso de Mello, transitada em julgado em 09.08.2010, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.984/95, ao apreciar o AI nº 751.420/BA, interposto pela Associação Baiana de Supermercados - ABASE contra decisão proferida por esta Corte de Justiça, acolhido na forma de recurso extraordinário, conforme permite o §4º do art.544 do CPC”.

Deve ser realçado que não se pugna a ausência de proteção ao cidadão e ao consumidor por parte da Municipalidade, tampouco reprova-se a adoção de louváveis medidas saneadoras nesta campo, apenas entende-se por injurídica qualquer tentativa de exercer este caráter protetivo no desbordar dos limites da competência legislativa ou da ingerência no negócio que atinge a livre iniciativa e a livre concorrência, cujo equilíbrio buscado pelas Constituições Estadual e Federal e normas de proteção ao consumidor, não possuem o condão de penalizar irrestritamente o fornecedor de produtos e serviços.

Ressalte-se não ser a presente matéria coincidente àquel’outra cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo STF nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 642202, pois ali se discute a prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem por supermercados e similares, com discussão sobre direito do trabalho a partir da necessidade de contratação de pessoal e fornecimento de um serviço, para supermercados e similares, enquanto aqui se trata da obrigatoriedade do fornecimento de embalagens, e não de serviço de acondicionamento

de mercadorias, além da Lei nº 269/2012 dirigir-se a atacadões e similares, que praticam preços inferiores em razão de venderem mercadorias com fracionamentos maiores, e não a supermercados e similares, com vendas completamente a varejo, a delinear a diferenciação entre os estabelecimentos, e, no geral, a dissonância entre o atual debate nesta ação e o firmado junto à Corte Maior no referido Recurso Extraordinário com Agravo.

Por fim, prejudicado resta o exame do agravo regimental manejado pela autora ao indeferimento da liminar, pois açambarcado o predito decisório pelo presente julgamento meritório da lide.

Diante do exposto, julga-se **PREJUDICADO** o agravo regimental e procedente a ação, para **DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE** da Lei nº 269/2012, do Município de Feira de Santana, por violação dos dispositivos constitucionais referidos.



TJBA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 0007210-05.2014.8.05.0000, TRIBUNAL PLENO, RELATOR (A): DES. LUIZ FERNANDO LIMA, JULGADO EM 28/08/2015.

TRIBUNAL PLENO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO ESTABELECIDA PELO ART. 5º, DA LEI Nº 9.868/99. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ALTERAÇÃO DA LEI ORGÂNICA SEM OBSERVÂNCIA DO INTERSTÍCIO DE 10 DIAS ESTABELECIDO EM LEI. VERIFICAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. DISPOSITIVO LEGAL QUE SE ENCONTRA EM DESACORDO COM NORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 8º DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DE VEREADORES DE UAUÁ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE AFRONTA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. PEDIDO REJEITADO.

- 1. Deve ser indeferido o pedido de desistência formulado pelo Autor da Ação através da petição de fl. 528, na medida em que o art. 5º da Lei nº 9.868/99, veda, expressamente, a desistência de ação direta de inconstitucionalidade.**
- 2. Conforme se infere dos autos, em especial do inteiro teor da ata de fls. 33/41, a segunda sessão de votação da Proposta de Emenda nº 01/2009 não ocorreu nos dez dias seguintes à primeira, mas sim em 08 (oito) dias, tendo os componentes da Câmara dispensado, sem qualquer fundamento ou motivo plausível, o interstício estabelecido em lei.**
- 3. No particular, estabelecia o art. 11 da Lei Orgânica do Município de Uauá, que qualquer proposta de emenda à referida lei deveria ser discutida e votada em dois turnos, com interstício mínimo de 10 (dez) dias, revelando-se plausível, assim, a alegação de inconstitucionalidade formal da lei modificadora, já que não se respeitou, como deveria ser, o prazo normativo indicado.**
- 4. No sistema jurídico-constitucional pátrio vige o princípio da simetria ou paralelismo das formas, de modo que o disposto na Constituição Federal deve ser simétrico ao contido nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios.**
- 5. Segundo estabelece o art. 60 da Constituição do Estado da Bahia, “a Lei Orgânica, a ser elaborada e promulgada pela Câmara Municipal, atenderá aos**

preceitos estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”, fazendo expressa remissão ao texto da Carta Magia, que, em seu art. 29, proclama que o processo legislativo das leis orgânicas, e suas respectivas emendas, exige dupla discussão e votação, com interstício mínimo de 10 dias entre uma e outra.

6. Eventuais alterações que desrespeitem as limitações implícitas ao Poder Reformador postas na Constituição, que impedem a alteração do processo legislativo estabelecido pelo Poder Originário para a votação de emendas, modificando o procedimento de emenda, mesmo que temporariamente, e as alterações perpetradas segundo este procedimento facilitado serão irremediavelmente inconstitucionais, a despeito da manta de legitimidade que procure se lhes dar.

7. De reconhecer-se, pois, a inconstitucionalidade das alterações legislativas levadas a termo pela Emenda nº 01/2009, que modificou o art. 11, caput e art. 37, §1º, ambos da Lei Orgânica do Município de Uauá.

8. O pedido de declaração da inconstitucionalidade da alteração levada a termo no art. 8º, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Uauá, pela qual a eleição da mesa diretora poderá ser antecipada para qualquer data, sem que se decline qualquer motivo razoável para tal, não pode ser acatado, pois, apesar de se verificar vício formal na aprovação da Resolução nº 06/2009, que promoveu a referida alteração, o Requerente não demonstrou que tal vício implicou violação ao texto constitucional, o que impede o acolhimento do pleito então lançado, como bem ressalvado pela Procuradoria de Justiça.

9. Pedido julgado parcialmente procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 11, caput e art. 37, §1º, ambos da Lei Orgânica do Município de Uauá, com a redação dada pela Emenda nº 01/2009, nos termos do Parecer da procuradoria de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0007210-05.2014.805.0000, proposta por OLÍMPIO CARDOSO FILHO.

Acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE dos arts. 11 e 37, §1º, ambos da Lei Orgânica do Município de Uauá, na forma do voto constante dos autos, que fica fazendo parte integrante deste julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE proposta por OLÍMPIO CARDOSO FILHO, PREFEITO DO MUNICÍPIO DE UAUÁ, com o fim de ver declarada a inconstitucionalidade do art. 11, caput e art. 37, §1º, ambos da Lei Orgânica do Município de Uauá, com a redação dada pela Emenda nº 01/2009, assim como do art. 8º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores daquele Município, com redação dada pela Resolução nº 006/2009.

Após evidenciar a sua legitimidade, assim como a competência do Tribunal Pleno para apreciar o pedido, informou o Requerente que, através do Projeto de Lei nº 01/2009, a Câmara de Vereadores de Uauá alterou as redações dos arts. 11, caput, e 37, §1º, ambos da Lei Orgânica daquele Município, sendo tal emenda submetida a votação única na sessão de 27/11/2009, com pedido e acatamento de dispensa do interstício de 10 (dez) dias entre as votações, alterando-se as normas referentes ao processo legislativo daquela Casa.

Nessa vertente, ressaltou o Requerente que a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que as normas atinentes ao processo legislativo são de reprodução obrigatória, “devendo guardar pertinência lógica no que se referem ao procedimento, nomeações e quóruns”, o que também se dá quanto às normas referentes à estruturação do poder e a forma de diálogo entre os poderes.

Quanto ao tema, asseverou que as alterações feitas pelas normas impugnadas retiraram a necessidade “de a reforma do Regimento Interno e da Lei Orgânica ser discutida em duas sessões com interstício de dez dias, burlando o processo legislativo estabelecido constitucionalmente”, violando-se, com isso, a Constituição Estadual, em seu art. 60, e a Constituição Federal, em seu art. 29, no qual é estabelecido lapso de 10 (dez) dias para a segunda votação da lei orgânica municipal.

Lado outro, alegou a ocorrência de inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados, já que, quando da votação ocorrida em 27/11/2009, não foi obedecido o interstício de 10 dias entre as duas sessões, violando-se o trâmite estabelecido pela redação vigente à época da votação.

Demais disso, argui o Requerente a inconstitucionalidade do art. 8º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Uauá, cuja redação fora alterada pela Resolução 006/2009, segundo a qual a eleição da Mesa Diretora daquela Casa poderia ter sua realização e votação antecipadas para qualquer data a critério da maioria da Mesa que designara a data para a realização do sufrágio, taxando o Requerente de desproporcional o ato impugnado.

Nesse sentido, alegou que há, ainda, inconstitucionalidade formal, já que não obedecido o interstício de 10 dias entre as sessões de discussão e votação, ressalvando que o projeto de modificação do regimento interno precedeu a Emenda 01/2009, devendo, assim, o projeto de resolução nº 006/2009 obedecer a redação primitiva do art. 11 da Lei Orgânica Municipal.

Com base nesses argumentos, requereu o deferimento da medida liminar, uma vez que presentes os requisitos exigidos para tal, a fim de que sejam imediatamente suspensos os efeitos produzidos pelas normas impugnadas, com eficácia retroativa (ex tunc).

É, em síntese, o que se tem a relatar.

VOTO

Juntou os documentos de fls. 18/315.

Por meio da decisão de fls. 323/327, fora deferida a liminar pretendida, suspendendo-se os efeitos da norma impugnada.

A Câmara Municipal de Uauá manifestou-se no feito por meio da petição de fls. 347/351, defendendo a constitucionalidade das normas contestadas.

Em atenção ao parecer ministerial de fls. 474/480, foi determinada a intimação pessoa do Procurador Geral do Estado, para manifestar-se no feito, o que se deu por meio do pronunciamento de fls. 508/511, no qual

pugnou pela procedência parcial do pedido, com a declaração da inconstitucionalidade do art. 37, §1º, da Lei Orgânica do Município de Uauá.

Através do Parecer de fls. 516/524, a Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência do pedido referente à inconstitucionalidade da Resolução nº 06/2009, da Câmara de Vereadores do Município de Uauá; e pela declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 01/2009, feita à Lei Orgânica do Município de Uauá.

Por meio da petição de fl. 528, o Autor da demanda informou não mais possuir interesse no seu prosseguimento, requerendo a sua desistência.

É o que importa relatar. Profiro meu voto.

Inicialmente, deve ser indeferido o pedido de desistência formulado pelo Autora da Ação através da petição de fl. 528, na medida em que o art. 5º, da Lei nº 9.868/99, veda, expressamente, a desistência de ação direta de inconstitucionalidade:

“Art. 5o Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.”

Nesse sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 169, § 1º - APLICAÇÃO EXTENSIVA - PRELIMINAR INDEFERIDA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL - DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA - FORMA ELETIVA DE PROVIMENTO DO CARGO - CARREIRAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS - PISO SALARIAL - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO - LIMINAR DEFERIDA. ANEXO - GRADE DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS DE PROCURADOR DA FAZENDA - CARREIRA INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE - IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA. O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. (...)” (STF - ADI 387 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/1991, DJ 11-10-1991 PP-14247 EMENT VOL-01637-01 PP-00084 RTJ VOL-00135-03 PP-00905)

Rejeita-se, assim, o pedido de homologação da desistência lançado pelo Autor da ação.

Quanto ao mérito, conforme se infere dos autos, em especial do inteiro teor da ata de fls. 33/41, a segunda sessão de votação da Proposta de Emenda nº 01/2009 não ocorreu nos dez dias seguintes à primeira, mas sim em 08 (oito) dias, tendo os componentes da Câmara dispensado, sem qualquer fundamento ou motivo plausível, o interstício estabelecido em lei.

No particular, estabelecia o art. 11 da Lei Orgânica do Município de Uauá, que qualquer proposta de emenda à referida lei deveria ser discutida e votada em dois turnos, com interstício mínimo de 10 (dez) dias.

Assim sendo, revela-se plausível a alegação de inconstitucionalidade formal da lei modificadora, já que não se respeitou, como deveria ser, o prazo normativo indicado, sendo certo que, permitir a continuidade da norma municipal implicaria dar legitimidade à tramitação de Projetos de Lei que poderiam ferir o processo legislativo constitucional, o que não se pode acatar.

Ainda que assim não fosse, a nova redação dada aos arts. art. 11, caput, e 37, §1º, da Lei Orgânica do Município de Uauá, encontra-se eivada de inconstitucionalidade, como bem indicado pela Procuradoria de Justiça.

Isso porque, segundo estabelece o art. 60 da Constituição do Estado da Bahia, “a Lei Orgânica, a ser elaborada e promulgada pela Câmara Municipal, atenderá aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”, fazendo expressa remissão ao texto da Carta Magna, que, em seu art. 29, proclama:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:”

Como se vê, o Poder Originário que aprovou e promulgou a lei Orgânica daquele Município fez constar, na redação originária do seu art. 11, os mesmos requisitos estabelecidos no art. 29 da Constituição Federal para o processo legislativo das emendas, havendo exigência, assim, de dupla discussão e votação, com interstício mínimo de 10 dias entre uma e outra.

Nessa senda, é de se registrar, como bem proclamado pela doutrina pátria, que existem limitações implícitas ao Poder Reformador, as quais impedem a alteração do processo legislativo estabelecido pelo Poder Originário para a votação de emendas.

Trata-se, como dito, de uma limitação implícita, de inegáveis efeitos práticos, sendo decorrência lógica da própria rigidez constitucional que o procedimento de emenda seja mais exigente do que o das leis ordinárias, não sendo possível alterar-se a Lei Orgânica do Município por procedimento diferente do traçado no art. 11 da própria Lei Orgânica, editado em consonância com as demais normas constitucionais.

Registre-se que as normas constitucionais que disciplinam o devido processo legislativo são de observância obrigatória pelos entes federados, em razão do princípio da simetria, conforme jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - REDUÇÃO DO MANDATO DA MESA DIRETORA - EMENDA À LEI ORGÂNICA DE MATO VERDE - PROCESSO LEGISLATIVO - APROVAÇÃO DO ‘PROJETO DE LEI Nº 001/2009’ APÓS UM TURNO DE VOTAÇÃO - VÍCIO FORMAL - OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA COM O CENTRO - ART. 29 DA CRFB/88 - ART. 64, § 3º; 170, I; 172 DA CEMG - OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO DA PROPOSTA A DISCUSSÃO DE VOTAÇÃO EM DOIS TURNOS - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. O artigo 29 da CRFB/88 estabelece que o Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição da República, na Constituição do respectivo Estado, bem como preceitos definidos nas suas alíneas. A Constituição do Estado de Minas Gerais prevê: em seu artigo 170, que a autonomia do Município se configura no exercício de competência privativa, especialmente (‘caput’) elaboração e promulgação de sua Lei Orgânica (inciso I); em seu artigo 172, que ‘a Lei Orgânica pela qual se regerá o Município, será votada e promulgada pela Câmara Municipal e observará os princípios da Constituição da República e os desta Constituição’; em seu artigo 64, § 3º, que a Constituição pode ser emendada por proposta a ser discutida e votada em dois turnos. Em atenção ao princípio da simetria com o centro, no sistema federativo que se pretende harmonizado com a ordem constitucional, as regras do processo legislativo definidas pela Constituição da República são de observância obrigatória pelos Estados e pelos Municípios. O processo de elaboração da Lei Orgânica municipal deve

obediência aos preceitos constitucionais e critérios mais rígidos definidos pelo artigo 29 da CRFB/88, dentre os quais votação em 2 turnos, com interstício mínimo de 10 dias, aprovação por 2/3 dos membros da Câmara dos Vereadores, sendo por esta afinal promulgada. Para que haja emenda, alteração ou supressão de norma constante da Lei Orgânica municipal, mister apresentação, votação e promulgação de projeto com essa finalidade, devendo-se adotar, para tanto, o mesmo processo legislativo excepcionalmente adotado para a sua própria criação. Inadmissível a alteração de regra contida na Lei Orgânica com base em projeto de lei votado uma única vez pelos Vereadores, de modo que a norma do artigo 63, § 1º, da Lei Orgânica do Município de Mato Verde, com redação oriunda do Projeto de Lei nº 001/2009 e que reduziu para 1 (um) ano o mandato da Mesa Diretora da Câmara Municipal, ao ser promulgada violou os artigos 29, ‘caput’ da Constituição da República Federativa do Brasil e artigos 64, § 3º, 170, I, e 172 da Constituição do Estado de Minas Gerais, incidindo em inconstitucionalidade formal.” (Ação Direta Inconst 1.0000.11.006840-0/000 - Relator(a): Des.(a) Armando Freire - Data de Julgamento: 31/07/2013 - Data da publicação da súmula: 14/08/2013)

Eventuais alterações que desrespeitem esta limitação formal e material, modificando o procedimento de emenda, mesmo que temporariamente, e as alterações perpetradas segundo este procedimento facilitado, serão irremediavelmente inconstitucionais, a despeito da manta de legitimidade que procure se lhes dar.

Nesse sentido:

“EMENDA À LEI ORGÂNICA MUNICIPAL - VÍCIO FORMAL - INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE - (...) Reveste-se de inconstitucionalidade, por vício formal, a emenda à lei orgânica municipal que não observa as regras de observância obrigatória do devido processo legislativo determinadas pelas Constituições Federal e Estadual. (...)” (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.13.055252-4/000, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 13/08/2014, publicação da súmula em 22/08/2014)

De reconhecer-se, pois, a inconstitucionalidade das alterações legislativas levadas a termo pela Emenda nº 01/2009, por violação aos dispositivos legais acima indicados.

Lado outro, após detida análise dos autos, tenho que o pedido de declaração da inconstitucionalidade da alteração levada a termo no art. 8º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Uauá, pela qual a eleição da mesa diretora poderá ser antecipada para qualquer data, sem que se decline qualquer motivo razoável para tal, não pode ser acatado.

Isso porque, apesar de se verificar vício formal na aprovação da Resolução nº 06/2009, que promoveu a alteração antes indicada, o Requerente não demonstrou que tal vício implicou violação ao texto constitucional, o que impede o acolhimento do pleito então lançado.

Registre-se, entretanto, que, verificada a ilegalidade da alteração feita, por vício formal, deverá o Requerente buscar, pela via processual adequada, a sua invalidade, pois, ao permitir a exorbitância instituída, estar-se-ia facilitando, numa primeira análise, possível deslealdade do grupo hegemônico da Casa Legislativa para com os demais membros do colegiado, não trazendo a norma qualquer benefício ao interesse público, já

que atenderia, da forma em que fora posta, aos interesses dos que detiverem maioria ocasional, sem qualquer requisito preestabelecido.

Firme em tais considerações, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, e DECLARO A INCONSTITUCIONALIDADE do art. 11, caput, e art. 37, §1º, ambos da Lei Orgânica do Município de Uauá, com a redação dada pela Emenda nº 01/2009, devendo prevalecer o texto anteriormente promulgado



TJBA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0000851-65.2013.8.05.0229, TRIBUNAL PLENO, RELATOR DESIGNADO: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, JULGADO EM 14.08.2015.

EMENTA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 67 DA LEI 626/1997, DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS. DISPOSITIVO LEGAL QUE, DE FORMA GENÉRICA E ABSTRATA, CONFERE ESTABILIDADE ECONÔMICA A SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. LEI MUNICIPAL QUE NÃO AFRONTA O ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NEM O ART. 19, §2º, DO ADCT – ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE A QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.

I – Interpretando o art. 37, II, da CF, com o art. 19, §2º, do ADCT, resta demonstrado, estreme de dúvidas, que os referidos dispositivos estão direcionados: o primeiro (art. 37, II), para o ingresso e efetividade no serviço público; e o segundo (art. 19, §2º, do ADCT), para a estabilidade no serviço público.

II - O art. 19 do ADCT da CF contempla uma estabilidade especial no serviço público, e não estabilidade financeira. Enquanto isso, o art. 37, II, trata do ingresso no serviço público, em cargo efetivo.

III - A estabilidade financeira (ou econômica) é vantagem pessoal do servidor público, fixada em leis federal, estadual e municipais, sendo certo, ainda, que sua constitucionalidade já foi proclamada pelo STF em diversas oportunidades.

IV - Não prevê a Lei Municipal impugnada direito à estabilidade para servidores ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão ou função de confiança. Por igual, não dispõe sobre a efetivação no serviço público de servidores comissionados.

V - O que o art. 67 da Lei nº 626/97, do Município de Santo Antônio de Jesus, estabelece, tão somente, são os requisitos necessários para que o servidor efetivo (caso do Impetrante/Apelante), que ocupou cargo em comissão, possa adquirir a estabilidade financeira (econômica).

VI - “A competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço. Sobre esta matéria as competências são estanques e incomunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos servidores dos Municípios. Cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes, segundo suas conveniências administrativas e as forças dos seus erários (CF, arts. 39 e 169). Em razão de sua autonomia constitucional, as entidades estatais são

competentes para organizar e manter seus servidores, criando e extinguindo cargos, funções e empregos públicos, fazendo provimentos e lotações, estabelecendo a remuneração, delimitando os seus direitos e deveres e fixando regras disciplinares. Os preceitos reguladores das relações jurídicas entre a Administração e o servidor constituem o regime jurídico, explicitados nos decretos e regulamentos expedidos para sua fiel execução pelo Poder Executivo ou pelos demais Poderes, pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público, no exercício das suas respectivas administrações”. (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo, 28, Ed. Malheiros, pág. 405/406).

VII – IMPROCEDÊNCIA DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000851-65.2013.805.0229, sendo suscitante a 4ª Câmara Cível.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **em sua Composição Plenária**, por maioria, em **Julgar Improcedente o Incidente de Inconstitucionalidade**, pelas razões a seguir explicitadas.

RELATÓRIO

Cuida-se de **Processo de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 626/1997 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santo Antônio de Jesus)**, suscitado pela 4ª Câmara Cível, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **ALIX MARTINS RODRIGUES GOMES**, em que postula a manutenção de estabilidade econômica que lhe fora deferida, em 2012, e, posteriormente, retirada, em 2013, mediante a **Resolução PGM 02/2013**.

O Prefeito do Município de Santo Antônio de Jesus, em Razões oferecidas no Recurso de Apelação interposto (fls. 161/169), arguiu a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 626/1997, por violação do artigo 37, II, da Constituição Federal, e do art. 19, 2º, do ADCT do Texto Constitucional.

Instaurado o Incidente de Inconstitucionalidade, consoante Acórdão de fls. 286/291, os autos foram encaminhados ao Tribunal Pleno, sendo distribuídos, por prevenção, à eminente Desembargadora Cynthia Maria Pina Rezende.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da Arguição de Inconstitucionalidade, nos termos do Parecer de fls. 297/300.

É o Relatório.

VOTO

Consoante salientado no Relatório, cuida-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 626/1997, do Município de Santo Antônio de Jesus, que teria violado o art. 37, II, da Constituição Federal, e o art. 19, §2º, do ADCT, suscitado pela 4ª Câmara Cível, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por ALIX MARTINS RODRIGUES GOMES.

A digna Desembargadora Cynthia Maria Pina Rezende, Relatora do Processo, concluiu pela procedência da Arguição de Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 626/1997, do Município de Santo Antônio de Jesus.

De acordo com as razões expendidas pela Relatora, em seu bem elaborado voto:

“O regime jurídico do ocupante de cargo exclusivamente em comissão tem natureza distinta daquele que detém cargo efetivo. Por tal razão, inexistente direito à incorporação de vantagens decorrentes do exercício do cargo comissionado”.

“Assim, o instituto da estabilidade financeira estende-se unicamente aos servidores efetivos, isto é, aos ocupantes de cargos de provimento através de concurso público, não sendo possível sua concessão aos possuidores de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração”.

“Assim, o art. 67 da Lei nº 626/1997, da forma em que foi redigido, ou seja, sendo omissivo quanto ao marco inicial para o cômputo do exercício do cargo em comissão ou função gratificada, para fins de reconhecimento da estabilidade econômica, viola os preceitos constitucionais, como bem observado pelo ilustre representante do Parquet às fls. 300”.

“Desta forma, evidenciado que a Lei Municipal viola preceitos constitucionais, há de ser acolhida a sua inconstitucionalidade”.

Essas, em apertadíssima síntese, as razões pelas quais S. Exa. houve por bem acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 626/1997, do Município de Santo Antônio de Jesus.

Diante dos debates travados, solicitei vista dos autos, para formar o meu convencimento, proferindo voto divergente, que foi acolhido pela maioria do Tribunal Pleno.

As razões do voto-divergente, que se tornou vencedor, por maioria, são as que passo a reproduzir.

Destaco, desde logo, que estou inteiramente de acordo com a Relatora quando afirma que ***“a estabilidade financeira, disciplinada, tanto na Lei Municipal, quanto no próprio art. 39 da Constituição Estadual, obviamente, alcança somente o servidor público que seja efetivo”.***

De igual modo, concordo, plenamente, com a Relatora, no que diz respeito à afirmação de que ***“o servidor é efetivo desde o momento em que foi nomeado para exercer cargo de provimento efetivo, após a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal”.*** E, ainda, de que ***“o instituto da estabilidade financeira estende-se unicamente aos servidores efetivos”.***

A minha divergência se restringe ao entendimento da Relatora quanto à inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 226/1997, do Município de Santo Antônio de Jesus, por violação do art. 37, II, da CF; e do art. 19 do ADCT.

De início, registro que se faz necessário distinguir a **estabilidade do servidor no serviço público** do instituto da **estabilidade financeira (econômica)**.

Carlos Maximiliano, mestre da hermenêutica, de há muito, proclamou que **“a interpretação gramatical não é a única nem a última, mas a primeira das regras”.** E, valendo-se, neste caso, apenas da interpretação gramatical, vê-se, com clareza solar, que **o art. 19 do ADCT da CF contempla uma estabilidade especial no serviço público, e não estabilidade financeira. Enquanto isso, o art. 37, II, trata do ingresso no serviço público, em cargo efetivo.**

E a prova mais evidente dessa assertiva é a redação dada ao art. 37, II, da Constituição Federal, que veda a investidura em cargo ou emprego público sem aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.**

Por sua vez, o art. 19 do ADCT da CF, em seu §2º, deixa evidenciado, que não se aplicava, quando da promulgação da Constituição, em 05/10/1988, **a regra da estabilidade no serviço público para os ocupantes de cargos em comissão ou de confiança, salvo se o servidor, naquela data, contasse com mais de 5 anos no exercício do cargo comissionado ou função de confiança, ou já fosse detentor de cargo efetivo.**

Posto isso, conjugando o art. 37, II, da CF, com o art. 19, §2º, do ADCT, resta demonstrado, estreme de dúvidas, que os referidos dispositivos estão direcionados: o primeiro (art. 37, II), para o ingresso e efetividade no serviço público; e o segundo (art. 19, §2º, do ADCT), para a estabilidade no serviço público.

Esse entendimento, aliás, foi pacificado pelo STF no RE 167635-3, sendo Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, de cujo voto extraio o seguinte trecho:

“Não há que se confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração ao serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso do tempo. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público:a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes”.

Confira-se, nesse mesmo sentido, os seguintes Acórdãos do STF:

“A Constituição de 1988 estabeleceu que a investidura em cargo depende da aprovação em concurso público. Essa regra garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu norma transitória criando a estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, ao tempo da promulgação da CF, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. O fato de a servidora estar no exercício de substituição não lhe retira o direito à estabilidade. As únicas exceções previstas para a aquisição da estabilidade, nessa situação, dizem respeito ‘aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão’ ou ‘aos que a lei declare de livre exoneração’ (art. 19, § 2º, do ADCT).” (RE 319.156, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 25-10-2005,Segunda Turma,DJ de 25-11-2005.)

No mesmo sentido: RE 482.440-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, DJE de 23-2-2011.

Deveras,a estabilidade financeira (ou econômica) é vantagem pessoal do servidor público, fixada em leis federal, estadual e municipais, sendo certo, ainda, que sua constitucionalidade já foi proclamada pelo STF em diversas oportunidades. Se assim não fosse, já teria sido extinta do nosso ordenamento jurídico, uma vez que foi revogada no âmbito federal, com as alterações introduzidas no Estatuto do Servidor Público Civil da União, mas permanece vigente em vários Estatutos de Servidores Públicos Estaduais e Municipais, sem qualquer questionamento sobre sua constitucionalidade.

É o que afirma, por exemplo, a Ministra CARMEM LÚCIA, no Recurso Extraordinário nº 563.965-7:

“O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira”.

E, em seu voto, discorrendo sobre a evolução histórica da estabilidade financeira, cita trecho de voto do Min. Moreira Alves, destacando o seguinte:

“Trata-se de vantagem denominada, geralmente, de estabilidade financeira que não se confunde com o instituto da agregação, tanto que pode existir independentemente deste, como sucede no caso de inativo e na hipótese prevista em leis estaduais como a presente, em que o funcionário continua a ser titular do cargo efetivo, exercendo-o normalmente, mas com a vantagem de perceber (pela figura da estabilidade financeira) os vencimentos do cargo em comissão anteriormente por ele ocupado. Não há, pois, incompatibilidade entre norma que assegura apenas a estabilidade financeira e norma federal que revogue legislação concernente a agregação em cargo de vencimentos superiores aos do cargo efetivo, desvinculando-se o funcionário deste, para efeito de ser considerado vago, possibilitando novo provimento”.

E prossegue a Ministra CARMEM LÚCIA:

“ESSE TIPO DE BENEFÍCIO, OU SEJA, A INCORPORAÇÃO DE VALORES CORRESPONDENTES AO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO OU CARGO COMISSIONADO, SEM DESLIGAMENTO DO CARGO EFETIVO OCUPADO PELO SERVIDOR PÚBLICO, PERSISTIU MESMO COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, REAFIRMANDO O SUPREMO TRIBUNAL A SUA CONSTITUCIONALIDADE EM OUTROS JULGAMENTOS, COMO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.264, RELATOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE,SEGUNDO A QUAL:“O instituto da estabilidade financeira – que garante ao servidor efetivo, após determinado tempo de exercício de cargo em comissão ou assemelhado – a continuidade da percepção dos vencimentos dele, ou melhor, da diferença entre estes e o seu cargo efetivo -, constitui vantagem pessoal (RE 141.788, Pertence), que, embora tenha por base a remuneração de cargo diverso daquele que o servidor ocupa em caráter efetivo, não constitui a vinculação vedada pelo art. 37, XIII, da Constituição”.

“Esse julgamento foi confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do exame definitivo da ação direta, em 29/11/2007, oportunidade na qual afirmei que a estabilidade financeira consiste em “previsão legal que não iguala ou equipara vencimentos, apenas reconhece o direito dos que exerceram cargos ou funções comissionadas por certo período de tempo em continuar percebendo esses valores como vantagem pessoal”.

A estabilidade financeira, portanto, diferentemente da estabilidade no serviço público, é aquela que garante ao servidor efetivo, após certo tempo de exercício de cargo em comissão ou assemelhado, a continuidade da percepção da diferença entre os vencimentos desse cargo e o do seu cargo efetivo.

Não há de se olvidar, ainda, que, consoante consabido por todos, os entes federativos possuem competência para organizar o respectivo serviço público de seus servidores já que a matéria de regime jurídico de servidor público não é privativa da União.

A respeito do tema, a seguinte lição doutrinária:

“A competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço. Sobre esta matéria as competências são estanques e incomunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos servidores dos Municípios. Cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes, segundo suas conveniências administrativas e as forças dos seus erários (CF, arts. 39 e 169). Em razão de sua autonomia constitucional, as entidades estatais são competentes para organizar e manter seus servidores, criando e extinguindo cargos, funções e empregos públicos, fazendo provimentos e lotações, estabelecendo a remuneração, delimitando os seus direitos e deveres e fixando regras disciplinares. Os preceitos reguladores das relações jurídicas entre a Administração e o servidor constituem o regime jurídico, explicitados nos decretos e regulamentos expedidos para sua fiel execução pelo Poder Executivo ou pelos demais Poderes, pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público, no exercício das suas respectivas administrações”. (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo, 28, Ed. Malheiros, pág. 405/406).

Demais disso, a Constituição Federal consagrou o município como entidade indispensável a nosso sistema federativo, integrando-o na organização político-administrativa e garantindo-lhe plena autonomia, como se depreende da análise dos artigos 1º, 18, 29, e 30, todos da Constituição Federal.

Sobre o assunto, discorre, em forma lapidar, Alexandre de Moraes:

“A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração. Dessa forma, o município auto-organiza-se por meio de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio de edições de leis municipais; autogoverna-se mediante a eleição direta do seu prefeito e vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente autoadministra-se, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal”. (Constituição do Brasil Interpretada, 8ª Edição, p. 659).

Desenganadamente, é o que ocorre na hipótese dos autos. O Município de Santo Antônio de Jesus, dentro da autonomia que lhe foi consagrada pela Constituição Federal, repetindo a redação do art. 39 da Constituição do

Estado da Bahia, instituiu a denominada estabilidade financeira (econômica), fixando, em seu art. 67 os critérios para sua concessão.

Por outro lado, em seu art. 127, a Lei Municipal dispõe expressamente que:

“É contado, para todos os efeitos, o tempo de serviço público prestado à administração do Município, desde que remunerado”. (grifei).

E o art. 12, da mesma Lei, dispõe taxativamente que a nomeação para cargos de carreira (efetivos) depende de prévia habilitação em concurso público.

Decerto, não prevê a Lei Municipal impugnada direito à estabilidade para servidores ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão ou função de confiança. Por igual, não dispõe sobre a efetivação no serviço público de servidores comissionados, mesmo porque, em seus artigos 23 a 26, seguindo a regra do art. 41 da Carta Magna, a Lei Municipal 626/97 estabelece, de forma categórica, o tempo e a forma de o servidor se estabilizar no serviço público municipal.

Como se pode notar, o que o art. 67 da Lei nº 626/97, do Município de Santo Antônio de Jesus, estabelece, tão somente, são os requisitos necessários para que o servidor efetivo (caso do Impetrante/Apelante), que ocupou cargo em comissão, possa adquirir a estabilidade financeira (econômica).

O artigo 67 da Lei impugnada, ao meu sentir, data venia, não contém qualquer vício de inconstitucionalidade, pois não há no art. 37, II, da CF, ou no art. 19 do ADCT, qualquer referência à estabilidade econômica. Aliás, não existe, no Texto Constitucional, qualquer dispositivo que discipline o instituto da estabilidade financeira; que fixe o marco inicial para o cômputo do exercício do cargo em comissão, para fins de reconhecimento da estabilidade econômica; ou, ainda, que impossibilite os Estados-membros e os Municípios de legislarem sobre essa matéria.

Se a estabilidade financeira decorresse de norma constitucional, não poderia mais ser aplicada nos Estados-membros e nos Municípios, já que extinta no serviço público federal. Se permanece é porque se trata de autoadministração dos Entes Federativos, que podem, de acordo com a autonomia que lhes foi consagrada na Carta Magna, legislar sobre a matéria, de acordo com sua conveniências e as forças dos seus respectivos erários.

Assim, a previsão legal contida no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santo Antônio de Jesus, inspirada na Constituição do Estado da Bahia, é o exercício por 10 anos em cargos em comissão ou função de confiança, contínuos ou não, para fins de percepção da estabilidade financeira (econômica).

Por sua vez, o marco inicial de qualquer estabilidade financeira é a designação do servidor para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. E o término é quando o servidor completa os 10 anos, contínuos ou não, no exercício dos referidos cargos. Essa aferição, evidentemente, é feita pelo órgão de pessoal de cada ente público, através das anotações e da ficha funcional de cada servidor.

Não há na Constituição do Estado da Bahia; no Estatuto dos seus Servidores; nas Leis Orgânicas dos Municípios ou nas Leis por eles editadas – assim como não existia no Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União –, qualquer dispositivo fixando o marco inicial para contagem do prazo, para fins de estabilidade econômica.

E tanto isso é verdade, que a Seção de Direito Público deste TJBA tem, em reiterados Acórdãos, conferido direito à estabilidade econômica a servidores do Estado da Bahia, com fundamento no art. 39 da Carta Estadual, sem quaisquer discussões ou arguições de inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Assim, o que o art. 67 da Lei 626/97, do Município de Santo Antônio de Jesus, assegura ao servidor é o direito à estabilidade econômica pelo exercício, por 10 (dez) anos, contínuos ou não, em cargo de provimento

temporário, prestado ao mesmo ente público; e que, na data da exoneração ou dispensa tenha vínculo funcional efetivo.

Essa interpretação está em perfeita harmonia com os artigos 33, I, e 39 da Constituição do Estado da Bahia, assim redigidos:

Art. 33 - A atividade administrativa é exercida por:
I - servidores públicos, ocupantes de cargos permanentes ou temporários criados por lei, em qualquer dos Poderes do Estado, na administração direta, autarquias ou fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Art. 39 - Ao servidor que exercer por dez anos contínuos ou não, cargos em comissão e funções de confiança, é assegurado o direito de continuar a perceber, no caso de exoneração ou dispensa, como vantagem pessoal, o valor do vencimento correspondente ao cargo de maior hierarquia que tenha exercido por mais de dois anos contínuos, obedecido o cálculo o disposto em lei.

Finalmente, considerações em torno de questões que versam sobre contagem ou não do exercício de cargo em comissão ou função de confiança, anterior à assunção a cargo de provimento efetivo, são definidas pela legislação de cada Estado-membro e de cada Município e decididas pelo Poder Judiciário nos casos concretos que lhe são submetidos.

Tanto posto, não vislumbro, na redação do art. 67 da Lei Municipal 626/97, do Município de Santo Antônio de Jesus, violação ao art. 37, II, da CF, ou ao art. 19, §2º, do ADCT. Os citados dispositivos da CF, assim como a Lei Municipal impugnada, vedam o ingresso no serviço público, sem prévio concurso de provas e títulos; e vedam, igualmente, a estabilidade no serviço público, com o tempo de exercício, apenas, em cargo comissionado; não guardando, pois, a menor relação de pertinência com os pressupostos da estabilidade econômica (financeira) dos servidores efetivos que ocupam, ou ocuparam, cargos em comissão.

Em face das razões expostas, o Tribunal Pleno, por maioria, acolhendo o voto-divergente, Julga Improcedente o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 626/1997, do Município de Santo Antônio de Jesus, por não vislumbrar ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal, nem ao art. 19, §2º, do ADCT, cabendo ao Órgão Fracionário, no exame do caso concreto, decidir sobre o direito perseguido pelo Impetrante/Apelante.



TJBA – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 0013248-33.2014.8.05.0000, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO, RELATOR(A): DESª. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL, JULGADO EM 27.08.2015.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. PRELIMINARES SUSCITADAS NA INTERVENÇÃO ESTATAL. INÉPCIA DA INICIAL E AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REJEIÇÃO. MÉRITO. POSSIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DEMISSSIONAL EM PARECER EMITIDO PELA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, LASTREADO EM RELATÓRIO

CONCLUSIVO ELABORADO PELA COMISSÃO PROCESSANTE. MOTIVAÇÃO ALIUNDE. AGRAVAMENTO DA PENA SUGERIDA. PERMISSIVO CONSTANTE NO ARTIGO 236, DA LEI ESTADUAL Nº 6.677/94. ATO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. DESCABIMENTO DA INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. VALORAÇÃO DA PENA. PRÁTICA DE INFRAÇÕES FUNCIONAIS DESCRITAS NOS ARTIGOS 90, INCISOS IV, XLIII, XLIX, L, LIII E 95, IV E IX, AMBOS DA LEI ESTADUAL Nº 11.370/2009, C/C OS ARTIGOS 176, X, 192, XII, E 197, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DA LEI ESTADUAL Nº 6.677/94. DEMISSÃO, A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO, CALCADA EM AUTORIZATIVO LEGAL. SEGURANÇA DENEGADA.

I – Não prospera a prefacial de inépcia da vestibular do presente mandado de segurança, pois a pretensão do impetrante, de anulação do ato demissional praticado pela autoridade coatora, prescinde de dilação probatória, bastando, in casu, a análise jurídica da questão, notadamente quanto à validade do ato praticado sem fundamentação própria, lastreado em opinativo da Procuradoria Geral do Estado.

II – Ademais, é pacífico na jurisprudência pátria ser **“cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo”**. (STJ, RMS 17735/MT, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, J. 12/11/2013)

III – A segunda prefacial arguida pela administração, relativa à inexistência de direito líquido e certo a amparar as teses exordiais, confunde-se com o mérito da impetração, devendo ser analisada oportunamente. Precedentes desta Corte Estadual.

IV – Nas questões de fundo, é cediço que a incursão do Poder Judiciário no mérito de procedimento administrativo disciplinar deve abranger tanto os aspectos formais dos atos impugnados, quanto a adequação da pena aplicada às circunstâncias do caso concreto.

V – *In casu*, impugna, o impetrante, inicialmente, a validade do ato demissional que lhe foi imposto pela autoridade coatora, pois a pena sugerida pela comissão processante teria sido agravada desmotivadamente. A tese vertida na exordial, entretanto, não resiste à atenta leitura do ato impugnado, no qual se constata a legítima remissão a fundamentos consignados em relatório da comissão processante e em parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado, atendendo-se, destarte, à impositiva motivação dos atos administrativos, nos termos do artigo 93, X, da Constituição Federal.

VI – Não há, outrossim, alegação de quaisquer outros vícios formais ou de legalidade no ato demissional, limitando-se a atuação judicial, portanto, à aferição da proporcionalidade da pena imposta ao servidor processado, inclusive sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STJ.

VII – Da análise do processo administrativo disciplinar objeto da lide, verifica-se, com clareza, que o impetrante foi condenado pela **“prisão irregular de dois motociclistas”**, bem como pelo recebimento de **“vantagem indevida, exigida como condição para liberá-los, quantia que seria destinada ao conserto de seu veículo particular”**.

- VIII** – As condutas do servidor processado amoldam-se, destarte, às previsões do artigo 90, incisos IV, XLIII, XLIX, L e LIII, da Lei Estadual nº 11.370/90, impondo-se-lhe, por conseguinte, a pena de demissão, a bem do serviço público, nos termos do artigo 95, IX e 100, da citada norma, c/c os artigos 176, X, 192, XII, e 197, parágrafo único, da Lei Estadual nº 6.677/94.
- IX** – Não há, portanto, qualquer desproporcionalidade que justifique a intervenção judicial, para fins de alteração da pena de demissão, a bem do serviço público, imposta ao impetrante.
- X – Segurança denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível do Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à **unanimidade** de votos, **em rejeitar as preliminares** de inépcia da inicial e de ausência de uma das condições da ação mandamental, suscitadas pelo Estado da Bahia e, no mérito, **DENEGAR A SEGURANÇA**, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra**.

RELATÓRIO

Jorge Luiz de Oliveira Neves impetrou mandado de segurança contra ato reputado ilegal, atribuído ao **Governador do Estado da Bahia**, aduzindo, em síntese, que sua demissão do serviço público não observou as exigências legais e constitucionais inerentes ao processo administrativo disciplinar, notadamente a motivação do ato demissional.

Diz que a autoridade coatora emitiu seu posicionamento em *“despacholacônico”*, fundado, exclusivamente, nas conclusões obtidas durante a instrução do PAD, sendo certo que a motivação do ato de demissão coube à Procuradoria Geral do Estado, órgão ao qual a lei não confere tal prerrogativa.

Defende que o parecer elaborado pela PGE não se baseou nas provas produzidas ao longo da instrução do processo disciplinar, decorrendo, segundo alega, de uma mera técnica de repetição de despachos e decisões administrativas, conduta tida como flagrantemente inconstitucional, por violação ao princípio da ampla defesa.

Argumenta que a postura adotada pela administração representa uma *“perseguição implacável contra o impetrante”*, circunstância que torna o ato igualmente inválido.

Pede, nestes termos, a concessão de liminar, consistente na *“reintegração do impetrante, no cargo de Delegado de Polícia Civil”*. No mérito, pugna pela confirmação da liminar, concedendo-se, nestes termos, a segurança vindicada.

O pedido liminar não foi deferido, por se confundir com o mérito da impetração, consoante se observa da decisão de fls. 78/78-v..

Devidamente intimado, o **Estado da Bahia** interveio no feito, às fls. 81/110, suscitando, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, porquanto a análise dos argumentos invocados na exordial não prescindiria de dilação probatória, inviável em sede mandamental.

Em segunda prefacial, sustenta, a administração, que a pretensão vestibular não está lastreada em direito líquido e certo, circunstância que inviabiliza o processamento do *mandamus*.

No mérito, defende a regularidade do processo administrativo disciplinar, que culminou com a demissão do impetrante do cargo de Delegado de Polícia Civil, seja porque foi oportunizada ampla defesa ao servidor processado, seja porque a autoridade coatora agiu em conformidade com as previsões do artigo 236 da Lei Estadual nº 6.677/94, acolhendo o relatório elaborado pela comissão processante, mas agravando a pena ali sugerida, *“à vista da orientação da Procuradoria Geral do Estado e demais elementos constantes no processo nº 0511120051886 e apensos”*.

Segundo o Ente Público, é lícito à autoridade indigitada coatora agravar a pena sugerida pela comissão processante, com base nas previsões contidas no artigos 95, IX, e 100, da Lei Estadual nº 11.370/2009, bem como nos artigos 192, XII e 197, parágrafo único, ambos da Lei Estadual nº 6.677/94.

Argumenta que restaram provados, no bojo do processo disciplinar, o cometimento de duas infrações funcionais por parte do impetrante, aptas a justificar sua demissão, a bem do serviço público, porque consistentes na *“prisão irregular de dois motociclistas”* e no recebimento de *“vantagem indevida, exigida como condição para liberá-los, quantia que seria destinada ao conserto de seu veículo particular”*.

Os fatos teriam sido comprovados, segundo o Estado da Bahia, pelos testemunhos colhidos durante a instrução do PAD e por documentos apresentados à comissão processante, inclusive extratos bancários de parentes de uma das vítimas.

Alega, por fim, que ao Poder Judiciário não é lícito invadir o mérito administrativo, notadamente quando não se vislumbra qualquer ilegalidade no processo que culminou com a aplicação da pena de demissão ao impetrante.

Pede, nestes termos, a denegação da segurança vindicada.

A **autoridade coatora** manifestou-se às fls. 552/561, reiterando os argumentos sustentados pelo Estado da Bahia, em sua intervenção ao feito.

Através do parecer de fls. 564/574, a **Douta Procuradoria de Justiça** opinou pela denegação da segurança. **É o relatório.**

VOTO

Consoante relatado, pretende, o impetrante, a anulação do ato que importou em sua demissão do cargo de Delegado de Polícia Civil, por entender ter sido praticado ao arrepio da lei, sem fundamentação suficiente, e lastreado, apenas, em opinativo emanado da Procuradoria Geral do Estado.

Princípio o julgamento do feito pela análise das preliminares aventadas na intervenção do Ente Público.

A primeira delas diz respeito à inépcia da petição inicial, pela alegada necessidade de instrução probatória para o enfrentamento dos fatos arguidos pelo impetrante, medida vedada em sede mandamental.

A insurgência não prospera.

Com efeito, a pretensão exordial limita-se ao reconhecimento de nulidade no ato administrativo que resultou na demissão do impetrante das fileiras da Polícia Civil do Estado da Bahia, por suposta deficiência de fundamentação.

A análise da matéria prescinde, por óbvio, de dilação probatória, pois eventual vício no ato decisório é matéria eminentemente jurídica, e exige, apenas, a análise da validade do agravamento da pena sugerida pela comissão processante, com base em opinativo da Procuradoria Geral do Estado.

Além disso, é pacífico na jurisprudência pátria ser *“cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção. Precedentes do STJ”* (STJ, RMS 17735/MT, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, J. 12/11/2013).

Rejeito, por tais fundamentos, a preliminar suscitada.

A segunda prefacial arguida, consistente na ausência de direito líquido e certo a embasar o presente *mandamus*, confunde-se com o mérito da impetração, devendo ser analisada oportunamente.

É esse, aliás, o entendimento desta Corte Estadual, segundo a qual *“o cabimento do writ não está vinculado à existência de prova pré-constituída acerca do direito evocado, que ausentes apenas conduziriam à inevitável denegação da segurança e não à carência da ação”*. (TJ/BA, Ap. 0110282-15.2008.8.05.0001, Rel. Des. Carmem Lucia Santos Pinheiro, Primeira Câmara Cível, J. 29/10/2012)

No mérito, a primeira questão que avulta relevante refere-se à suposta ausência de fundamentação no ato de demissão do impetrante, porque lastreado, apenas, em opinativo da Procuradoria Geral do Estado, ao menos quanto ao agravamento da pena imposta ao servidor. Não há, registre-se, nenhuma alusão a vícios formais no curso do processo disciplinar, limitando-se, a insurgência, à suposta ausência de motivação do ato demissional.

Da análise dos autos, verifica-se que a autoridade indigitada coatora acolheu, em parte, o opinativo elaborado pela comissão processante, que reconheceu a ocorrência das infrações funcionais imputadas ao impetrante, consoante se observa no relatório de fls. 475/489-v.

A única divergência entre ato administrativo impugnado e o relatório que lhe serviu, inicialmente, de fundamentação, refere-se à pena cominada ao servidor, pois a comissão processante recomendara a suspensão do impetrante, pelo prazo de 50 (cinquenta) dias, ao passo que o Governador do Estado decidiu por sua demissão, a bem do serviço público.

O ato demissional está, em tese, lastreado no permissivo constante do artigo 236, da Lei Estadual nº 6.677/94, *in verbis*:

“Art. 236 - A autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la, ou isentar o servidor de responsabilidade.”

Para validar sua atuação, entretanto, impõe-se à autoridade administrativa a motivação do ato de agravamento da pena do servidor, sendo certo que, na espécie, tal fundamentação remonta ao parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado, colacionado às fls. 491-v/493-v, por adequação das condutas do processado às normas do artigo 90, IV, XLIII, XLIX, L e LIII, da Lei Estadual nº 11.370/90.

É esse, portanto, o ponto crucial do presente *mandamus*, devendo-se perquirir se o Governador do Estado poderia, ou não, para agravar a pena do impetrante, louvar-se em opinativo emitido pela Procuradoria do Estado, posteriormente ratificado pelo Secretário de Segurança Pública.

Penso que não há nenhuma ilegalidade em tal procedimento.

Com efeito, a regra constitucional (art. 93, X, CF/88) que impõe a motivação dos atos administrativos decorre da necessidade de controle da legalidade e da legitimidade das condutas atribuídas aos Entes Públicos,

pois, mesmo em atos tipicamente discricionários, a postura do agente estatal deve ser condizente com os princípios que regem a administração, nos termos do artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Essa exigência, entretanto, não se confunde com a obrigatoriedade de que a motivação do ato administrativo esteja formalmente inserida no próprio ato, facultando-se à autoridade lastrear-se nos motivos consignados em pronunciamentos emitidos no curso dos procedimentos administrativos, a exemplo do que ocorreu na espécie.

Trata-se, nas palavras de Alexandre Mazza, da *“motivação aliunde”*, assim entendida *“aquela indicada fora do ato, consistente em concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas”* (in Manual de Direito Administrativo, 2ª edição, Ed. Saraiva, 2012, p. 107/109)

A matéria encontra regulação, entre nós, no artigo 50, §1º, da Lei Federal nº 9.784/99, *in verbis*:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

Logo, desde que o opinativo utilizado como fundamento do ato decisório esteja, de fato, motivado, não há razão para que se reconheça a nulidade suscitada pelo impetrante.

Em caso análogo ao presente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não há qualquer nulidade no ato demissional proferido por autoridade pública, fundamentado em parecer de sua consultoria jurídica, *ex vi* dos arestos a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES POR MEIO DE DUAS PORTARIAS. ANULAÇÃO DA PRIMEIRA, POR CONTER OBJETO MAIS RESTRITO. AUSÊNCIA DE DUPLA APURAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DECISÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. ACOLHIMENTO DO PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O Processo Administrativo Disciplinar que culminou com a aplicação da pena demissória à Impetrante obedeceu ao devido processo legal, assegurando-lhe a plena realização do contraditório e da ampla defesa, o que, aliás, não foi refutado na impetração.

(...)

4. Consoante já se manifestou esta Corte, não há vedação quanto à adoção, pela Autoridade Ministerial, do parecer de sua Consultoria Jurídica, devidamente fundamentado, como verificado na hipótese dos autos. Precedentes.

5. Segurança denegada. (STJ, MS 9657/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, J. 14/12/2009)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA.

REEXAME DE PROVAS PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. WRIT IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA.

I - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

(...)

IV - A Lei 8.112/90, em seu artigo 168, autoriza a autoridade ministerial a dissentir do relatório apresentado pela comissão processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada. Ademais, não há vedação quanto à adoção do parecer de sua Consultoria Jurídica. Precedentes.

(...)

VI - Ordem denegada. (MS 8.042/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, J. 11/06/2003)

E, da análise do parecer elaborado pela Procuradoria Geral do Estado, adotado pela autoridade coatora, para os fins descritos pelo artigo 236, da Lei Estadual nº 6.677/94, verifica-se fundamentação plena e lastreada nos elementos de prova colhidos no curso da instrução do processo disciplinar, instaurado em desfavor do impetrante.

Registre-se, porque oportuno, que a PGE não divergiu da comissão processante, quanto aos fatos apurados no referido processo administrativo, mas, apenas, das repercussões jurídicas a eles aplicáveis. Restou consignado, portanto, que o impetrante praticou as condutas que lhe foram atribuídas, consistentes na “prisão irregular de dois motociclistas” e no recebimento de “vantagem indevida, exigida como condição para liberá-los, quantia que seria destinada ao conserto de seu veículo particular”.

As testemunhas ouvidas no curso do feito administrativo subsidiaram, ademais, as conclusões adotadas pela comissão processante - e ratificadas pela PGE e pela autoridade coatora -, consoante se infere dos seguintes trechos de seus depoimentos, *in verbis*:

“É proprietária de uma loja de material de construção há cerca de 9 anos, situada nesta cidade: teve um funcionário na sua empresa de prenome Geremias (...); no dia 25/05/2012 tomou conhecimento através do acusado, que esteve em seu estabelecimento, pela manhã, dizendo que Geremias tinha provocado um acidente, na noite anterior, causando danos no seu veículo particular; na oportunidade, Geremias pilotava uma motocicleta de propriedade da empresa; (...) o acusado disse que o seu veículo da marca Toyota Hillux tinha sofrido danos materiais e que o prejuízo tinha sido na ordem de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); o acusado informou para a depoente que a moto estava na Delegacia, bem assim Geremias; (...) resolveu pagar o prejuízo, pagando mediante um cheque no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) (...); esclarece que o cheque foi entregue ao acusado ainda em sua loja, antes de ir para a delegacia; (...) quando esteve na Delegacia encontrou Geremias sentado em uma cama, no interior da Delegacia; ele estava no interior de uma cela, não sabendo informar se estava fechada ou aberta quando conversou com ele; Geremias lhe disse que dormiu na Delegacia; (...) posteriormente, tomou conhecimento de que outro

motociclista também foi levado para a Delegacia naquela noite em que ocorreu o problema com o Delegado.” (Testemunha Margarida Blesa Carvalho, fls. 172/173)

“É genitora de Josimar Mota da Silva; no dia 25/05/2012, pela manhã, não sabendo precisar o horário, embora fosse antes das 7h, recebeu um telefonema de uma pessoa que se identificou como sendo o Delegado da cidade, informando-lhe que seu filho Josimar estava preso na Delegacia; (...) Josimar não dormiu em casa, mas como ele tem o costume de dormir na casa dos colegas, pensou que isto teria ocorrido, entretanto, telefonou para ele, constatando que o telefone estava desligado, por volta das 8h30 apareceu em sua residência um rapaz de prenome luri, que trabalhava na Delegacia, que foi para sua casa acompanhado de sua mãe, Mirian, que é sua amiga; (...) ele falou que seu filho Josimar estava preso na Delegacia (...); seguiu imediatamente para a Delegacia, sozinha, encontrando o acusado, que a chamou para conversarem em sua sala; o acusado lhe falou que Josimar estava fazendo ‘brita’ na rua; (...) ele lhe disse que Josimar somente seria liberado se a depoente pagasse a importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais); ele lhe explicou que seu veículo particular tinha amassado em razão da perseguição que empreendera contra Josimar e outro colega que estava com ele, ambos pilotando motocicletas; (...) ele lhe perguntou se queria ver Josimar, tendo a depoente respondido afirmativamente, conduzindo-a até uma cela, onde ele se encontrava sozinho; perguntou ao seu filho o que tinha ocorrido, tendo o mesmo respondido que o Delegado sinalizou para que ele parasse, sendo depois trazido para a Delegacia sem qualquer motivo; foi Josimar quem sugeriu para a depoente pedir o dinheiro a sua madrinha, Tereza Mota Soares, que tinha um dinheiro guardado para comprar uma casa; telefonou para Tereza, que disse que providenciaria a importância de R\$ 1.800,00; ela pediu ao seu filho Mateus fosse ao Banco sacar R\$ 1.100,00, dando a ele o cartão do Banco (...); ela disse que tinha R\$ 700,00 em casa; a depoente disse para ela que tinha R\$ 200,00 em sua bolsa, o que totalizava R\$ 2.000,00 (dois mil reais); ficou o tempo todo aguardando na Delegacia, até que Mateus chegou, trazendo-lhe a importância de R\$ 1.800,00, chegando por volta das 9h30, pouco antes das 10h; (...) entregou esse dinheiro diretamente ao acusado, na sala do mesmo; ninguém presenciou a entrega; (...) o acusado disse que iria liberar o seu filho em seguida, embora só o tenha liberado por volta do meio dia; (...) o acusado disse para a depoente que se o pagamento não fosse feito ele iria levar seu filho para o xadrez de Jequié, porque a Delegacia de Macarani estava em reforma”. (Testemunha Ana Maria Mota da Silva, fls. 174/176)

“É tia e madrinha de Josimar Mota da Silva; na data do fato, por volta das 9h recebeu um telefonema de sua irmã Ana Maria Mota da Silva, dizendo ela que Josimar estava preso na Delegacia e ela necessitava da importância de R\$ 2.000,00 para liberá-lo; ela disse que o Delegado tinha exigido ou pedido, não se lembra ao certo, aquela importância para liberar seu afilhado, não lhe dando maiores detalhes; disse-lhe que não tinha em casa, mas tinha aquele dinheiro no Banco; na verdade tinha em casa a importância de R\$ 700,00; Ana Maria lhe falou que tinha em mãos a importância de R\$ 200,00; como morava junto de Vanuza, sua cunhada, pediu a ela que fosse ao Banco sacar a importância de R\$ 1.100,00, entregando-lhe o cartão do Banco do Brasil; ela mesmo foi ao caixa eletrônico e sacou o dinheiro; na verdade, ela sacou R\$ 600,00 reais da conta poupança da depoente e R\$ 500,00 da conta do marido dela, Hilton, que é irmão da depoente; Vanusa foi ao Banco acompanhada de Mateus, irmão de Josimar; a operação foi rápida e antes das 11h já estava com este dinheiro em mãos; eles

vieram ao seu encontro, onde providenciou a entrega de R\$ 700,00, totalizando, assim, a importância de R\$ 1.800,00; foi Mateus quem levou o dinheiro até Ana Maria, que estava aguardando na Delegacia”. (Testemunha Tereza Mota Soares, fls. 177/177-v)

Os depoimentos colhidos no curso da instrução processual revelam, portanto, que o impetrante manteve encarceradas, por uma noite, as pessoas envolvidas no abaloamento de seu veículo particular, os tendo liberado, na manhã seguinte à detenção arbitrária, após o pagamento de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), relativos ao custo do conserto no referido automóvel.

Restou assentado, ainda, que parte desse valor, mais precisamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais), foi obtida com a expressa ressalva de que o pagamento era indispensável à soltura do acusado Josimar Mota Silva, havendo, ademais, provas de que os parentes do motociclista detido promoveram saques em suas contas bancárias, no dia da soltura do acusado (25/05/2012), nos exatos valores declinados em seus depoimentos (extratos de fls. 195-v e 197-v).

Tais fatos foram detalhadamente apontados o relatório final elaborado pela comissão processante (fls. 476/489), de cujas conclusões se extraem os seguintes trechos:

“Quanto a segunda imputação, efetuar a prisão irregular de dois motociclistas, o acusado apenas confirma tê-los rendido com arma em punho, ordenando-os que deitassem no chão, conduzindo-os, em seguida, para a Delegacia provisória, que não dispõe de xadrez, pois a outra Unidade estava em reforma e, após identificá-los os liberou, mandando que se apresentassem no dia seguinte, pela manhã. É de se vê, portanto, que o acusado nega haver mantido os motociclistas presos no xadrez da Delegacia. (...)

Confirmando as versões de Geremias e Josimar, temos os depoimentos das testemunhas Marcone Alves Barreto, Margarida Blesa Carvalho, Ana Maria Mota da Silva, Mateus Mota da Silva e Vanusa Costa Oliveira, que foram firmes e precisos em seus depoimentos, espancando qualquer dúvida quanto ao local para onde os rapazes foram levados, que foi a antiga Delegacia, que estava em reforma, com ênfase para os depoimentos de Margarida Blesa e Ana Maria, que conversaram com eles no xadrez da referida Unidade Policial, autorizando concluir que, de fato, os rapazes passaram a noite na delegacia, do dia 24 para o dia 25/05/2012.

Restou claro, portanto, que o acusado mentiu quando disse que os conduziu para a Delegacia provisória e que os liberou para que ambos retornassem no dia seguinte. Na verdade eles foram mantidos no xadrez da Unidade Policial que estava em reforma.

Quanto a terceira e última imputação, de ter o acusado recebido pagamento de vantagem indevida, exigida como condição para liberar os motociclistas, quantia que seria destinada ao conserto de seu veículo particular, afigura-se o seguinte:

Neste ponto temos uma confissão parcial do acusado, que admite ter procurado a Senhora Margarida Blesa, empregadora de Geremias, em seu local de trabalho, relatando-lhe o ocorrido, de quem recebeu a importância de R\$ 2.500,00, mediante cheque do Banco do Brasil, providenciando o saque no mesmo dia, admitindo, ainda, haver determinado a liberação dos rapazes e das motocicletas após o recebimento do dinheiro. Justifica-se com o argumento de que agiu na condição de cidadão, pleiteando apenas ressarcimento do seu

prejuízo financeiro, que corresponderia a importância de R\$ 4.000,00. Quanto ao segundo pagamento, na importância de R\$ 2.000,00, efetuado por Ana Maria, para liberação de seu filho Josimar, o acusado negou recebimento, muito menos qualquer solicitação ou exigência de tal vantagem econômica.

A prova testemunhal e documental produzida quanto a este item é robusta e satisfatória. Os depoimentos de Josimar, Geremias, Ana Maria Mota da Silva, Tereza Mota Soares, Mateus Mota da Silva, Hilton Mota Soares e Vanusa Costa Oliveira não deixam e menor sobra de dúvida quanto a veracidade do fato, os quais se robustecem nos detalhes, na coerência e harmonização.

A harmonia da prova testemunhal se robustece ainda mais quando em cotejo com a prova documental. Vejamos:

De iniciativa da Comissão Processante, foram solicitadas as testemunhas Vanusa Costa Oliveira e Teresa Mota Soares, que requeressem, junto ao Banco do Brasil, agência única de Macarani, os extratos bancários de suas contas, relativos ao mês de maio de 2012, confirmando-se então os saques nos valores de R\$ 500,00 na conta de Vanusa Costa Oliveira (vide fl. 165) e de R\$ 600,00 na conta de Tereza Mota Soares (vide fl. 168), ambos ocorridos no dia 25/05/2012, valores estes que somados aos R\$ 700,00 que Tereza Mota Soares dispunha em sua casa (vide depoimento de fls. 130/131) e aos R\$ 200,00 que Ana Maria Mota da Silva trazia consigo (vide depoimento às fls. 125/128), totalizam a importância de R\$ 2.000,00.” (sic)

As ponderações da comissão processante revelam-se, assim, em conformidade com a prova produzida no curso da instrução processual, tendo sido ratificadas, tanto pela PGE quanto pelo Governador do Estado, que, entretanto, dissentiram do dimensionamento da pena sugerida ao impetrante, conforme lhes facultava o citado artigo 236 da Lei Estadual nº 6.677/94.

Posta dessa forma a questão, restaram superadas duas das três fases da atuação judicial em casos como o presente, quais sejam, a verificação da legalidade do processo disciplinar e da decisão impugnada, bem com a análise da existência de fundamentação decisória lastreada nos elementos de prova colhidos durante a instrução do processo administrativo.

Resta analisar, por fim, a proporcionalidade e a razoabilidade da pena de demissão, a bem do serviço público, que foi imposta ao impetrante. A matéria, diga-se de logo, corresponde à última fase de cognição imputável ao Judiciário, sem importar em invasão ao mérito administrativo, consoante entendimento pacificado, sobre o tema, pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA.

1. Os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo, em especial aquele que impõe sanção disciplinar a servidor público. Isso, porque o Judiciário, quando provocado, deve examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, em avaliação que observe os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade. (...)” (STJ, MS 14283 DF, Relator Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, J. 23/03/2011)

E, da análise dos autos, verifica-se que a pena cominada ao impetrante está em conformidade com o quanto disposto na Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado da Bahia (Lei Estadual nº 11.370/2009), que prevê, em seu artigo 90, entre várias condutas, as seguintes faltas disciplinares, aplicáveis ao caso em análise, *in verbis*:

“Art. 90 - Constituem-se faltas disciplinares:
IV - usurpar, para si ou para outrem, função pública;
(...)
XLIII - praticar ato lesivo à honra ou ao patrimônio da pessoa, natural ou jurídica, abuso ou desvio de poder;
(...)
XLIX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem;
(...)
L - cobrar despesa que não tenha fundamento legal;
(...)
LIII - praticar ato definido como infração penal que, por sua natureza e configuração, torne-o incompatível para o exercício da função policial;

Como se viu das conclusões adotadas no curso do processo disciplinar, o impetrante, usurpando sua função pública (IV), prendeu de forma arbitrária duas pessoas, violando suas honras (XLIII), e exigiu delas o pagamento de valores para que fossem libertadas (XLIX, L e LIII), praticando, em tese, o crime de extorsão (art. 158, do Código Penal), conforme denúncia promovida pelo Ministério Público do Estado da Bahia (fls. 503/505), além de ato de improbidade administrativa (ação civil pública, fls. 510/516-v).

Tais condutas são puníveis, indiscutivelmente, com a pena de demissão, consoante disposto no artigo 95 da citada Lei Estadual nº 11.370/2009, bem como nos artigos 176, X, 192, XII e 197, parágrafo único, da Lei Estadual nº 6.677/94, abaixo transcritos:

Lei Estadual nº 11.370/2009:
“Art. 95 - A demissão será aplicada nos seguintes casos:
(...)
IV - improbidade administrativa;
(...)
IX - transgressão das faltas disciplinares previstas nos incisos XXXVIII a LVI do Artigo 90 desta Lei.”

Lei Estadual nº 6.677/94:
“Art. 176 - Ao servidor é proibido:
(...)
X - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;”

“Art. 192 - A demissão será aplicada nos seguintes casos:
I - crime contra a administração pública;
(...)
IV - improbidade administrativa;

(...)
XII - transgressão das proibições previstas nos incisos X a XVII do artigo 176.”

“Art. 197 - A demissão do cargo por infringência das proibições prevista nos incisos X e XII do artigo 176, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público estadual, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos.
Parágrafo único - Não poderá retornar ao serviço público estadual o servidor que for demitido do cargo por infringência dos incisos I, IV, VIII, X e XII do artigo 192, hipóteses em que o ato de demissão conterà a nota ‘a bem do serviço público’.”

Assim, tendo, o impetrante, praticado conduta compatível com o delito de extorsão, por ter constrangido *“alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica”* (CP, art. 158, caput), mostra-se razoável e proporcional a demissão, a bem do serviço público, imposta pela autoridade administrativa, após instrução realizada no curso de regular processo administrativo disciplinar.

Sobre o tema, trago à colação o seguinte precedente:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS. DESNECESSIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE DE DEMISSÃO. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.
(...)
4. A falta disciplinar imputada ao servidor, na hipótese, é de ter cometido o crimes de prevaricação e inserção de dados falsos em sistema de informações, ao deixar de promover o regular andamento de processo de Execução Fiscal, no qual figurava como executado.
5. Não houve violação, na espécie, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a sanção é medida exigível e necessária, diante da gravidade das condutas perpetradas pelo servidor, tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico.
6. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no RMS Nº 36.958 – RO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, J. 18/02/2014)

Constatando-se, portanto, que o ato impugnado ressente-se de ilegalidades e vícios formais, tanto que tais questões sequer foram objeto de impugnação no presente *mandamus*, bem como possui fundamentação idônea, porque lastreada em elementos de prova obtidos a partir de regular processo administrativo disciplinar, não há razão jurídica para a anulação pretendida.

Filio-me, nestes termos, ao judicioso parecer elaborado pela Douta Procuradoria de Justiça, no sentido de que o ato que determinou a exclusão do impetrante *“do quadro de Policiais Civis do Estado da Bahia não padece de qualquer vício de legalidade, uma vez que se encontra amparado nos dispositivos da Constituição do Estado da Bahia, do Código Penal, e do próprio Estatuto dos Policiais Civis”*.

Ante ao exposto, voto no sentido de **DENEGAR A SEGURANÇA** vindicada.



TJBA – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 0009147-84.2013.8.05.0000, QUINTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª. MARCIA BORGES FARIA, JULGADO EM 25.03.2014.

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. MÁCULA A DIREITO LÍQUIDO ECERTO. CONFIGURAÇÃO. MAGISTRADO QUE CONDICIONA A JUNTADA AOS AUTOS DE PETIÇÃO E DOCUMENTOS À SUA PRÉVIA AQUIESCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM TERATOLÓGICA. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. VULNERAÇÃO. ÓBICE AO LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. À margem do juízo de conformidade legal que deve se perfectibilizar sobre o ato impugnado, imperioso destacar que a sua ilegitimidade escapa à seara do ilícito sob o ponto de vista meramente formal, para fim de inquinar-se como medida manifestamente irrazoável, à luz da serenidade que deve reinar no exercício da função judicante.
2. Nessa linha de intelecção, a proibição levada a efeito pela. d. autoridade coatora no sentido de impedir a juntada de todo e qualquer documento aos autos de uma ação em trâmite sob a sua jurisdição, submetendo-os a um prévio crivo de aceitação por sua parte, é conduta das mais transgressoras ao espírito republicano norteadores do diploma constitucional em vigor, vulnerando, nesse desiderato, os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e, sobretudo, da inafastabilidade da jurisdição.
3. Não é por demais rememorar dispor o juiz de mecanismos próprios, expressamente consignados na Lei Adjetiva Civil, para fim de obstar o exercício temerário do direito de ação, mediante a imposição de multas entre outras reprimendas, sendo oportuno destacar, ainda, que qualquer das medidas sancionadoras deve ser estipulada, se for o caso, no bojo dos próprios autos, sendo rechaçada a aplicação de punições de forma alheia à relação jurídica processual, como sói ocorrer na casuística em apreço.
4. Ordem Concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança nº 0009147-84.2013.8.05.0000**, em que é Impetrante Silvano Leal Neto e Impetrado Juiz de Direito de Formosa do Rio Preto. Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade de votos, em conceder a segurança**, nos termos das razões a seguir expendidas.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Silvano Leal Neto** contra ato supostamente ilegal de lavra da indigitada autoridade coatora acima consignada.

Afirma o Impetrante que se constitui terceiro interessado em processo que tramita sob a jurisdição do juiz de Direito Impetrado, tendo interposto sucessivos embargos de declaração para fim de esclarecer supostas omissões consignadas em *decisum* homologatório prolatado no bojo daqueles autos.

Aduz que, por ocasião do julgamento dos segundos aclaratórios apreciados pela autoridade inquinada coatora, restou consignado que *“[...] Com base no art. 129 do C.P.C determino ao cartório da Vara Cível da Comarca de Formosa do Rio Preto que não mais junte aos autos do processo sem determinação do Juiz, petições, documentos ou qualquer requerimento dos embargantes, uma vez que não foram habilitados nos autos da ação e tiveram seus requerimentos indeferidos. A continuação da participação dos embargantes no processos através de requerimentos e recursos simulados se mostra ilegal, e sem qualquer adequação jurídica.”*

Nesta senda, atesta que a ordem supra padece de manifesta teratologia, obstando ainda, nesse particular, o exercício do direito de petição constitucionalmente assegurado aos cidadãos, especialmente quando ainda a Escrivã daquela serventia, em consequência, logrou excluir os respectivos advogados do sistema de acompanhamento processual de modo a impedir as seguintes intimações oriundas do andamento do processo, consoante demonstram as certidões ora encartadas.

Prosegue esclarecendo sobre o cabimento da via mandamental em apreço, especialmente por se tratar de parte alheia àquela relação jurídica processual, sendo latente que o ato impugnado é inatacável por qualquer outro meio recursal.

Por fim, pugna pela concessão da segurança, ainda em caráter liminar, para fins de obstar o andamento do processo originário de maneira a impedir que seja excluído dos futuros atos processuais, provimento a ser ratificado no exame final de mérito.

Distribuído o presente *mandamus* por sorteio, na forma regimental, coube-me a sua relatoria.

A decisão antecipatória vindicada restou deferida, consoante decreto relatorial de fls. 33/39.

Devidamente notificado, o Estado da Bahia se pronunciou no sentido de não ter interesse jurídico no julgamento do feito.

O Impetrado, por sua vez, prestou informações defendendo a legitimidade do decreto judicial ora impugnado, carreando ainda documentos diversos.

Em parecer conclusivo, o órgão ministerial opinou pela denegação da segurança.

Às fls. 135/138 consta intervenção do litisconsorte passivo necessário, arguindo, nesse desiderato, sobre a falta de correção das assertivas consignadas na exordial, mormente em face da manifesta impossibilidade de ser admitido como parte ou terceiro interessado na lide paradigma. Requer, ao cabo, o indeferimento da ordem.

Não se tratando o feito de decisão que se submete à revisão, determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Impõe-se, de logo, assentar os limites objetivos do pedido formulado na presente ação mandamental, mormente quando do cotejo das manifestações lavradas pelo litisconsorte passivo necessário, bem ainda do parecer emitido pelo Ministério Público, avultam efetiva incorreção quando se reportam ao ponto controvertido da lide.

É que, ao largo do afirmado em tais expedientes, a insurreição autoral não trata da discussão quanto à qualidade de parte ou terceiro interessado que eventualmente pertença ao Impetrante, matéria esta que permanece confiada ao órgão julgador respectivo; antes, o que se discute é o caráter arbitrário que teria subsistido na ordem proibindo o Requerente de peticionar e encartar documentos àquele feito.

Estabelecidos os pressupostos supra, e já imergindo ao fulcro da impetração, afere-se da ocorrência de mácula a direito líquido e certo do Impetrante, sobretudo à luz dos preceitos constitucionais que informam o direito ao acesso à via jurisdicional.

De fato, em decisão proferida *initio litis* restou consignado que:

“Nesse diapasão, ressoa das razões autorais confrontadas com os expedientes documentais encartados ao processo, quedar-se o decreto judicial impugnado verdadeiramente desproporcional, posto à margem do juízo comum de razoabilidade, especialmente por se traduzir como um injustificado óbice ao acesso do jurisdicionado aos meios judiciais.
De fato, na condição de terceiro interessado – qualidade, inclusive, reconhecida pelo próprio Impetrado –, tem a parte o direito constitucionalmente garantido não só de peticionar, mas antes e, inclusive, obter o respectivo pronunciamento da autoridade competente, em processos judiciais ou administrativos que possam, em tese, influenciar na sua esfera jurídica de direitos, de onde se extrai lacunar minimamente em substrato legal a peculiar ordem lavrada pelo Presidente do feito originário.
Com efeito, impedir toda e qualquer manifestação da parte interessada em um feito que tramita em juízo, através de ordem para que seus recursos, documentos e petições sequer sejam levados aos fólios, ainda que em análise apriorística, constitui medida de singular gravidade, beirando, quiçá, a teratologia, em vista da aparente relevância que avulta dos efeitos práticos de tal extremada determinação.
Ressalte-se ainda que as certidões anexadas corroboram a citada exclusão dos causídicos da própria ferramenta utilizada para acompanhamento da marcha processual, estando inviabilizados de receber futuras intimações entre outros dados acerca da relação jurídica em voga, tudo a indicar, como reiterado, a existência de máculas ao comezinho princípio do devido processo legal não só em sua acepção formal, mas, também, material.
Deve ser destacado, outrossim, sem adentrar ao mérito da insurgência manifestada naqueles autos, que dispunha o magistrado impetrado de ferramentas legais outras de modo a inviabilizar eventual abuso na atuação processual do Impetrante naquela seara, como multas e etc., não se legitimando, também sob tal aspecto, o ato ora questionado.”

Com efeito, extrai-se que a cognição outrora externada em exame perfunctório deve ser ratificada, já agora de forma exauriente própria ao julgamento meritório da impetração, tanto mais porquanto as informações colhidas durante a tramitação do *mandamus* corroboram o cunho ilegal da medida aqui vergastada.

Nesta senda, à margem do juízo de conformidade legal que deve se perfectibilizar sobre o ato impugnado, imperioso destacar que a sua ilegitimidade escapa à seara do ilícito sob o ponto de vista meramente formal, para fim de inquinar-se como medida manifestamente irrazoável, à luz da serenidade que deve reinar no exercício da função judicante.

Nessa linha de intelecção, a proibição levada a efeito pela. d. autoridade coatora no sentido de impedir a juntada de todo e qualquer documento aos autos de uma ação em trâmite sob a sua jurisdição, submetendo-

os a um prévio crivo de aceitação por sua parte, é conduta das mais transgressoras ao espírito republicano norteadores do diploma constitucional em vigor, vulnerando, nesse desiderato, os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e, sobretudo, da inafastabilidade da jurisdição.

In casu, diferentemente do que defendido nas informações prestadas, a determinação em voga, acaso permaneça e adotada de forma literal, poderá inviabilizar por completo, inclusive, a possibilidade de que se discuta judicialmente o interesse do Impetrante como parte ou terceiro interessado naquela ação; é que, para fim de interpor eventual agravo de instrumento contra o indeferimento ali externado terá de ter, invariavelmente, acesso àqueles autos, bem ainda carrear documentos, nos termos do art. 526 do Código de Processo Civil, por exemplo.

É dizer que tais fundamentais faculdades não podem permanecer ao alvedrio de quem quer que seja, muito menos a cabo de uma autoridade judicial, que, a pretexto de zelar pela regularidade da marcha processual, não pode arvorar-se à censor da integridade jurídica de tese defendida por terceiro.

Não é por demais rememorar dispor o juiz de mecanismos próprios, expressamente consignados na Lei Adjetiva Civil, para fim de obstar o exercício temerário do direito de ação, mediante a imposição de multas entre outras reprimendas, sendo oportuno destacar, ainda, que qualquer das medidas sancionadoras deve ser estipulada, se for o caso, no bojo dos próprios autos, sendo rechaçada a aplicação de punições de forma alheia à relação jurídica processual, como sói ocorrer na casuística em apreço.

Consoante se infere, pois, evidente a malversação aos paradigmas legais acaso mantida a ordem impugnada, sobretudo quando sobre ela queda-se configurado o signo da teratologia, tudo a demonstrar, via consequencial, mácula a direito líquido e certo alheio.

Forte nestas razões, e ao largo da questão meritória quanto à procedência ou não da postulação formulada pelo Requerente nos autos da ação nº 000001-88.1981.8.05.0081, **CONCEDO A ORDEM** para fim de garantir o direito do Impetrante de protocolar petições naquele feito, juntando documentos e todos os expedientes necessários à defesa de seus direitos em juízo, assegurando-lhe, ainda, o seu acompanhamento regular, através das respectivas intimações oriundas do desenrolar da marcha processual.



TJBA – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 0005186-38.2013.8.05.0000, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO, RELATOR(A): DES. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO, JULGADO EM 23.05.2013.

Mandado de Segurança. Servidor Estadual. Auditor Fiscal da SEFAZ-BA. Limite salarial. Subteto constitucional. Agravo Regimental prejudicado pelo julgamento deste *mandamus*. Mérito. 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, vez que, veio explicitamente consignado no art. 6º da EC nº. 47/2005 a retroatividade dos efeitos dessa emenda (47/2005) ao dia 19/12/2003, mesma data que entrou em vigência a EC nº 41/2003. Segurança concedida para determinar que o Secretário de Administração do Estado da Bahia e o Secretário da Fazenda do Estado da Bahia se abstenham de efetuar qualquer estorno a título de limite constitucional no contra-cheque do beneficiário deste mandado, observando-se, obviamente, a limitação aqui estabelecida (subsídio dos desembargadores do TJBA).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Mandado de Segurança nº 0005186-38.2013.805.0000*, em que figuram como impetrante *CARLOS AUGUSTO PAUL CRUZ*; e impetrado, *SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, SECRETARIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA*.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em conceder a segurança no presente writ, e assim o fazem pelos motivos a seguir expostos:

RELATÓRIO

CARLOS AUGUSTO PAUL CRUZ, qualificado na Inicial, através de advogado regularmente constituído, impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido liminar, indicando como autoridades coatoras o *SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA* e o *SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA*.

O impetrante relata que é Auditor Fiscal da SEFAZ-BA e que tem sofrido descontos ilegais em seus vencimentos pelas Autoridades Coatoras com base no limite de teto salarial consubstanciado no subsídio máximo do Governador do Estado.

Sustenta, em suma, que tal imposição afronta manifestamente o art. 34, §5º, da Constituição do Estado da Bahia, que determina que o teto salarial máximo dos Auditores Fiscais deve ter por base o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado.

Informa que o estornos são realizados mês a mês, como comprova-se pelos contracheques de dezembro de 2012, janeiro e fevereiro do ano corrente, estando descrito nos mesmos como “*IND. FAZ/LIM.CONST*”.

Alega que estão presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, tendo em vista a natureza alimentar das verbas não recebidas e que, em casos idênticos, este egrégio Tribunal tem se posicionado no sentido de deferir o pleito antecipatório.

Requer a concessão da medida liminar *inaudita altera parte* para que os impetrados suspendam o desconto indevido na remuneração do impetrante e, ao final, conceder a segurança pleiteada confirmando a liminar anteriormente deferida.

Às fls. 31/43 foi deferida a liminar pleiteada, 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, conseqüentemente, a *SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA* e a *SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA* de efetuarem qualquer estorno a título de **limite constitucional** nos contracheques do beneficiário deste mandado, observando-se, obviamente, a limitação constitucional estabelecida.

O Estado da Bahia requereu sua intervenção no feito, oferecendo defesa do ato impugnado às fls. 49/53, aduzindo, em suma, a inexistência de repristinação automática do art. 34, §5º, da Constituição Estadual por força do art. 2º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e que o atual art. 37, §12, da CF, não instituiu um novo teto de remuneração, mas apenas facultou aos Estados (e não os obrigou) a fixar, mediante Emenda às respectivas Constituições, o subsídio mensal dos Desembargadores como limite remuneratório único de seus servidores.

Prequestiona os dispositivos legais e constitucionais invocados nesta defesa, a fim de permitir o eventual acesso às instâncias superiores.

Ante o exposto, protesta pela declaração de hígidez do ato vergastado, por não haver ilegalidade no decote dos valores que excedem o teto remuneratório dos servidores do Poder Executivo, que continua sendo o subsídio do Governador do Estado, por fim, protesta pela denegação da segurança.

O Estado da Bahia interpôs Agravo Regimental às fls. 54/58 da decisão que deferiu a liminar pleiteada às fls. 31/43, sustentando a expressa proibição ao deferimento da medida liminar agravada, com base no art. 7º, §2º, da Lei 12.016/2009, art. 2º-B, da Lei 9494/97 e art. 1º, §3º, da Lei 8437/97, pois esgotou no todo ou em parte o objeto da ação; a ausência de fumaça do bom direito por inexistência de repristinação automática, bem como o *periculum in mora* inverso, pois acarreta prejuízo financeiros para a Administração Pública.

Requer a revogação da decisão monocrática agravada, indeferindo-se a tutela antecipada requerida pelo ora Agravado e, em assim não entendendo, pugna pelo conhecimento do agravo e submissão a julgamento colegiado, com provimento do mesmo, prequestionando por fim as questões federais e constitucionais suscitadas nestes autos.

A douta Procuradoria de Justiça, em Parecer de fls. 60/68, opinou pelo conhecimento do Writ e, no mérito, pela concessão da segurança.

É o Relatório.

VOTO

Ab initio, consigna-se que fica prejudicado o Agravo Regimental com o julgamento do mérito deste Mandado de Segurança.

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 inegavelmente 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).

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 relata que é Auditor Fiscal da SEFAZ-BA e que tem sofrido descontos ilegais em seus vencimentos pelas Autoridades Coatoras com base no limite de teto salarial consubstanciado no subsídio máximo 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 05/06/1998**, 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 sub-sídio 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 05/07/2005 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 esse 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 Governados; 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 oculli**, uma pergunta deve ser respondida: A norma inculpada 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 excepcionalíssimas, pode o legislador constituinte originário determinar, de modo expresso, 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 expresse 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 tem 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 h (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, decidiu o Tribunal de Justiça de Rondônia:

TJRO - Poder Executivo estadual. Servidores públicos. Auditores fiscais. Remuneração. Teto. Emenda Constitucional Federal. Subsídio dos desembargadores. Vinculação. Emenda à Carta da República, vinculando o teto de remuneração dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo ao subsídio dos Desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça, aliada ao implemento dos requisitos por ela impostos, por meio de emenda à Constituição Estadual, torna ilegais os estornos com base em lei complementar que fixa o subsídio do governador (200.000.2007.003445-1 Mandado de Segurança. Relator : Desembargador Eliseu Fernandes). *TJRO - Auditores fiscais. Teto remuneratório A partir da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, a limitação da remuneração dos servidores do Poder Executivo do Estado de Rondônia passou a ser a remuneração do Governador e, com a vigência da Emenda Constitucional n. 47, de 2005, o limite passou a ser a remuneração dos Desembargadores do Tribunal de Justiça Estadual, de acordo com a Emenda à Constituição Estadual n. 36/2003 (MS n. 200.000.2006.010592-5, Relator. Des. Sansão Saldanha, j. 7/3/2007).* *TJRO - Auditores fiscais. Teto remuneratório. Emendas Constitucionais. Subsídio dos desembargadores. É ilegal o estorno procedido nas remunerações dos auditores fiscais com base no subsídio do Governador ante ao teor das Emendas n. 47/2005/CF e n. 36/2003/CE (200.000.2006.010593-3 Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Eurico Montenegro).*

E ao apreciar o Mandado de Segurança nº 0004982-67.2008.8.05.0000, cuja relatoria coube ao Des. José Cícero Landin Neto, a Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no dia 15/10/2009, decidiu:

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, 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) (...).

Também no julgamento do Mandado de Segurança nº 29339-9/2008, que teve como Relatora a Desembargadora Rosita Falcão, a Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no dia 05/02/2009, à unanimidade, concedeu o *writ* nos seguintes termos:

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, º 12º, da CF e º 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.

E tem sido esse o posicionamento reiterado do TJBA em diversos e inúmeros julgados. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, também já apreciou esta mesma questão em Recurso julgado no dia **09/02/2009**, 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 subsídios 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 presquestionamento realizado pelo *ESTADO DA BAHIA*, vale ressaltar que o Magistrado não está obrigado, quando do julgamento da causa, a se manifestar 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 A SEGURANÇA* pleiteada para determinar que o impetrante *CARLOS AUGUSTO PAUL CRUZ* 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 DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA* e a *SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA* de efetuarem 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*).



TJBA – APELAÇÃO N.º 0186920-26.2007.8.05.0001, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO, JULGADO EM 02.12.2014.

APELAÇÃO CÍVEL. POLICIAL MILITAR CONDENADO A 26 ANOS DE RECLUSÃO POR DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEMISSÃO. APLICAÇÃO DIRETA DO PARÁGRAFO QUINTO DO ARTIGO 46 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. **AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PAD QUE - VINCULADO AO NORMATIVO CONSTITUCIONAL - INEXORAVELMENTE RESULTARIA NA PENA DEMISSIONAL ORA ATACADA. RESULTADO ALCANÇADO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRECEDENTES ATUALÍSSIMOS DO STF. **RECURSO IMPROVIDO**. Trata-se de Recurso contra sentença que julgou improcedente pedido lançado na inicial, com fito de desconstituir a demissão do Apelante dos quadros da PM. Afasta-se a preliminar de prescrição, visto que a ação foi ajuizada em 5 de novembro de 2007, último dia do prazo iniciado em 5 de novembro de 2002, visto que por se tratar de prazo em anos o termo final recai no dia de igual número, na exata dicção do artigo 132, §3º do CC.

O Agravo Retido interposto em face da decisão que indeferiu a antecipação da tutela há de ser improvido, visto que **a decisão preambular se pautou no mandamento constitucional do Estado da Bahia**. Além disso, mesmo se eventualmente concedida a liminar, o Apelante **não poderia se manter no labor**, pois se encontrava preso em cumprimento de pena definitiva. Desse modo, acertadamente detectada a ausência dos pressupostos autorizadores da medida antecipatória.

No mérito, o Apelo não comporta acolhimento. Note-se que a demissão do Autor decorreu de ato administrativo decorrente exclusivamente dos efeitos de sentença penal condenatória, eis que não houve prática de infração disciplinar, mas **condenação definitiva por duplo homicídio**. O Artigo 46 da Constituição do Estado da Bahia, em seu §5º, determina **a exclusão do Policial condenado a dois ou mais anos a pena privativa de liberdade**. Assim, o Autor, ainda que fosse submetido ao processo administrativo pretendido, **não veria modificado o resultado desfavorável**, na medida em que o trânsito em julgado da sentença condenatória que lhe impôs 26 anos de reclusão vinculou a atuação administrativa, **colimando-a à aplicação da pena de demissional que efetivamente ocorreu**. Por conseguinte, conquanto a normatividade vigente determinasse a instauração do PAD, este em nada beneficiaria o Apelante que **não responde ou respondeu por violação disciplinar**. A demissão, portanto, **resulta inexoravelmente do trânsito em julgado da sentença penal que condenou o Autor pela prática de duplo homicídio qualificado**.

Revelada – *in casu* - a inocuidade da instauração do processo disciplinar cujo resultado não poderia alterar a exclusão do Acionante, sua ausência não alberga declaração de nulidade, ante a inexistência de prejuízo. Tal entendimento **é válido para as nulidades relativas e absolutas, conforme vem decidindo o STF, em precedentes reproduzidos no voto condutor**. De se reconhecer, portanto, que a prestação jurisdicional que eventualmente anulasse a pena aplicada por ordem constitucional privilegiaria a forma em detrimento do conteúdo e elevaria o processo a um fim em si mesmo, em total descompasso com a sua finalidade de pacificação social. Ademais, o prestador jurisdicional adredemente apegado ao dogmatismo formal, a pretexto de preservar o interesse público, **findaria por violar exatamente esse interesse**, ao reconduzir às hostes da Polícia Militar alguém **definitivamente condenado por duplo homicídio qualificado pela realização mediante paga ou promessa de recompensa** (artigo 121, §2º, I, do CP). Por conseguinte, verificado que o ato impugnado, a despeito de não provir de procedimento administrativo disciplinar, **aplicou ao Apelante a pena que obrigatoriamente seria imposta pelo PAD**, tem-se como inapetente a alegação de nulidade, ante a flagrante inexistência de prejuízo. Sentença de Improcedência mantida. **Recurso Improvido**.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0186920-26.2007.805.0001.

Acordam os MM. Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em, improvido o Agravo Retido, **negar Provimento também ao Apelo**, de acordo com o voto abaixo transcrito.

RELATÓRIO

Adoto como próprio o relatório de f. 102/103. Acrescento que se trata de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido autoral, reconhecendo a prescrição e mantendo sua demissão dos quadros da Polícia Militar do Estado da Bahia.

O Requerente recorreu, ratificando o Agravo Retido presente nos autos.

Sustenta a inexistência de prescrição.

Afirma a ilegalidade do ato demissional não antecedido de processo administrativo disciplinar.

Alega violação do devido processo legal e pretende a desconstituição da sentença para retorno dos autos à origem ou, alternativamente, a apreciação meritória pelo grau recursal, com acolhimento do pedido lançado na inicial.

O Estado da Bahia respondeu, corroborando a prescrição declarada pelo julgador a quo.

Pontua que o ato administrativo demissional se pautou no artigo 46, §5º da Carta Estadual.

Defende a legalidade de sua atuação.

É o relatório. Encaminhado à douta Desembargadora Revisora, foi solicitada a inclusão em pauta.

VOTO

O Agravo Retido interposto em face da decisão que indeferiu a antecipação da tutela há de ser improvido, visto que a decisão preambular se pautou no mandamento constitucional do Estado da Bahia, além de apontar a inexistência dos pressupostos da antecipação da tutela. A respeito, vale notar que o Autor se encontrava preso por sentença transitada em julgado e **consequentemente impossibilitado de realizar seu labor**, mesmo se eventualmente reintegrado judicialmente ao serviço público. Por conseguinte, não caracterizado o *periculum in mora* imprescindível à medida antecipatória naquele momento processual, circunstância ratificada pela conduta do próprio Autor que apenas ajuizou sua pretensão **no último dia do prazo prescricional de cinco anos**. Agravo Retido Improvido.

No mérito, de logo se afasta a ocorrência da prescrição de fundo de direito, visto que o prazo de cinco anos foi cumprido pela parte que ajuizou a ação em 5 de novembro de 2007, conforme extrato fixado na contracapa dos autos. Desse modo, como o ato de exclusão ocorreu em 5 de novembro de 2002 – não existindo controvérsia a respeito – o termo final seria no dia de igual número, na exata dicção do artigo 132, §3º do CC, visto que se trata de prazo em anos:

“Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.
(...)”

§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.”

Assim, não há que se falar em prescrição, pois tempestiva a provocação jurisdicional.

O julgador de piso, contudo, meritoriamente julgou improcedente o pleito e, no particular, a sentença deve ser mantida.

Nesse passo, urge repetir que o Autor foi condenado criminalmente por duplo homicídio, circunstância que ratifica a não mais poder sua desqualificação para atuar como Policial Militar. A demissão, portanto, meritoriamente se mostra inteiramente adequada, visto que calcada em fato desabonador gravíssimo e indiscutível, objeto de sentença transitada em julgado.

A controvérsia, pois, se limita ao aspecto formal, visto que não houve processo administrativo antecedente ao ato demissional. A dicção constitucional consagra o devido processo legal e, nesses termos, o Recorrente faria jus à pretendida reintegração, na medida em que o ato exclusório estaria contaminado de nulidade.

De logo cumpre reconhecer que a apenação de servidor público necessariamente passa pela apuração e valoração dos fatos em procedimento próprio, dotado de meios aptos a permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais afetas ao devido processo legal no Estado Democrático de Direito. A sentença de piso, portanto, teria convalidado uma nulidade e careceria de plana desconstituição.

Ocorre que nos autos há distinções importantes que reclamam detida ponderação. Um primeiro aspecto diferenciador denota que o Apelante não respondeu por ato disciplinar, naturalmente jungido a procedimento próprio. Diversamente disso, foi ele processado por crime de duplo homicídio, tendo sido julgado com todas as garantias processuais, notadamente a assistência de advogado, o contraditório e a produção de provas. Atendidas as exigências processuais e observado o devido processo legal, sobreveio a condenação nos seguintes termos: “...condenar o acusado Erismar Valverde Sodré, qualificado às fls. 02 dos autos, por infração ao art. 121, §3º, inciso I, c/c o artigo 69 e 29, do Código Penal, a pena de 13 anos de reclusão, pelo assassinato de Edcarlos Barreto da Costa, e a pena de 13 anos de reclusão pelo assassinato da vítima Edilson Barreto da Costa...” (f. 23). Justificando a dosagem da pena o julgador de piso assentou que o acusado agiu “com intenso dolo, ao tirar a vida das vítimas em sua plenitude, jovens com uma vida inteira pela frente. Um entrando na idade adulta e o outro na adolescência. As consequências da ilicitude foram as mais danosas, com o sacrifício de duas vidas humanas. O crime abalou e comoveu a comunidade conquistense. Os acusados com os seus atos enlutaram uma família, que de uma só vez perdeu dois dos seus entes queridos” (f. 22).

Desse modo, a condenação ocorreu em processo criminal regular, com estrita observância das garantias legais. Por conseguinte não se fala em infração disciplinar que reclamasse apuração e avaliação por parte da Administração, cuja atividade, ressalte-se, nessa hipótese, ocorreria de forma independente.

Do resultado penal transitado em julgado se originou outro aspecto diferenciador da presente demanda. Com efeito, reza o artigo 46, §§ 5º e 6º da Constituição do Estado da Bahia:

“Art. 46 - São servidores militares estaduais os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, cuja disciplina será estabelecida em estatuto próprio.

§ 5º - O militar condenado na Justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade igual ou

superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, **será excluído da Corporação**.
§ 6º - O oficial da Polícia Militar só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, nos termos da lei, mediante Conselho de Justificação, cujo funcionamento será regulado em lei, e por decisão da Justiça Militar, **salvo na hipótese prevista no parágrafo anterior**.” (grifos aditados)

A norma Constitucional é de clareza solar. O Militar condenado definitivamente na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos **será excluído da Corporação**. O texto não dá margem a tergiversações e determina pura e simplesmente a exclusão. A sua excepcionalidade é ratificada em seguida, visto que no parágrafo sexto há expressa imposição de prévio Conselho de Justificação que apure eventual indignidade ou incompatibilidade do militar para a perda de posto e patente, **mas ressalva-se a hipótese excepcional de condenação a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos**. Por conseguinte, se não decorrente de tal apenação, o militar só poderá perder o posto e a patente sob processo administrativo disciplinar. *Contrario sensu*, se condenado definitivamente nos termos do citado parágrafo quinto do artigo 46 da Carta Baiana, a exclusão é consequencia direta e inexorável.

Nessa linha de intelecção, colhe-se que eventual processo administrativo disciplinar **seria absolutamente inócuo**, pois não teria objeto de apuração (inexistência de infração disciplinar) e **nem poderia produzir resultado diverso daquele que foi abonado pela sentença recorrida**. Reitere-se, por importante, que garantir ao Apelante na seara administrativa nova oportunidade de exercitar livremente a sua defesa nenhum proveito lhe traria, na medida em que a inexistência de infração disciplinar afasta qualquer possibilidade de apuração independente que eventualmente aferisse residualmente a conduta e a valorasse isoladamente no contexto administrativo. Como a demissão ocorreu em cumprimento da norma constitucional que **a determina como resultado necessário** da condenação criminal imposta definitivamente ao Recorrente, sua eventual desconstituição consagraria a predominância da forma sobre o conteúdo e elevaria o processo a um fim em si mesmo, em total descompasso com a sua finalidade de pacificação social. Tomemos preciosa lição de Cassio Escarpinella Bueno:

“Dinamarco também acentua a necessidade de se compreender, para afastá-la a “instrumentalidade no seu aspecto negativo”. Por “instrumentalidade no seu aspecto (ou sentido) negativo” devem ser entendidas as deformações ou exageros derivados da identificação dos escopos da jurisdição. É tratar o processo fora de seu contexto, hipertrofiando quaisquer de seus escopos em detrimento dos outros ou, até mesmo, o que significaria retrocesso tão inescandível como indesejável, dando-se destaque mais às próprias estruturas do processo (escopo jurídico) do que para aquilo que está fora dele e que por ele deve ser atingido (escopos social e político). O próprio Dinamarco chega, a propósito, a acentuar o risco que é transformar a “forma”, inerente à prestação jurisdicional, até como forma de garantia para os sujeitos do processo em formalismo, em formalidade estéril, vazio de significado. A instrumentalidade no sentido negativo, destarte, prega a ausência de abusos ou de excessos na compreensão dos escopos do processo. É, em última análise, seu necessário ponto de equilíbrio”.

Dentro desse contexto, temos que o ato demissional, ainda que imperfeito formalmente, alcançou o seu desiderato finalístico, ou seja, **a demissão do policial condenado definitivamente a 26 anos de reclusão**. A

1 BUENO, Cassio Escarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria do Direito Processual Civil. V.1. São Paulo:Saraiva, 2007

ausência de prévio processo administrativo sem dúvida acarretou nulidade processual, visto que assim dispõem as normas de regência e a própria Constituição Federal. Contudo, como o PAD, *in casu*, **não possibilitaria alteração da exclusão determinada por ato sumário praticado pela Autoridade Administrativa**, incidente o princípio *pas de nullité sans grief*, que segundo jurisprudência recente do STF abarca todas as nulidades, sejam elas relativas ou absolutas. Nesse sentido:

“Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. ADOÇÃO DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Não se pode aferir da leitura dos Termos de Depoimento que o juízo deprecado tenha adotado o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, em detrimento das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008. II – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo parágrafo único do art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. III – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. IV – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pelas duas Turmas desta Corte, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. V – Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 122467, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014)”;

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL PELO CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. 1. Ausência de demonstração de prejuízo concreto para o Paciente pela ausência de oitiva de testemunha por ele arrolada. 2. Sem a demonstração de prejuízo, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief, corolário da natureza instrumental do processo, não se decreta nulidade no processo penal. Precedentes. 3. Ordem denegada. (HC 110647, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 24-03-2014 PUBLIC 25-03-2014) “(todos os grifos foram adotados).

Nos autos, portanto, estão estabelecidos os seguintes pontos:

- O Artigo 46 da Constituição do Estado da Bahia **determina a exclusão do Policial condenado a dois ou mais anos a pena privativa de liberdade;**
- O Apelante foi condenado em **sentença transitada em julgado** a 26 anos de reclusão por duplo homicídio;
- A ausência de prévio processo administrativo não trouxe prejuízo ao Servidor, visto que sua realização **não alteraria a pena demissional aplicada;**

- O STF pacificou o entendimento de que o princípio *do pas de nullité sans grief* **incide nas nulidades relativas e absolutas**
- A prestação jurisdicional que anulasse a pena aplicada por ordem constitucional privilegiaria a forma em detrimento do conteúdo e, ao reconduzir às hostes da Polícia Militar um homicida definitivamente condenado, **fulminaria o próprio interesse público que deveria proteger.**

Posta assim a questão, afastada a prescrição, reconheço a inexistência de prejuízo decorrente da ausência de processo administrativo que estaria **inexoravelmente fadado a aplicar a pena demissional que o Apelante visa desconstituir** e, dentro desse contexto, VOTO pelo Improvimento do Apelo e consequente subsistência da sentença que julgou improcedente o pedido Autoral.



TJBA – APELAÇÃO N.º 0000015-78.2005.8.05.0195, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA, JULGADO EM 29.07.2014.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. REJEITADA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO DE PINDAÍ. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA AO ART. 11, CAPUT E INCISO II, DA LEI Nº. 8.429/92. DOLO GENÉRICO DO AGENTE COMPROVADO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PARA A APURAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE (DECRETO-LEI 201/67). IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. ATO IMPROBO QUE TAMBÉM PODE CONFIGURAR CRIME FUNCIONAL. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CONDENAÇÃO EM MULTA CIVIL. IRRAZOABILIDADE VERIFICADA. REDUÇÃO IMPERIOSA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Restou consumido pela preclusão consumativa o debate em torno da alegada intempestividade recursal, na medida em que o apelado não comprovou a suposta justa causa para o não recebimento da insurgência, durante a vigência do prazo recursal ou até 5 dias após cessado o impedimento. Precedente do STJ.
2. Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública dependem, para a sua configuração, da presença do elemento subjetivo doloso, consoante o entendimento doutrinário e a jurisprudência do STJ. Sucede que, ainda que se corrija a conclusão alcançada pela sentença, em referência a este tópico, o fato é que há elementos de convicção suficientes do dolo do recorrente no seu ato de descumprir a ordem judicial a si imposta nos autos das ações ordinárias referidas na exordial deste feito.
3. Com efeito, o recorrente demonstrou a deliberação em descumprir as determinações judiciais, em clara afronta aos princípios da legalidade, moralidade e lealdade. O ato omissivo do agente se mostrou fruto de volição inequívoca e consciente, valendo anotar que o argumento de que se tratava de uma “tentativa de evitar danos ao erário municipal e pela melhor prestação de serviços à comunidade”, por si só, não se sustenta.
4. Os agentes políticos, mesmo sujeitos a crime de responsabilidade, não estão imunes às sanções por ato de improbidade administrativa previstas no artigo 37,

parágrafo 4º, da Constituição Federal, disciplinado pela Lei 8429/92. Precedentes jurisprudenciais.

5. Viola a razoabilidade e a proporcionalidade a imposição de multa civil no patamar de 80 (oitenta) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente enquanto era prefeito do Município de Pindaí, pois, conforme demonstrado, o ex-gestor recebeu, durante todo o seu mandato de Prefeito apenas 48 remunerações mensais. Redução que se impõe, julgando-se justa a fixação do patamar de 10 (dez) vezes o valor do citado subsídio, especialmente pela ausência de efetivo dano ao erário.

6. Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº. **0000015-78.2005.8.05.0195**, tendo como apelante **Valdemar da Silva Prado** e apelado o **Ministério Público do Estado da Bahia**

ACORDAM os Desembargadores componentes da **Terceira Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo, pelas razões adiante expendidas.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 520/531, de lavra da MM Juíza de Direito Adriana Silveira Bastos, da Vara Cível da Comarca de Pindaí, que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado da Bahia em desfavor de Valdemar da Silva Prado, julgou parcialmente o pedido para condenar o réu ao pagamento de multa civil de 80 (oitenta) vezes o valor da remuneração percebida enquanto era prefeito do Município de Pindaí e proibi-lo de contratar com o Poder Público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos, além de impor-lhe o pagamento pelas custas e eventuais despesas processuais.

Irresignado, o réu interpôs o apelo de fls. 542/553 sustentando a necessidade de reforma da sentença a partir dos seguintes arrazoados: a) ausência de prejuízo aos cofres públicos que extirpa a punição do recorrente; b) inexistência de dolo; c) rejeição da denúncia formulada pelo Ministério Público por suposto crime de descumprimento de ordem judicial; d) irrazoabilidade da condenação e redução da condenação da multa civil ao máximo de uma vez o valor do subsídio percebido pelo recorrente quando exercia o mandato de Prefeito.

Pela decisão de fls. 566/567 o d. a quo deixou de receber, por intempestividade, a apelação, o que motivou a interposição do agravo de instrumento de fls. 571/575.

Às fls. 582 foi revogada a decisão de fls. 566/567 e recebido o recurso em ambos os efeitos. O apelado ofertou as contrarrazões de fls. 589/597, alegando preliminar de intempestividade do apelo e, no mérito, pugnando pela manutenção da sentença.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça opinou, às fls. 612/624, pelo provimento parcial do recurso, apenas para reduzir a multa civil para dez vezes o valor do subsídio recebido pelo apelante.

Após examinar atentamente as questões controvertidas, elaborei o breve relatório, que ora submeto à douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Inicialmente, não vinga a preliminar de intempestividade do recurso, aventada pelo apelado em contrarrazões, porquanto consumida pela preclusão consumativa.

Com efeito, vê-se que o magistrado processante da presente ação civil pública determinou, pelo despacho de fls. 535v., a intimação pessoal do requerido acerca da sentença e pelo DPJ ao advogado. Pelo cartório, restou certificado que a publicação na imprensa oficial se deu em 12/03/2010 (fls. 536v) e a pessoal, em 28/07/2010, com juntada do mandado em 03/08/2010 (fls. 537v). Isso fez com que a magistrada singular de então deixasse de receber o apelo por intempestividade, uma vez que entendeu ser o termo inicial da contagem a intimação do causídico por DPJ (fls. 566).

Conquanto interposto agravo de instrumento contra a referida decisão monocrática (fls. 570), o magistrado que sucedeu àquele primeiro, entendeu por revogar através do decisum de fls. 582 a decisão que deixou de receber o recurso, contra o qual, todavia, não interpôs recurso o Ministério Público, deixando precluir qualquer discussão a respeito da suposta intempestividade recursal ou, mais especificamente, sobre o marco correto para a contagem do prazo, mesmo porque o acolhimento da precitada preliminar faria revolver o objeto do agravo de instrumento extinto após a mencionada retratação judicial.

Por tais razões é que se rejeita a suscitada preliminar.

Por oportuno:

PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE. JUSTA CAUSA. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. APRESENTAÇÃO POSTERIOR. PRECLUSÃO. 1. Esta Corte entende que a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo recursal ou até 5 dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 464.454/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 28/03/2014)

NO MÉRITO, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida contra o apelante quando exercia o cargo de prefeito do município de Pindaí, sob o fundamento de que ele violara o disposto nos arts. 10 e 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429/92, ao deixar de cumprir decisões judiciais que suspenderam os efeitos do Decreto nº 021/2005 (fls. 170).

Através do referido decreto, o recorrente anulou atos administrativos consistentes na majoração supostamente irregular da carga horária de servidores municipais da Secretaria de Educação de Pindaí. A decisão exarada em sede de antecipação de tutela nas ações ordinárias ajuizadas pelos servidores, por sua vez, impôs a recomposição dos salários bases destes, a partir do retorno da jornada para 40 horas semanais.

São as disposições dos arts. 10 e 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei [...].

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

A sentença concluiu a demanda nos seguintes termos:

“Desse modo, o que se conclui da conduta do então Prefeito Municipal, ora réu, em descumprir de forma sistemática a ordem judicial é que praticou ato de improbidade administrativa nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Nesse particular trago as seguintes ponderações: O ato de descumprir decisão judicial gerou uma multa diária que à época da propositura da ação atingia o montante de R\$ 690.000,00, entretanto, o fato da parte beneficiária dessa multa ter celebrado acordo com o Município de Pindaí e nele ter concedido a remissão do valor correspondente à multa, não foi capaz de librar o ora réu da prática de ato de improbidade. Isso porque, embora o Município de Pindaí tenha se desonerado de pagar o valor da multa, afastando o prejuízo de que trata o art. 10, da Lei 8.429/92, restou patente a prática de ato atentatório aos princípios da administração pública na medida em que agiu violando os deveres éticos e morais decorrentes da honestidade, da imparcialidade e de lealdade com os Poderes constituídos, no presente caso, com o Poder Judiciário.
[...] **A lesão a princípios administrativos contida no referido art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público.** Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.
[...]
Diante de tudo o quanto foi exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de multa civil de 80 (oitenta) vezes o valor da remuneração percebida enquanto era prefeito do Município de Pindaí, e proibi-lo de contratar com o Poder Público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos, com fulcro nos arts. 11, caput, inciso II e 12, III, da Lei 8.429/92”. (fls. 528 e 531)

Porque, conforme se destaca do trecho acima, restou afastada da sentença condenatória a incidência do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente em razão do acordo extrajudicial pactuado entre as partes, que liberou o ente administrativo do pagamento do montante somado a título de multa diária, a matéria ora devolvida neste apelo se atém à verificação da subsunção, ou não, da conduta do recorrente ao teor do art. 11, II, da referida legislação.
A fim de comprovar a não incidência de sua conduta neste ilícito, o apelante sustenta essencialmente a inexistência de dolo, seja pela ausência de prejuízo aos cofres públicos, seja pela rejeição da denúncia formulada pelo Ministério Público, no juízo criminal, por suposto crime de descumprimento de ordem judicial.

Seus arrazoados, contudo, não prosperam.

Apesar do culto julgador monocrático acertar ao registrar ser dispensável a prova de lesão ao erário para a condenação do agente nos termos do art. 11 da lei nº 8.429/92, equivocou-se ao afirmar não se exigir o dolo ou a culpa na conduta do agente na configuração de lesão aos princípios administrativos.

É que o referido art. 11, ao disciplinar sobre a lesão aos princípios da administração pública, sanciona apenas a conduta dolosa do agente, atestando que a lesão dolosa aos sobreditos princípios é que caracteriza o ato de improbidade.

Conforme preleciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No dispositivo em foco, constitui objeto da tutela a observância dos princípios constitucionais. Com a positivação dos princípios, criaram-se tipos legais conformadores da improbidade administrativa. Assim, a violação de princípios configura-se fatalmente como violação ao princípio da legalidade.
O pressuposto exigível é somente a vulneração em si dos princípios administrativos. Consequentemente, são pressupostos dispensáveis o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. A improbidade, portanto, cometida com base no art. 11 pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no art. 1º nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É o caso em que o agente retarda a prática de ato de ofício (art. 11, II). Não obstante, essa improbidade pode caracterizar-se como gravíssima, permitindo até mesmo a aplicação das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos.
O elemento subjetivo é exclusivamente o dolo, não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia. Poderá, é óbvio, constituir infração funcional e gerar a aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência, mas de improbidade administrativa não se trata.” (Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 997/998)

Na mesma linha, é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO CULPA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. [...] 2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10. Isso porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.** 3. As considerações feitas pelo Tribunal de origem não afastam a prática do ato de improbidade administrativa, uma vez que foi constatado o elemento subjetivo culpa na conduta do agente, o que permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92. [...] Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 161.420/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14/04/2014)

Sucedee que, ainda que se corrija tal conclusão da sentença, nesta via recursal, e realmente se assente ser indispensável a prova do dolo ou da culpa do agente político para que incida ao caso o art. 11, II, da legislação em comento, o fato é que há elementos de convicção suficientes do dolo do recorrente no seu ato de descumprir a ordem judicial a si imposta nos autos das ações ordinárias referidas na exordial deste feito.

Extrai-se dos autos que o réu demonstrou a deliberação em descumprir as determinações judiciais, em clara afronta aos princípios da legalidade, moralidade e lealdade. Tanto assim que repisa, nos seus arrazoados do apelo, aqueles constantes do agravo de instrumento de fls. 215/221, interposto na ocasião, no sentido de que:

“[...] ao deixar de cumprir ordem judicial, o ora Recorrente à época Prefeito, justificou seu ato com a tentativa de evitar danos ao erário municipal e pela melhor prestação de serviços à comunidade, mostrando-se preocupado com a população do município de Pindaí, posto que, como Chefe do Executivo, tinha total consciência da grave crise pela qual atravessava aquela comuna em virtude de atos praticados pelo gestor que o antecedeu e o atendimento às referidas determinações judiciais, seguramente, iria acarretar no crescimento da referida crise, trazendo mais prejuízos à população em geral, correndo-se o risco de atingir a prestação de serviços básicos de competência da Administração Pública municipal. Desta maneira, a atitude do Recorrente visava apenas garantir o bem estar da coletividade, pois seria irresponsável de sua parte beneficiar uma pequena parcela da população – 30 professores beneficiados com a decisão judicial –, em detrimento da gigantesca maioria – todo o restante da população de Pindaí”. (fls. 545)

Analisando a questão, o jurista Waldo Fazzio Júnior preleciona, em referência ao enunciado do inciso II, do art. 11:

“O advérbio indevidamente é elemento normativo indiciário de consciência da ilegalidade da conduta. O agente público conhece seu dever administrativo, mas não o cumpre. Sabe que ao retardar ou não praticar ato de ofício, invade o território da ilegalidade. Portanto, se o agente público, desprezando os deveres *ratione officii*, sobretudo o de efetivar os atos oficiais, sem qualquer motivo escusável, protela-os, ou, o que é pior, não os pratica, ainda que não mire qualquer vantagem ou interesse, está cometendo esta espécie de ato de improbidade”. (in: Atos de Improbidade Administrativa, Editora Atlas, 2ª edição, 2008, pág. 185)

Em 25/05/2005 (fls. 217v), o ex-gestor municipal apelante foi intimado pessoalmente da decisão antecipatória de tutela, para que proveesse para cada um dos autores a carga horária de 40 horas semanais, recompondo, por conseguinte os salários bases dos mesmos, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária, porém manteve-se inerte quanto ao comando judicial e, em vez de cumpri-lo, apenas interpôs agravo de instrumento (fls. 215/221), gerando a soma de vultosa quantia a título de multa diária, que posteriormente foi liberada pelas partes em acordo extrajudicial. Ocorre que esse ato omissivo do agente se mostrou fruto de volição inequívoca e consciente. Houve o dolo genérico na sua conduta de desatender o provimento jurisdicional, valendo anotar que o argumento de que se tratava de uma “tentativa de evitar danos ao erário municipal e pela melhor prestação de serviços à comunidade”, por si só, não se sustenta.

Maurício Zockun, mestre em Direito Tributário e doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP², em seu artigo “O descumprimento de medidas liminares por agentes de empresas estatais”, expõe com excelência sobre o tema:

2 Disponível em: <http://www.zockun.com.br/downloads/Descumprimento%20de%20liminares%20pela%20Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 06/05/2014.

“Como a decisão concessiva de medida liminar é um ato oriundo do exercício de uma das funções estatais (que, repita-se, é presuntiva da perseguição do interesse público), o ordenamento jurídico lhe confere um rol de atributos necessários à perseguição do propósito do Direito (que é a segurança jurídica). Todos os atos decorrentes do exercício de uma função pública gozam de atributo que lhe é inato: presunção de legitimidade. É dizer: presunção jurídico-positiva que esses atos foram produzidos em conformidade com o ordenamento jurídico. Que encontram, pois, fundamento de validade em norma jurídica que lhe é hierarquicamente superior.

[...] É que se assim não fosse, os interesses públicos (que se encontram em patamar hierárquico superior aos interesses individuais) não poderiam ser acautelados por aquele que tem por missão curá-los. Daí porque da supremacia do interesse público sobre o interesse privado decorre a presunção de que os atos estatais (decorrentes, pois, do exercício de qualquer uma das funções estatais) são legítimos. Além disso, os atos estatais são imperativos. Ou seja, são impostos à sociedade independentemente do consentimento dos seus destinatários.

Ao deixar de cumprir os termos da liminar o agente público também poderá praticar ato consistente em “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”. E essa conduta (‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício’) está tipificada como ato de improbidade administrativa (artigo 11, inciso II, da Lei federal nº 8.429/92), sujeitando o seu agente ao ‘ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração pelo agente 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 três anos’ (artigo 12, inciso III, da Lei federal nº 8.429/92).

[...] Ocorre que, na hipótese em questão, sendo a medida liminar um ato jurisdicional exigível (conforme se esclareceu linhas acima), seu cumprimento não é uma faculdade do Poder Público. É, pelo contrário, um dever imposto pelo regime jurídico-administrativo”.

Por isso, deixar de atender ao comando jurisdicional equivale a não aplicar a lei de ofício, o que não se admite num Estado de Direito, onde se impõe a submissão do Estado à lei e à jurisdição, notadamente quando aquela conduta omissiva seja dotada de dolo genérico e sem justificativa plausível.

Depois, em razão do princípio da independência das responsabilidades, vigente no sistema jurídico pátrio, a rejeição da denúncia formulada pelo Ministério Público, no juízo criminal, quanto ao suposto crime de responsabilidade, em nada interfere na condenação do recorrente na seara da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa.

Anote-se que, segundo a abalizada doutrina de Alexandre de Moraes:

“a natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula [...] sem prejuízo da ação penal cabível” (in: Direito Constitucional – pag. 367- Atlas- vigésima quarta edição).

O alegado *bis in idem* não se configura, na medida em que a sanção criminal, prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não repercute no campo das sanções civis e políticas pertinentes à Lei nº 8.429/92, por serem independentes entre si e demandarem o ajuizamento de ações com competência diversa, seja por razão da matéria (criminal e civil) ou da função (Tribunal de Justiça e juízo singular).

Neste sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. 1. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 10/12/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBMISSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS À LEI 8.429/92. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ (RCL 2.790/SC, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 04.03.2010). EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS. 1. A Corte Especial do STJ, no julgamento da RCL 2.790/SC, pacificou o entendimento de que os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa, devido à compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92, cabendo, apenas, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição Federal; ressalva do entendimento do Relator. 2. Embargos de Divergência rejeitados. (STJ, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 11/09/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

“APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AOS RÉUS CONDENADOS POR CRIME DE RESPONSABILIDADE PELOS MESMOS FATOS. INADEQUAÇÃO. Os artigos 37, parágrafo 4º da CF, e 12 da Lei nº 8.429/92 assentam o princípio de independência das responsabilidades, de modo que atos de improbidade administrativa podem resultar a seu autor sanções outras, civis, penais ou administrativas, aplicáveis cumulativamente. Mesmo que a ação de improbidade tenha por fundamento fatos idênticos já apreciados em outra ou outras instâncias, não há falar em “bis in idem”. A regra só cede se a sentença penal absolutória fundar-se na negativa material do fato ou da autoria. Sentença desconstituída, de ofício. Recurso adesivo prejudicado. Unânime”. (TJ-RS - AC: 70044810885 RS , Relator: Genaro José Baroni Borges, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2012)

Isso exposto, considerando-se que restou demonstrada a ocorrência do dolo genérico, apesar de inexistente qualquer dano patrimonial, justifica-se a condenação do apelante nas penas do art. 12 da lei nº 8.429/92, motivo pelo qual não reclama reparo, neste ponto, a sentença objurgada.

O mesmo não se pode dizer, todavia, da ponderação quanto à condenação do recorrente na modalidade multa civil, com fulcro no inciso III do art. 12 da referida legislação, eis que evidente a irrazoabilidade e desproporcionalidade do *decisum* ao estabelecê-la no patamar de “80 (oitenta) vezes o valor da remuneração percebida enquanto era prefeito do Município de Pindaí”.

É que, como se demonstrou, o insurgente recebeu, durante todo o mandato, apenas 48 remunerações mensais, de modo que não é ponderável impor que arque com 80 vezes o valor de uma remuneração. Por outro lado, reduzi-la ao valor de apenas um subsídio, como se intenta, não se vislumbra proporcional, na medida em que não se cumprirá a finalidade pedagógica da referida sanção. Julga-se consentâneo, pois, inclusive no lastro do parecer ministerial, a sua redução para o patamar de 10 (dez) vezes o valor do subsídio recebido pelo ex-gestor, especialmente pela ausência de efetivo dano ao erário.

Ex positis, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO**, apenas para reduzir a multa civil imposta para o equivalente a 10 (dez) vezes do subsídio recebido pelo apelante.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL Nº 0300343-46.2013.8.05.0229, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL, JULGADO EM 14.09.2015.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE PEDIDO DE ESTABILIDADE ECONÔMICA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. RITO SUMÁRIO. SERVIDORA MUNICIPAL QUE EXERCEU POR MAIS DE DEZ ANOS CARGO COMISSIONADO. ESTABILIDADE ECONÔMICA DEVIDAMENTE RECONHECIDA. INTELIGÊNCIA DA LEI MUNICIPAL Nº 626/97. DIREITO ADQUIRIDO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. I- *In casu*, verifica-se que as provas colacionadas aos autos, demonstram, de maneira irrefutável, que a Apelada exerceu o cargo comissionado de Coordenadora Administrativa Municipal, entre os anos de 1998 a 2004 e 2005 a 2012 (fls. 16/17), e em 14/02/2013, nos termos do Decreto nº 208 (fl. 11), foi exonerada do respectivo cargo, tendo sido alterado seu regime de trabalho de 40 horas semanais para 20 horas semanais, o que resultou na diminuição dos seus vencimentos. II- Com efeito, tem-se que a requerente cumpre os requisitos previstos no art. 67 da Lei Municipal nº 626/97, restando pacífico o direito da acionante à estabilidade econômica. III- Ademais, não poderia legalmente a Administração Pública Municipal, sem qualquer procedimento administrativo, reduzir os vencimentos da parte autora e, por conseguinte, inobservar a estabilidade econômica já adquirida, sob pena de violação aos princípios constitucionais vigentes. IV- Sentença mantida. Apelo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº. **0300343-46.2013.805.0229**, de Santo Antônio de Jesus/Ba, em que é apelante o **MUNICÍPIO DE SANTO ANTONIO DE JESUS** e apelado **MARILDA DA SILVA SANTOS**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso interposto, pelos motivos adiante expendidos.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Pedido de Estabilidade Econômica c/c Restituição de Valores proposta, pelo rito sumário, por MARILDA DA SILVA SANTOS em desfavor do MUNICÍPIO DE SANTO ANTONIO DE JESUS, objetivando a condenação do demandado a reconhecer o direito à estabilidade econômica que entende a autora fazer jus, no cargo de confiança que exerceu, bem como o direito referente à diferença salarial.

Adota-se como próprio o relatório da sentença constante das fls. 58/64, acrescentando que o eminente magistrado singular julgou procedente o pedido formulado pela parte autora, para reconhecer seu direito à estabilidade econômica no cargo de confiança de Coordenadora Administrativa (Diretora), certificando assim, seu direito a perceber os rendimentos equivalentes à referida função gratificada a partir do mês de fevereiro do ano de 2013. Determinou que o valor encontrado deve ser acrescido de juros moratórios na razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, calculados com base nos índices oficiais de juros aplicados à caderneta de poupança, consoante art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; correção monetária que deverá ser calculada com base nos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança, consoante art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; e condenou o ente municipal em honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor final da condenação.

Irresignado, recorreu o vencido com razões de fls. 67/71, alegando, em síntese, que a servidora não foi formalmente nomeada para o cargo ao qual pleiteia a declaração de estabilidade. Ressaltou que a autora não comprovou o fato constitutivo do seu direito e encerrou pugnando pelo provimento do recurso, para que sejam julgados improcedentes os pedidos da apelada.

Devidamente intimado, o recorrido apresentou contrarrazões às fls. 78/82, refutando os argumentos do recorrente e pugnando pelo improvimento do recurso.

Preparados, os autos foram remetidos à Superior Instância, e, sendo distribuídos à Primeira Câmara Cível, coube-me, por sorteio, a função de relatora.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

Presentes as condições de admissibilidade do recurso, dele conheço.

A Lei Municipal nº 626/97, que instituiu o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Município de Santo Antônio de Jesus, estabeleceu, em consonância com a Constituição Federal de 1988, o direito à estabilidade econômica, com natureza de vantagem pessoal, àqueles servidores que exerceram cargo em comissão ou função gratificada, pelo período de 10 (dez) anos contínuos ou não, conforme se extrai do art. 67º da citada lei municipal, *in verbis*:

Art. 67º. Ao servidor que tiver exercido, por 10 (dez) anos contínuos ou não, cargo em comissão ou função gratificada, é assegurada estabilidade econômica que consiste no o direito de continuar a perceber, no caso de exoneração ou dispensa, como vantagem pessoal, retribuição equivalente a 100% (cem por cento) do valor do símbolo correspondente ao cargo de maior hierarquia que tenha exercido por mais de 2 dois anos ou a diferença entre o valor deste e o vencimento do cargo efetivo.

Na situação em escopo, a demandante requer o reconhecimento do seu direito à estabilidade econômica adquirida no exercício do cargo comissionado de Coordenadora Administrativa Municipal, ocupado pela mesma por 14 (quatorze) anos ininterruptos.

In casu, verifica-se que as provas colacionadas aos autos, demonstram de maneira irrefutável, que a Apelada exerceu o cargo comissionado de Coordenadora Administrativa Municipal, entre os anos de 1998 a 2004 e 2005 a 2012 (fls. 16/17), e em 14/02/2013, nos termos do Decreto nº 208 (fl. 11), foi exonerada do respectivo cargo, tendo sido alterado seu regime de trabalho de 40 horas semanais para 20 horas semanais, o que resultou na diminuição dos seus vencimentos.

Com efeito, tem-se que a requerente cumpre os requisitos previstos no art. 67 da Lei Municipal nº 626/97, restando pacífico o direito da acionante à estabilidade econômica, como restou devidamente fundamentado pelo eminente magistrado singular que aludiu que “*tendo a autora exercido cargo comissionado pelo período de quatorze anos, não é razoável que o Poder Público venha a cassar seus rendimentos após um decênio de exercício regular na função, mormente sem fundamentos que justifiquem a prática do ato impugnado.*” (fl. 62)

Nesse passo, constata-se que o Administrador Público resolveu, sem a devida motivação e o devido processo legal, alterar o regime de trabalho da servidora, deixando, por outro lado, de reconhecer a estabilidade econômica da mesma.

No mesmo sentido, é o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE ATO DE EXONERAÇÃO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO E REINTEGRAÇÃO NO CARGO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL EXONERADO POR ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. ACÚMULO DE CARGOS. AMPLA DEFESA. INDENIZAÇÃO PELOS VENCIMENTOS A QUE FARIA JUS O SERVIDOR SE NÃO TIVESSE SIDO ILEGALMENTE EXONERADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. ART. 20, § 4º, DO CPC.

- O servidor aprovado em concurso público, após adquirir a estabilidade, não pode ser sumariamente privado do cargo que ocupa, ainda que haja determinação da Corte de Contas neste sentido. - Antes de cumprir a decisão do Tribunal de Contas, compete ao Município garantir ao servidor o direito à ampla defesa e ao contraditório. (...). (TJRS – 3ª Câmara Cível, APC nº. 70008751737, Rel. Desa. Matilde Chabar Maia, julgado em 14.10.2004).

Com efeito, não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de inobservância a um dos pilares do Estado Democrático de Direito, consubstanciado no princípio da segurança das relações jurídicas.

Ademais, não poderia legalmente a Administração Pública Municipal, sem qualquer procedimento administrativo, reduzir os vencimentos da parte autora e, por conseguinte, inobservar a estabilidade econômica já adquirida, sob pena de violação aos princípios constitucionais vigentes.

Nesse diapasão, é o entendimento jurisprudencial:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA MUNICIPAL CONCURSADA. REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM NECESSÁRIO REEXAME. (TJBA – 4ª Câmara Cível, RN nº. 0000606-20.2013.805.0014, Rel. Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 18.02.2014, publicado em 19.02.2014).

Na mesma linha:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DE PROFESSORA MUNICIPAL DE 40 HORAS/AULAS SEMANAIS PARA 20 HORAS/AULAS SEMANAIS. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO POR PARTE DO ENTE PÚBLICO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONFIGURAÇÃO DO ATO ILEGAL. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DAS VERBAS SALARIAIS. VALORES DEVIDOS A PARTIR DA IMPETRAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO, APENAS PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO O PAGAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS. (TJBA – 1ª Câmara Cível, APC nº. 0000338-63.2013.805.0014, Rela. Des. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 17.02.2014, publicado em 18.02.2014).

REMESSA NECESSÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INÉPCIA DA INICIAL. REJEITADAS. PROFESSORA MUNICIPAL. REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA. SUSPENSÃO DOS VENCIMENTOS. DECRETO ARBITRÁRIO. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ASSEGURANDO AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA INTEGRADA EM REEXAME NECESSÁRIO. A impossibilidade jurídica do pedido somente deve ser reconhecida quando há expressa vedação do pedido no ordenamento jurídico, o que não ocorre nos autos. Quando a pessoa jurídica de direito público não se limita a alegar a sua ilegitimidade, mas também defende o mérito, requerendo a denegação da segurança, assume a legitimatio ad causam passiva. Portanto, não há que se reconhecer a inépcia da inicial. A Administração Pública pode revogar seus próprios atos, entretanto, quando o ato administrativo importa em redução de vencimento de servidor público estável, em afronta à garantia Constitucional de irredutibilidade de vencimento, é necessária a instauração de processo administrativo onde serão asseguradas as prerrogativas do contraditório e da ampla defesa. (TJBA – 2ª Câmara Cível, RN nº. 0000621-86.2013.805.0014, Rel. Des. Jatahy Júnior, julgado em 04.02.2014, publicado em 05.02.2014).

Na mesma esteira, não pode o ato administrativo ter vigência considerando que esse não atende ao juízo de discricionariedade e autotutela, pois carece de razoabilidade.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029513-20.2008.8.05.0001, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª. HELOISA PINTO DE FREITAS VIEIRA GRADDI, JULGADO EM 16.06.2015.

DIREITO ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. LEI 7.990/01. POLICIAL MILITAR INATIVO. PROVENTOS. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO. NÃO PROVIMENTO.

I – É devido o auxílio-alimentação ao militar para garantia da refeição, mediante o pagamento de subsídio correspondente, quando a mesma não é prestada in natura. II – Tal benefício tem caráter indenizatório, objetiva evitar a oneração do orçamento pessoal e pressupõe que o policial esteja em atividade, a teor da regra inserta no 92, V, ‘d’ da Lei nº 7.990/2001.

III – Evidenciado que os Recorrentes são policiais da reserva, imperiosa é a confirmação da sentença que julgou improcedente o pleito de incorporação do auxílio-alimentação aos respectivos proventos de inatividade.

RECURSO NÃO PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação nº 0029513-20.2008.8.05.0001**, da Comarca de Salvador, em que figuram como **Apelantes** ANTONIO CARLOS PEREIRA DO NASCIMENTO e ERIVALDO RIBAS DE BRITTO e Apelado o ESTADO DA BAHIA,

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, pelas razões que integram o voto condutor da Relatora.

RELATÓRIO

ANTONIO CARLOS PEREIRA DO NASCIMENTO e ERIVALDO RIBAS DE BRITTO, policiais militares da reserva, ajuizaram ação ordinária contra o ESTADO DA BAHIA, com o objetivo de ser determinada a incorporação definitiva do auxílio-alimentação aos proventos dos mesmos.

Articularam tese em benefício da pretensão formulada e requereram a procedência da demanda, “em todos os seus termos, incorporando, definitivamente, o auxílio alimentação, para todos os efeitos legais, nos proventos dos Autores, bem como o pagamento da verba, de forma retroativa, desde a citação da Ré, ...”

O Requerido contestou a ação às fls. 57/72, suscitou preliminar de ausência de interesse de agir e, no mérito, arguiu a inexistência do direito postulado.

A réplica foi apresentada às fls. 74/87.

A sentença de fls. 89/92 rejeitou a prefacial e julgou improcedente o pedido, ao argumento de que “o pagamento de auxílio-alimentação só é devido aos servidores da ativa.”

Insatisfeitos, os Acionantes interpõem apelação (fls. 95/99), com a finalidade de reformar a sentença, “para incorporar aos seus vencimentos e proventos, definitivamente, o auxílio-alimentação, para todos os efeitos legais, bem como o pagamento da verba, de forma retroativa, desde a data que a verba haveria de ter sido implantada, qual seja, desde a lei nº 7.990/2001”.

Em contrarrazões de fls. 103/110, o Acionado requer a manutenção da sentença.

Nesta Corte, os autos foram distribuídos por sorteio à minha Relatoria (fl. 112).

Encaminhei-os ao Eminent Desembargador Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

Submete-se ao exame desta Corte a pretensão dos Acionantes de incorporar aos proventos o auxílio-alimentação.

O auxílio alimentação para os militares do Estado da Bahia está previsto no artigo 92, V, ‘d’ da Lei nº 7.990/2001, *verbis*:

“Art. 92 - São direitos dos Policiais Militares:
(...)
V - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação peculiares:
d) a alimentação, assim entendida as refeições ou subsídios com esse objetivo, **fornecido aos policiais militares durante o serviço;**”

Observe-se que o dispositivo restringe o alcance da sua incidência aos policiais em atividade.

Isto porque o benefício foi criado com a finalidade de garantir o fornecimento de refeição durante a jornada de serviço do policial, mediante o pagamento de subsídio correspondente, quando não prestado *in natura* e tem caráter indenizatório, para evitar a oneração do orçamento pessoal do militar.

Sendo assim, não é devido em razão do cargo, e sim do efetivo exercício das atribuições.

Neste sentido:

“ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO INATIVO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO.
O auxílio-alimentação não é extensivo aos inativos, porquanto **se trata de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição, sendo devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções.**
Recurso desprovido.”
(STJ, RMS 13.670/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 360)

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. POLICIAL CIVIL EXERCENDO MANDATO CLASSISTA. BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. VERBA INDENIZATÓRIA. INERENTE AO EXERCÍCIO DO CARGO. DESCABIMENTO.

O auxílio-alimentação destina-se aos servidores, em efetivo exercício, com caráter indenizatório e inerente ao exercício do cargo.

Estando os recorrentes afastados para exercerem mandato classista, não lhes advém direito, muito menos líquido e certo, ao pretendido benefício. Precedente.

Recurso desprovido.” Grifei
(STJ, RMS 8.899/ES, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/1999, DJ 23/08/1999, p. 136)

No caso em exame, os Apelantes são militares inativos, como se infere do contracheque de fl. 16 e do Boletim Geral Ostensivo de fl. 20, e requereram, apenas, a incorporação do auxílio-alimentação aos seus proventos, nos seguintes termos:

“d) seja julgada inteiramente procedente a presente demanda, em todos os seus termos, incorporando, definitivamente, o auxílio-alimentação, para todos os efeitos legais, **nos proventos** dos Autores, bem como o pagamento da verba, de forma retroativa, desde a citação da Ré (...)”

A pretensão não tem respaldo legal, vez que, como já explicitado acima, apenas os servidores em atividade têm direito à sua percepção.

A Jurisprudência majoritária tem linha intelectual que respalda tal entendimento, como se infere das ementas dos seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. **POLICIAL MILITAR INATIVO. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO** RETROATIVO AO PERÍODO DE 2005 e 2007, NO MESMO VALOR E CONDIÇÕES ATRIBUÍDOS AOS POLICIAIS DA ATIVA DA CAPITAL. IMPROCEDÊNCIA APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. **IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DESTINADO A POLICIAL MILITAR INATIVO A TÍTULO DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO.** INTELIGÊNCIA DO ART. 92 DA LEI 7.990/01. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. SENTENÇA CONFIRMADA.”
(**TJBA**, APC nº 0062549-82.2010.8.05.0001, 4ª CC, Rel Desa LÍCIA DE CASTRO L CARVALHO)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS INATIVOS:** NATUREZA INDENIZATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”
(**STF**, AI 668391 AgR, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, **1ªTurma**, julgado em 26/05/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VALE-REFEIÇÃO E AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. NATUREZA INDENIZATÓRIA. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS. IMPOSSIBILIDADE. O direito ao vale-refeição e ao auxílio-alimentação não se estende aos inativos e pensionistas, vez que se trata de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”
(**STF**, AI 586615 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, **2ª Turma**, julgado em 08/08/2006)

Destarte, evidenciado que o pleito dos Recorrentes de incorporar o auxílio-alimentação nos proventos da inatividade não tem amparo na lei de regência, imperiosa é a confirmação da sentença que o julgou improcedente. Nestes termos, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**



TJBA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0116674-78.2002.8.05.0001, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. AUGUSTO DE LIMA BISPO, JULGADO EM 02.03.2015

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAIS MILITARES. EXTINÇÃO DA GHPM E REAJUSTE DA GAP. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA REJEITADA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DECLARADA, PELO PLENÁRIO DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, EM ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL A INTERPRETAÇÃO DO ART. 12 DA LEI ESTADUAL Nº 7.145/1997 DEVE SER FEITA CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE MODO A LIMITAR SEU ALCANCE APENAS ÀQUELES SERVIDORES MILITARES QUE AINDA NÃO HAVIAM INTEGRADO A GHPM AOS SEUS VENCIMENTOS À ÉPOCA DE SUA VIGÊNCIA. O ANEXO V DA LEI ESTADUAL Nº 7.622/2000 DEVE SER INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, DE MODO A RECONHECER O PERCENTUAL DE 34,06%, COMO BASE DO REAJUSTE GERAL CONCEDIDO NO ANO DE 2000, COMO DECIDIDO PELO PLENÁRIO DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, EM ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. APELO IMPROVIDO.

Da simples leitura da petição inicial (fls. 07/08), constata-se que a parte autora, ora apelados, pediram expressamente a incorporação da GHPM aos seus proventos de aposentadoria, e o reajuste da GAP, no mesmo percentual aplicado ao soldo, fazendo, inclusive, referência à Lei Estadual nº 7.622/2000, tendo a sentença recorrida respeitado plenamente os limites da lide. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA REJEITADA. No que diz respeito à prescrição, a presente demanda envolve relação de trato sucessivo, quitadas por prestações periódicas, de caráter alimentar, renovadas mês a mês, em que figura como devedora a Fazenda Pública, recaiando a prescrição quinquenal somente sobre as parcelas anteriores à propositura da ação, nunca sobre o direito às gratificações em si mesmo, sendo por conseguinte aplicável a Súmula 85 do STJ. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. Nos termos da melhor doutrina e de precedentes jurisprudenciais, as vantagens pessoais, uma vez incorporadas, não podem ser “retiradas” do patrimônio de seus beneficiários. A Lei Estadual nº 7.145/97, criada para extinguir as denominadas Gratificações de Habilitação Policial Militar - GHPM, e a Gratificação de Função - GFPM, substituindo-as pela GAP - Gratificação de Atividade Policial, não poderia atingir aqueles policiais militares que já haviam incorporado essas vantagens em seus vencimentos, sob pena

de violação aos princípios constitucionais e legais, que protegem o direito adquirido (CF/88, art. 5º, inciso XXXVI, e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), e a isonomia (art. 5º, caput da CF). O reajuste concedido pela Lei nº 7622/2000 tem natureza jurídica de índice geral de revisão de vencimentos e soldos, mesmo porque é o único diploma legal a tratar de reajuste no exercício de 2000, devendo o Estado da Bahia estender aos apelantes o reajuste de 34,06% requerido. Deve a Gratificação de Atividade Policial Militar (GAPM) ter o mesmo percentual do reajuste do soldo, em observância da norma prescrita no art. 7º, § 1º, da Lei Estadual 7.145/1997. Fazem jus os apelantes aos reajuste da GAPM, em virtude do aumento do soldo, no mesmo percentual estabelecido pela Lei nº 7.622/2000, visto que a norma do § 1º do art. 7º da Lei 7.145/97 somente foi revogada com o advento da Lei 10.962/2008. Ex vi do art. 40, § 4º, da CF/88, a Gratificação de Atividade Policial Militar, concedida aos militares da ativa, estende-se aos servidores militares inativos reformados ou transferidos para a reserva remunerada, independentemente da percepção de outras gratificações legalmente incorporadas antes do advento da Lei 7.145/97 e, com fulcro no art. 7º da referida lei, deve ser reajustada no mesmo percentual concedido aos seus soldos.

APELO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0116674-78.2002.8.05.0001, tendo como Apelante o Estado da Bahia e como apelados Cicero dos Santos, Carlos Alberto Souza Pinheiro, Lourival dos Anjos Capinan, João dos Santos Correia, Raimundo Pinheiro da Silva, Gerlane Batista Bahia, Grimaldo Ramos Cardeal, Manoel D’Anunciação Alves das Neves, Jailton Rosendo Santos e José Antonio dos Santos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** à apelação modificando a sentença a quo, em reexame necessário.

RELATÓRIO

O presente Recurso de Apelação foi interposto por **Estado da Bahia** contra Sentença proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador que, nos autos da Ação Ordinária, tombada sob o nº 0116674-78.2002.8.05.0001, proposta por **Cicero dos Santos, Carlos Alberto Souza Pinheiro, Lourival dos Anjos Capinan, João dos Santos Correia, Raimundo Pinheiro da Silva, Gerlane Batista Bahia, Grimaldo Ramos Cardeal, Manoel D’Anunciação Alves das Neves, Jailton Rosendo Santos e José Antonio dos Santos**, julgou procedente a pretensão inicial.

Adoto o relatório constante na sentença prolatada às fls. 80/86 dos autos, acrescentando que o objeto da lide é a reincorporação da GHPM – Gratificação de Habilitação Policial Militar à remuneração dos autores (apelados) e o reajuste da GAPM – Gratificação de Atividade Policial Militar.

O ilustre Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, sob o argumento de que a aludida gratificação (GHPM – Gratificação de Habilitação Policial Militar), por não possuir caráter temporário ou precário, já estaria incorporada ao patrimônio jurídico do autor (apelado), além de determinar a implementação do reajuste de 34,06%, concedido pela Lei Estadual nº 7.622/2002, à GAP dos autores, recorrendo de ofício, em seguida.

Irresignado com o *decisum*, o **ESTADO DA BAHIA** apelou, às fls. 93/120, arguindo, **em sede de preliminar**, a nulidade da sentença por julgamento extra-petita e a prescrição do fundo de direito.

No mérito, quanto à condenação de incorporação da GHPM, sustenta, em síntese, que a sentença recorrida viola, sobretudo, as premissas estabelecidas pelos Tribunais Superiores (STJ e STF) em matérias de servidores públicos, cujo vínculo com a Administração Pública é de natureza estatutária, regido por regime jurídico no qual não existe direito à inalterabilidade de regime jurídico remuneratório, nem é possível a soma de vantagens de dois regimes de remuneração, mormente quando o novo se afigura mais benéfico, tampouco a cumulação de vantagens concedidas sob o mesmo título, vedada pelo art. 37, XIV, da CF, e gratificações percebidas em cascata ou repique.

Tece considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o sistema de remuneração dos servidores públicos, notadamente sobre a natureza jurídica das gratificações incorporáveis e não incorporáveis aos vencimento, ressaltando, após análise de histórico legislativo da Gratificação de Habilitação PM, ser ela tipicamente temporária, propter *persona* e não incorporável, inexistindo, por conseguinte, direito adquirido dos autores/apelados à percepção da gratificação vindicada.

Argumenta que o princípio da redutibilidade de vencimento prevista no art. 37, XV, da CF/88 refere-se exclusivamente aos o vencimentos e vantagens permanentes e que a irredutibilidade alcança apenas o valor nominal atualizado e não percentuais, não havendo redutibilidade se não houve decréscimo do valor nominal, como no caso dos autos, em que os autores/apelados passaram para um regime mais benéfico, sendo, portanto, totalmente constitucional e legal, a reversão da GHPM em GAPM.

Afirma haver impossibilidade jurídica de cumulação de vantagem com idêntico fato gerador, diferenciadas apenas pelo *nomen iuris*, geradora de duplicidade de remuneração (*bis in idem* ou efeito cascata), tendo, por essa razão, a decisão impugnada, violado, frontalmente, o art. 37, XIV, da CF/88.

Assevera que a Lei 7.145/97, extinguiu as antigas gratificações, entre elas a de Função Policial Militar (GFPM) e a de Habilitação (GHPM), somente para os servidores da ativa, sendo que os inativos continuaram a perceber as aludidas gratificações, incorporadas aos seus proventos. Já a GAPM, criada pela mesma lei para substituir as gratificações extintas, em razão da sua natureza *propter labore e pro labore faciendo*, jamais poder ser vista como majoração de remuneração, mas apenas como benefício instituído em razão das atividades desempenhadas na função policial, sendo devidas, apenas, àqueles que exercem efetivamente a função, com os riscos a ela inerentes e nas condições específicas previstas na norma instituidora.

Assevera que situação dos apelados era de **mera expectativa de direito** de se vir a incorporar a referida verba, no momento da sua transferência para reserva, em face da regra *“tempus regit actum”*, se ainda houvesse previsão legal de sua incorporação ao soldo.

Alega que incumbiria aos recorridos comprovarem nos autos que existia previsão legal para a incorporação da vantagem, e mais, que haviam preenchido os requisitos legais a tanto, porquanto é deles o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, não sendo os contracheques apensados aos autos suficientes para comprovar terem eles sofrido perda patrimonial quando da substituição das gratificações antigas pela GAPM.

No que tange à condenação de reajuste da GAP, aduz que a Lei Estadual nº 7.622/2000, assim como a Lei Estadual nº 8.889/03, apenas efetuou a reestruturação dos vencimentos e salários de algumas categorias funcionais, buscando corrigir distorções no serviço público estadual, em razão da alteração do valor do salário mínimo, não podendo repercutir na gratificação de atividade policial militar (GAPM).

Sustenta a possibilidade de concessão de reajustes setoriais em percentuais diferenciados aos soldos das graduações da PMBA, não se confundindo com a revisão geral e linear de vencimentos.

Alega, ainda, a inexistência de vinculação entre o soldo e a Gratificação de Atividade Policial, diante da revogação do art. 7º, §1º, da Lei Estadual nº 7.145/97.

Afirma que não poderia o Judiciário determinar o reajuste do soldo e da GAP, sob pena de usurpação de competência constitucional conferida ao Poder Legislativo, além da impossibilidade de deferimento dos pleitos dos apelantes sem afronta ao art. 169, § 1º, I e II da CF (prévia dotação orçamentária e autorização na lei de diretrizes orçamentárias).

Insurge-se, ainda, o apelante, contra a sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor a ser apurado em liquidação, por considerá-la exorbitante.

Os apelados não ofereceram contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, presentes que se encontram os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Do exame detido dos autos, conclui-se que a sentença deve ser reformada.

No que tange à preliminar de nulidade da sentença em razão de julgamento *extra petita* arguida pelo apelante, a mesma não procede, porquanto, da simples leitura da petição inicial (fls. 07/08), constata-se que a parte autora, ora apelados, pediram expressamente a incorporação da GHPM aos seus proventos de aposentadoria, e o reajuste da GAP, no mesmo percentual aplicado ao soldo, fazendo, inclusive, referência à Lei Estadual nº 7.622/2000, tendo a sentença recorrida respeitado plenamente os limites da lide. Por isso, **rejeito a preliminar**.

Quanto à alegação de prescrição, não assiste razão ao apelado desde quando a ação foi ajuizada dentro do quinquênio legal, sendo o Estado da Bahia devidamente citado, inclusive, contestando a ação tempestivamente, sem prejuízos.

É importante frisar, ainda, no que diz respeito à prescrição, que a presente demanda envolve relação de trato sucessivo, quitadas através de prestações periódicas, de caráter alimentar, renovadas mês a mês, em que figura como devedora a Fazenda Pública, recaiando a prescrição quinquenal somente sobre as parcelas anteriores à propositura da ação, nunca sobre o direito às gratificações em si mesmo, sendo por conseguinte aplicável a súmula 85. É o que se depreende do seguinte aresto colacionado *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL. LEI ESTADUAL Nº 1.990/97. EXTINÇÃO DE GRADUAÇÕES. RECALSSIFICAÇÃO. SERVIDORES INATIVOS. ESTENSÃO DOS REAJUSTES CONCEDIDOS AOS SERVIDORES EM ATIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE SE PLITEAR A REFERIDA VANTAGEM PERANTE O JUDICIÁRIO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 85/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - A Eg. Quinta Turma

desta Corte tem entendido que proposta ação de revisão de proventos com o fito de obter a equivalência dos proventos do autor com o soldo de militar em grau hierárquico superior imediato ao que ocupava quando na ativa, a relação jurídica é de trato sucessivo, de natureza alimentar, devendo a prescrição atingir somente as prestações vencidas antes do quinquênio. Precedentes. II – Agravo desprovido”. (AgRg no AI nº 730.198/2005 – RS, julgado em 21/03/2006, Rel. Min. Gilson Dipp).

No mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO AFASTADA – RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO – MÉRITO – ADICIONAL DE FUNÇÃO – SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO – ART. 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA – Nas prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial renova-se a cada período, diante da prática de ato omissivo continuado. Na conformidade do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, viola o princípio da isonomia a concessão do adicional de função somente aos servidores em atividade, visto que aos proventos dos servidores inativos deve ser estendida toda vantagem deferida aos da atividade, sobretudo quando decorrente de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, como na hipótese em concreto. (TJMS – MS 2004.009783-2/0000-00 – Capital – 1ª S.Cív. – Rel. Des. Hamilton Carli – J. 06.12.2004).

Desse modo, mesmo que a presente ação houvesse sido ajuizada após transcorridos mais de cinco anos da vigência da Lei Estadual nº 7145/1997, o que, no caso, não ocorreu, permaneceria vivo o direito dos apelantes de cobrar os valores relativos aos meses subsequentes, **não podendo se falar em prescrição de fundo de direito.**

Rejeita-se, portanto, a preliminar de prescrição.

No mérito, a lide versa sobre a reincorporação da GHPM - Gratificação de Habilitação Policial Militar, com o pagamento da diferença do período em que foram suprimidas pelo Estado da Bahia, devidamente corrigidas e sobre extensão do reajuste de 34,06%, estipulado pelo anexo V da Lei Estadual nº 7.622/2000, a todos os policiais militares, ativos e inativos, bem como sua incidência sobre a GAPM.

Primeiramente, no que se refere à incorporação da GHPM, submetida a questão relativa à constitucionalidade do art. 12 da Lei Estadual nº 7.145/1997 ao Plenário deste E. Tribunal de Justiça, julgou-se improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a referida norma deve ser interpretada conforme a Constituição, de modo a limitar seu alcance apenas àqueles servidores militares que ainda não haviam integrado a GHPM aos seus vencimentos, à época de sua vigência:

VOTO

Com efeito, é sabido que o servidor público estatutário não possui direito à imutabilidade do regime jurídico, podendo a administração pública alterar as condições da prestação de seus serviços e da elaboração de cálculo remuneratório, desde que observe os princípios constitucionais da legalidade, irredutibilidade de vencimentos e do direito adquirido, evitando-se, assim, que a mudança de regime acarrete prejuízo ao funcionário. Nesse mesmo sentido tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, consoante arestos colacionados a seguir:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - VANTAGENS PESSOAIS NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEIS - TETO - EXCLUSÃO - 1. Caracterizando-se as gratificações percebidas pelos recorrentes como vantagens de caráter pessoal, por configurarem benefícios resultantes da situação funcional particular de cada servidor público, não estão sujeitas a qualquer redução, não integrando o somatório do teto limite de remuneração do funcionalismo. 2. Recurso provido. (STJ - ROMS 200400063310 - (17753) - SC - 6ª T. - Rel. Min. Paulo Gallotti - DJU 26.06.2006 - p. 199).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - PROCURADORES DO ESTADO DE RONDÔNIA - REESTRUTURAÇÃO VENCIMENTAL - LEI COMPLEMENTAR 209/98 - VANTAGEM PESSOAL - SUPRESSÃO/INCORPORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - Ainda que o servidor público não tenha direito adquirido a regime jurídico e nem a manutenção do antigo quando não haja decesso remuneratório, o fato é que no caso houve uma efetiva supressão de vantagens pessoais. Nos termos da melhor doutrina e de precedentes jurisprudenciais, as vantagens pessoais, tal como a discutida no presente feito (adicional por tempo de serviço), uma vez incorporadas, não podem ser “retiradas” do patrimônio de seus beneficiários. Recurso parcialmente provido. (STJ - RMS 16543/RO - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 02.02.2004 - p. 340) (Ementas em sentido diverso).

Contudo, cumpre esclarecer, de logo, que aqui não se trata de direito à inalterabilidade do regime remuneratório, mas de vantagem pessoal adquirida e insusceptível de supressão posterior. No caso vertente, a Lei Estadual nº 7.145/97, criada para extinguir a denominada “Gratificação de Habilitação Policial Militar - GHPM, de caráter eminentemente pessoal, substituindo-a pela GAP - Gratificação de Atividade Policial, jamais poderia atingir aqueles policiais militares que já haviam incorporado essas vantagens em seus vencimentos, sob pena de se violar o princípio garantido pela Constituição Federal e pela legislação pátria, que protege, contra os efeitos de lei nova, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF/88, art. 5º, inciso XXXVI, e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), bem como o princípio da isonomia (art. 5º, caput da CF), segundo o qual os cidadãos que se encontrarem em situação de igualdade devem ser tratados igualmente.

Veja-se que a Gratificação de Atividade Policial Militar foi instituída pela Lei nº 7145/97 que, em seu artigo 6º, buscou compensar o exercício de atividade geradora de risco ao servidor, condicionando, entretanto, a variação de percentual à carga horária suportada. Por sua vez, A Gratificação de Habilitação Policial Militar (GHPM) foi instituída pela Lei estadual nº 3803/80 para ser concedida aos Policiais Militares que participassem com aproveitamento de curso em qualquer posto ou graduação (artigo 21 da Lei citada).

Do exposto, resulta o entendimento de que as duas gratificações possuem fatos geradores diversos, bem como apresentam hipóteses de incidência também diferentes.

Com isso, resolve-se a questão da pretensa cumulação de vantagens, vez que por se tratar de gratificações diversas não se configura o bis in idem.

Destarte, como já dito, não se cuida aqui de estabelecer direito adquirido a regime jurídico ou de se desconhecer a possibilidade da Administração Pública alterá-lo, mas, sim, de salvaguardar o direito daqueles que já se enquadraram nas condições exigidas e, portanto, não podem ser alcançados por reforma posterior, por força da regra do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Assim dispõe o aludido art. 12, da Lei Estadual nº 7.145/1997:

Art. 12 - Ficam extintas, a partir da vigência desta lei, as Gratificações de Função Policial Militar, de Habilitação, de Comando e de Encargos Especiais do Fundo Especial de Aperfeiçoamento dos Serviços Policiais - FEASPOL, previstas, respectivamente, nas leis números 4.454 de 15 de maio de 1985, 6.403 de 20 de maio de 1992 e 6.896 de 28 de julho de 1995, e cancelados, consequentemente, os respectivos pagamentos .

Com efeito, o art. 12, da Lei Estadual nº 7.145/1997, que substituiu a gratificação GHPM pela GAP, deve ser interpretado de modo a se compatibilizar com o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para alcançar apenas aqueles servidores militares que ainda não haviam integrado a GHPM aos seus vencimentos, por não terem sido aprovados em algum curso, não podendo modificar a situação daqueles que já haviam consolidado esse direito. Ressalte-se, ainda, que não há nenhum dispositivo legal determinando que a GHPM só fosse concedida aos servidores no momento de sua transferência para reserva, mesmo porque tal determinação contrariaria a própria natureza da gratificação, criada para premiar aqueles que se esforçassem para aperfeiçoarem a sua formação, através de cursos, visando sempre a melhor prestação do serviço público. Vale frisar que a norma do art. 37, XIV da Constituição Federal veda tão somente que as vantagens pecuniárias incidam sobre outras vantagens já incorporadas ao vencimento, denominada superposição de vantagens. É o que se depreende do seguinte aresto do STJ:

(...) Gratificação de Estímulo à Fiscalização e à Arrecadação dos tributos federais - GEFA” prevista no Decreto-Lei 2.333/87, deve incidir apenas sobre o vencimento básico dos procuradores autárquicos, não sobre a remuneração total, sob pena de superposição de vantagens. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão. Precedentes. 4. Recurso conhecido e provido para, reformando in totum o acórdão de origem, denegar a segurança. (STJ - RESP 200100890204 - (336155) - CE - 5º T. - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJU 26.06.2006 - p. 183).

Neste sentido, aliás, já vem se manifestando este E. Tribunal de Justiça:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA JULGADA PROCEDENTE EM PARTE, DETERMINANDO A REINCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO “HABILITAÇÃO POLICIAL MILITAR” AOS VENCIMENTOS DOS AUTORES E O PAGAMENTO DA DIFERENÇA DEVIDA DESDE A SUPRESSÃO ATÉ A REIMPLANTAÇÃO DA REFERIDA VANTAGEM. INCORFORMISMO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO REJEITADA.

1. A Lei 7.145/97, em seu artigo 7º, §1 preceitua que “os valores de gratificação estabelecidos no Anexo II serão revistos na mesma época e no mesmo percentual de reajuste dos soldos”.
- 2.A Gratificação Habilitação Policial Militar é uma vantagem pessoal decorrente de uma condição individual do policial militar, ou seja da realização de cursos, com aproveitamento, que uma vez satisfeita, fica incorporada ao seu vencimento, não podendo o Estado suprimi-la, posto ser um direito adquirido do servidor.
3. Como os fundamentos normativos na Gratificação de Habilitação Policial Militar e da Gratificação de Atividade Policial instituída pela Lei nº 7.145/97 são diferentes, não merece subsistir a alegação de cumulação de vantagens iguais.
4. O artigo 7º, §1º da Lei nº 7.145/97 não implicou no reajuste automático de vencimentos, tampouco implicou na vinculação de espécies remuneratórias ou de cargos distintos, não havendo falar-se em ofensa aos comandos constitucionais.

5. As parcelas salariais devidas aos servidores públicos consubstanciam, por sua natureza alimentar, dívidas de valor, sujeitas à correção monetária desde a época em que eram devidas, devendo os juros de mora incidir à base de 6% ao ano, a partir da citação.
 6. Igualmente improvido deve ser o Recurso manejado pelos Autores, que pretendem a reforma da sentença no tocante aos ônus da sucumbência, asseverando a inaplicabilidade do art. 21 do CPC à espécie, pois o pedido referente à FEASPOL seria parcela mínima do pedido, requerendo a aplicação do §1º do aludido artigo do Código de Ritos.
 7. Todavia, a decisão a quo julgou parcialmente a ação, reconhecendo a procedência de um pedido e denegando outro, concluindo-se que devem os honorários e as despesas ser rateados em igual proporção, inaplicável o §1º do art. 21 da Lei Adjetiva.
- RECURSOS IMPROVIDOS. (Apelação nº 0082348-92.2002.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relatora Desª Vera Lúcia Freire de Carvalho, disponibilizado em 29/08/2012)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. E REEXAME NECESSÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO POLICIAL MILITAR. CUMULAÇÃO COM A GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL MILITAR. POSSIBILIDADE. SUPRESSÃO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº. 7145/97. DIREITO ADQUIRIDO. ILEGALIDADE. APELO IMPROVIDO.

Cuida-se de questão atinente ao direito de policiais militares à percepção da Gratificação de Habilitação Policial Militar (GHPM), suprimida com o advento da Lei Estadual nº. 7.145/97, que instituiu a Gratificação de Atividade Policial Militar (GAP). A GAP e a GHPM possuem suportes fáticos diversos, sendo a primeira concedida aos policiais militares com o objetivo de compensar o exercício de suas atividades e os riscos dela decorrentes, ao passo que a segunda é devida em razão de cursos realizados com aproveitamento pelos policiais. Com a entrada em vigor da Lei nº 7.415/97, a GHPM foi extinta, mas somente em relação aos policiais militares que ingressaram na Corporação a partir daquela data ou que até o momento não faziam jus ao benefício, devendo-se respeitar o direito adquirido daqueles que já haviam incorporado a gratificação ao seu patrimônio jurídico. Apelo improvido, inclusive em reexame necessário. (Apelação nº 0084999-97.2002.8.05.0001, terceira Câmara Cível, Relatora Desª Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 20/11/2012)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE POLICIAL GAP E GAPM. REINCORPORAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CUMULAÇÃO DE VANTANGENS. REINCORPORAÇÃO DAS GRATIFICAÇÕES DEVIDA A PARTIR DA SUPRESSÃO AOS APELANTES QUE DEMONSTRARAM A PERCEPÇÃO EM PERÍODO ANTERIOR À LEI Nº 7.145/97. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

- 1-No que tange à Gratificação “Habilitação Policial Militar”, tal vantagem foi instituída pela Lei Estadual nº 3.803/80, artigo 21.
- 2-De acordo com a citada norma, para que os Apelados fizessem jus ao recebimento da referida vantagem, bastava que tivessem frequentado cursos realizados pela Corporação, com aproveitamento, o que indubitavelmente ocorreu, já que os contracheques acostados aos autos provam que ele recebeu a citada gratificação até o mês de julho de 1997, quando foi extinta.
- 3- Não há cumulação de vantagens iguais, pois os fundamentos normativos, bem como a motivação da GHPM e GAP são diferentes, já que a primeira foi criada pela lei que dispõe sobre a remuneração da Polícia Militar (Lei n. 3.803/80) e é devida pelos cursos realizados,

com aproveitamento, enquanto que a segunda foi instituída pela Lei n. 7.145/97, destinada a reorganizar a escala hierárquica da Polícia Militar do Estado da Bahia e a reajustar os soldos dos policiais, sendo concedida com o objetivo de compensar o exercício da atividade do militar e os riscos dela decorrentes.

4- NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DA BAHIA e , EM REEXAME NECESSÁRIO, reforma-se a sentença para assegurar aos Apelantes a percepção do reajuste da GAP na folha de pagamento, no mesmo percentual de aumento autorizado aos respectivos soldos pela Lei Estadual n. 7.622/2000, para estabelecer como marco inicial da atualização das parcelas devidas, bem como da incidência dos juros moratórios a data em que deveriam ter sido pagos, respeitando-se a prescrição quinquenal, aplicados da seguinte forma: “ tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a empregado público, os juros de mora incidirão da seguinte forma (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º Decreto n. 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n. 2.180-35/2001 até o advento da lei nº 9.494; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960.”, conforme jurisprudência pacífica do STJ. (Apelação nº 0135669-32-2008.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator Des. Gesivaldo Brito, disponibilizado em 19/11/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO POLICIAL. NATUREZA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO. RETORNO AOS VENCIMENTOS. REAJUSTE DA GAP. LEI Nº 7.662/2000. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROPORCIONALIDADE. IMPROVIMENTO DO APELO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

I - De acordo com entendimento pacífico deste Tribunal e desta Quarta Câmara Cível, “a Gratificação de Habilitação Policial Militar tinha por escopo estimular a qualificação profissional, não se podendo entender que essa gratificação possuía caráter provisório, pois se tratava de uma retribuição pela dedicação e pelo esforço desempenhado individualmente pelo servidor, cujo proveito final se reverte para a própria Administração Pública, não se confundindo com a GAP, que tem o objetivo de compensar o exercício da atividade e os riscos dela decorrentes” (APCV nº 69681-9/2008, Rel. Des. José Olegário M. Caldas, j. em 17.06.2009).

II - O pagamento desta gratificação constitui ato vinculado da Administração Pública, atingindo, genericamente, todos os policiais militares que à época da implantação e durante a vigência do benefício preenchiem as condições legalmente estipuladas.

III - Aqueles que percebiam a Gratificação de Habilitação antes da sua extinção pela Lei nº 7.145/97 incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito sobre a referida vantagem. Logo, o Estado não pode retirar o benefício daqueles servidores que já o percebiam, sob pena de ofensa à cláusula pétrea da Carta Magna, insculpida no seu artigo 5º, XXXVI.

IV - Na forma da Lei nº 7.145/1997, os valores da Gratificação de Atividade Policial serão revistos na mesma época e no mesmo percentual dos reajustes incidentes sobre o soldo. Assim, reajustado o soldo no percentual aproximado de 34%, fixado pela Lei nº 7.622/2000, deve o Poder Público estendê-los à GAP, nos exatos moldes legais.

V - Observados os parâmetros estipulados pelo art. 20, §4º, do CPC, devem ser mantidos os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. (Apelação nº 0121093-34-2008.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relatora Desª Gardênia Pereira Duarte, julgado em 19/06/2012)

Por fim, quanto a possibilidade de manutenção da referida norma no ordenamento jurídico por meio da interpretação conforme a Constituição, trata-se de expediente amplamente adotado pela hermenêutica moderna.

No caso, possuindo a norma em questão (art. 12, da Lei Estadual nº 7.145/1997) duas interpretações possíveis deve ser eleita aquela que melhor se coaduna com a Constituição. Neste sentido é a lição de Alexandre de Moraes :

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.

O Supremo tribunal Federal, inclusive, defende e aplica a aludida técnica hermenêutica, in verbis:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”. 1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. (ADI 4274, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012)

Diante de tais fundamentos, e na esteira do parecer ministerial, CONHECE-SE DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO, para DECLARAR A INTERPRETAÇÃO DO ART. 12, DA LEI ESTADUAL Nº 7.145/1997, CONFORME A CONSTITUIÇÃO, limitando seu alcance apenas àqueles servidores militares que ainda não haviam integrado a GHPM aos seus vencimentos, a época de

sua vigência, devendo os autos retornarem à Primeira Câmara Cível, após trânsito em julgado, para que o julgamento da apelação tenha a sua continuidade necessária.

Logo, nos termos do entendimento adotado pelo Tribunal Pleno, o Juiz a quo acertou ao acolher a pretensão dos autores, ora apelantes, de obterem a reincorporação da GHPM - Gratificação de Habilitação Militar - aos seus vencimentos.

No que tange ao reajuste da GAP, submetida a questão relativa à constitucionalidade do anexo V da Lei Estadual nº 7.622/2000, ao Plenário deste E. Tribunal de Justiça, julgou-se improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de que **a norma constante do anexo V da Lei Estadual nº 7.622/2000 deve ser interpretada conforme a Constituição, de modo a reconhecer o percentual de 34,06%, como base do reajuste geral concedido no ano de 2000:**

VOTO

De fato, a Lei nº 7.622/2000 estabeleceu o salário mínimo no Estado da Bahia e alterou os vencimentos, salários, soldos e proventos dos servidores públicos civis e militares da Administração Direta, das Autarquias e Fundações Públicas, além de dar outras providências. A simples leitura da ementa da referida disposição legal revela, porém, que se trata de normatização voltada à promoção da revisão anual de vencimentos do funcionalismo estadual, imposta pelo texto constitucional.

Por força do artigo 37, X, da Carta Magna, tal diversidade de índice se revela inaceitável, na medida em que ofende a previsão de igualdade na revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos:

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:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

É inafastável o caráter de reajuste anual de remuneração do funcionalismo público da lei em questão, mesmo porque é o único diploma legal a tratar de reajuste no exercício de 2000, devendo o Estado da Bahia estender aos apelantes o reajuste de 34,06% requerido, conforme determinado na sentença de piso.

Este Tribunal de Justiça, inclusive, vêm reiteradamente decidindo a matéria neste mesmo sentido, conforme se verifica dos julgados citados a seguir:

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAIS MILITARES. SENTENÇA DETERMINANDO O REAJUSTE ATÉ 34,06% E 17,28% DOS RESPECTIVOS SOLDOS. TRATAMENTO ISONÔMICO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÕES DE ÍNDICES EM SE TRATANDO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. REAJUSTE DA GAP- GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL - NO MESMO PERCENTUAL DO REAJUSTE DO SOLDOS (§ 1º, DO ART. 7º, DA LEI 7.145/97). LEI ESTADUAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO. CONFORME BEM FUNDAMENTADO NA SENTENÇA HOSTILIZADA, O ORDENAMENTO PÁTRIO VEDA A VARIAÇÃO DE ÍNDICES DE REAJUSTE DE

VENCIMENTOS PARA O FUNCIONALISMO PÚBLICO, EM SEU ART. 37, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AO ASSEGURAR A REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO E SUBSÍDIO, SEMPRE NA MESMA DATA E SEM DISTINÇÃO DE ÍNDICES. OUTROSSIM, O §1º DO ART. 7º DA LEI ESTADUAL Nº 7.145/97 DETERMINA A REVISÃO DA GAP NA MESMA ÉPOCA E NO MESMO PERCENTUAL DOS SOLDOS. TRATA-SE DE NORMA DE EFICÁCIA PLENA E DE APLICABILIDADE IMEDIATA. VIGÊNCIA E COMPATIBILIDADE COM AS LEIS 7.622/00 E 8.889/03. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO SE PODE FALAR EM USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO, EIS QUE SE CUIDA, APENAS, DE APLICAÇÃO DO DIREITO AO CASO CONCRETO, UMA VEZ CARACTERIZADA A INFRINGÊNCIA DA LEI PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL AO DEIXAR DE EFETUAR O REFERIDO REAJUSTE DE FORMA ISONÔMICA. PRELIMINAR DE MÉRITO REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA INTEGRADA. (Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0044441-68.2011.8.05.0001, Relatora Des.ª Maria do Socorro Barreto Santiago, DJE 06/08/2013)

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA DE PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES. POLICIAIS MILITARES. REAJUSTE DE SOLDOS E PROVENTOS DECORRENTES DAS LEIS 7622/00 E 10558/2007. PREFACIAL LIGADA À IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM ÁREA DO PODER LEGISLATIVO. REJEIÇÃO. MÉRITO: CARÁTER GERAL DA NORMA QUE INSTITUIU OS REAJUSTES DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DA BAHIA POR FORÇA DA LEI 7622/00. INCABIMENTO DA DIFERENCIAÇÃO DOS AUMENTOS POR PATENTES. AFRONTA À ISONOMIA PREVISTA NO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIFERENÇAS DE REAJUSTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADONA CORTE. LEI 10558/2007. CARÁTER DÚPLICEDANORMA. REVISÃO GERAL ANUAL E CONCESSÃO DE REAJUSTES SETORIAIS PARA CORREÇÃO DE DISTORÇÕES REMUNERATÓRIAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRECEITO DO ART. 37, INCISO X, DA C.F. INCIDÊNCIA DOS REAJUSTES SOBRE A GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL MILITAR-GAP. LEGALIDADE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. DESPESAS. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO QUANDO DECORREM DE DECISÃO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA REFORMADA. CONFIRMAÇÃO PARCIAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0044401-86.2011.8.05.0001, Relator Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, DJE 06/08/2013)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. POLICIAL MILITAR. IMPLEMENTAÇÃO NO SOLDOS DOS PERCENTUAIS DE 34,06% E 17,28% CONCEDIDOS, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS NºS 7.622/2000 E 10.558/2007. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO E DE PRESCRIÇÃO TRIENAL REJEITADAS. REALINHAMENTO DO SOLDOS DE FORMA DIFERENCIADA ENTRE DETERMINADAS PATENTES. AFRONTA AO ART. 37, X DA CF. REAJUSTE DO SOLDOS NÃO ESTENDIDO À GAPM. ILEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. “Em se tratando de prestação de trato sucessivo, não há prescrição do próprio direito, o que prescreve são as parcelas antecedentes ao quinquênio anterior à propositura da ação”. (Súmula nº 85, STJ). Preliminar de prescrição de fundo do direito inacolhida. 2. Com a mesma sorte, não merece amparo a alegação de ocorrência da prescrição trienal da pretensão autoral, porquanto, na hipótese, conforme expressa disposição do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, incide a prescrição quinquenal. Prejudicial rejeitada. 3. No mérito, a discussão versa sobre a possibilidade de determinar o realinhamento do soldos dos autores/ apelantes, policiais militares, nos percentuais de 34,06% e 17,28% concedidos pelas Leis nºs 7.622/2000 e 10.558/2007, respectivamente, respeitada a incidência sobre a Gratificação de Atividade Policial nos mesmos moldes. 4. A simples leitura das ementas das referidas disposições

revelam, sem muito esforço interpretativo, que se trata de normatizações voltadas à promoção da revisão anual de vencimentos do funcionalismo estadual. Assim, ao impor distinções legais entre policiais militares pertencentes à mesma Corporação, os precitados diplomas legais estaduais violaram frontalmente o princípio da isonomia, o que é inadmissível. 5. Por força do artigo 37, X, da Carta Magna, tal diversidade de índice se revela inaceitável, na medida em que ofende a previsão de igualdade na revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos Precedentes deste Egrégio Tribunal. 6. O pedido de reajuste da GAPM está lastreado em lei regularmente editada pelo Poder Legislativo competente (Lei nº 7.145/97), que prevê, no seu art. 7º, § 1º, que “os valores de gratificação estabelecidos no Anexo II serão revistos na mesma época e no mesmo percentual de reajuste dos soldos”. Destarte, realizado o reajuste do soldo dos policiais militares, incumbe à Administração Pública, em observância ao dispositivo referido, reajustar, nos mesmos moldes, a GAPM. E nem se diga que a Lei nº. 8.889/2003 revogou tacitamente o § 1º do art. 7º da Lei nº 7.145/97, isso porque ambos os diplomas dispõem sobre matéria diversas e coexistem harmonicamente. De fato, enquanto a Lei nº 8.889/2003 dispõe sobre a estrutura dos cargos e vencimentos no âmbito do Poder Executivo do Estado da Bahia e dá outras providências, o art. 7º, §1º da Lei 7.145/97 dispõe sobre a gratificação de atividade policial militar. 7. Não representa afronta à separação dos Poderes a concessão do reajuste pretendido pelos apelantes, pois cabe ao Judiciário corrigir ilegalidades praticadas pela Administração Pública, quando devidamente provocado. 8. A falta de prévia dotação orçamentária não afasta o direito dos apelantes de receberem os reajustes pretendidos nos percentuais devidos, cabendo ao Poder Judiciário cumprir as normas garantidoras de direitos aos servidores públicos, de modo que não pode se abster de determinar a aplicação da lei ao caso concreto. 9. O percentual fixado pela sentença a título de honorários de sucumbência não merece qualquer reparo, pois, considerado o grau de zelo e complexidade da causa, o valor arbitrado se mostra adequado, em obediência ao quanto disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC. 10. Recurso Improvido. Sentença mantida, inclusive, em reexame necessário. (Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0066088-22.2011.8.05.0001, Relatora Des.ª Rosita Falcão de Almeida Maia, DJE 29/11/2012)

Apelação Cível e Remessa Necessária. Ação Ordinária visando a concessão de reajuste, aos oficiais e praças, em igual percentual - 34,06% - ao concedido aos ocupantes da graduação de cabo PM, e a incidência, deste percentual, na GAP. Sentença que julgou procedente o pedido. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada, pois não se configura invasão das competências constitucionalmente estabelecidas, a decisão que efetiva reajuste previsto por Lei, nos parâmetros por ela apontados. Rejeita-se, também, a preliminar de prescrição de fundo de direito na medida em que “as demandas objetivando reposição de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, que se renova mensalmente, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito. Incidente a Súmula 85/STJ” (STJ. AgRg no REsp. 1.272.347/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 03.04.2012). Mérito. O art. 37, X, da lei fundamental impõe que a revisão geral dos vencimentos do funcionalismo se faça sem distinção de índices. Os soldos dos policiais militares foram reajustados em abril de 2000 em percentuais diversos, sendo o índice máximo conferido o de 34,06%, aos cabos da PM. Logo, por força do artigo 37, X, da Constituição Federal, tal diversidade de índice revela-se inconstitucional, porquanto ofende a previsão de igualdade na revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos. Com fulcro no princípio da isonomia, deve-se reconhecer o direito à aplicação do índice de 34,06% como fator de reajuste nos soldos dos apelantes, compensando-se com o percentual já deferido, acaso existente, o mesmo ocorrendo com a GAP,

uma vez que o art. 7º, § 1º, da Lei Estadual nº 7.145/97, que instituiu este benefício, determinou, expressamente, a revisão dos valores desta gratificação na mesma época e no mesmo percentual de reajuste dos soldos. Sentença mantida. Recurso não provido. No que toca a repetição do indébito dos valores recebidos a menor, essa deve observar a prescrição quinquenal. Tais valores devem ser acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, mais correção monetária pelo INPC até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando deverá se observar os parâmetros do art.5º da referida Lei. Inteligência do RESP nº 1205946/SP julgado no sob a égide dos Recursos Representativo de Controvérsia. A verba honorária de 15% foi fixada de forma equitativa e em observância aos parâmetros estabelecidos no art.20, §§ 3º e 4º, do CPC, ficando, por isso, mantida. Nega-se provimento à Apelação; mas, em Reexame Necessário, reforma-se parcialmente a Sentença, para que os valores objetos da restituição sejam corrigidos pelo INPC da data de cada pagamento a menor, até o dia em que entrou em vigor a Lei nº 11.960/2009, momento em que deve ser seguido o seu art.5º; e, que, os juros de mora sejam de 0,5% ao mês da citação até o advento da Lei nº 11.960/2009, momento em que serão calculados na forma do art.5º dessa legislação, mantendo-se a Sentença recorrida em todos os seus demais termos. (Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0047471-48.2010.8.05.0001, Relator Des. José Cícero Landin Neto, DJE 29/11/2012)

Por fim, quanto a possibilidade de manutenção da referida norma no ordenamento jurídico por meio da interpretação conforme a Constituição, trata-se de expediente amplamente adotado pela hermenêutica moderna.

A interpretação conforme a constituição é uma criação jurisprudencial de origem alemã, destinada a compatibilizar uma determinada norma com o sistema constitucional, sem que seja declarada a nulidade da mesma.

Esse princípio de hermenêutica determina que, quando o aplicador de determinado texto legal se encontrar frente a normas de caráter polissêmico ou, até mesmo, plurissignificativo, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Por conseguinte, uma lei não pode ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional.

A interpretação conforme a Constituição pode ter lugar também quando um conteúdo ambíguo e indeterminado de uma norma resultar coerente graças ao conteúdo da Constituição.

É sabido que se permite ao magistrado, no exercício de prestação jurisdicional, realizar um juízo de constitucionalidade da lei. No caso de duas ou mais interpretações possíveis, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição.

Nas palavras de GILMAR FERREIRA MENDES, “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição” (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 222).

Assim, dada a presunção de constitucionalidade das normas, deve prevalecer a interpretação constitucional. Da mesma forma, o MIN. MOREIRA ALVES na Rp. nº 1.417: “a interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição” (RTJ 126/53).

Segundo a doutrina, a interpretação conforme a Constituição é aquela em que o intérprete adota a interpretação mais favorável à Constituição Federal, considerando-se seus princípios e jurisprudência, sem, contudo, se afastar da finalidade da lei.

Assim, tal interpretação se constitui numa verdadeira interpretação da lei. Considerando que todo intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição, sua atividade se torna o mais puro reflexo da concretização do princípio da interpretação conforme a CF.

No caso, possuindo a norma em questão (anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000) duas interpretações possíveis, deve ser eleita aquela que melhor se coaduna com a Constituição. Neste sentido é a lição de Alexandre de Moraes :

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, defende e aplica a aludida técnica hermenêutica, in verbis: EMENTA: ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”. 1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. (ADI 4274, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012)

No caso, não havendo a interpretação conforme a Constituição, seria patente a inconstitucionalidade da norma constante do anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, restando assim três alternativas. A primeira seria manter a lei tal qual editada pelo Poder Legislativo, mantendo os reajustes diferenciados, confirmando, desta forma, a inconstitucionalidade perpetrada pela lei estadual,

o que é inadmissível. A segunda seria extirpar a referida norma do mundo jurídico, o que seria ainda mais prejudicial aos Policiais Militares do Estado da Bahia, que ficariam sem qualquer reajuste no exercício de 2000, fato este que é igualmente inconstitucional. Por fim, a terceira e a mais adequada solução, é interpretar a norma do anexo V, da lei estadual nº 7.622/2000, de modo a adequá-la ao artigo 37, X, da Constituição, que rechaça a diversidade de índice para a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, estendendo o maior reajuste concedido aos demais policiais, posição esta adotada por este Relator. Diante de tais fundamentos, CONHECE-SE DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO, para DECLARAR A INTERPRETAÇÃO DO ANEXO V, DA LEI ESTADUAL Nº 7.622/2000, CONFORME A CONSTITUIÇÃO, de modo a reconhecer o percentual de 34,06%, como base do reajuste geral concedido no ano de 2000, o que, em consequência, leva à improcedência da arguição.

Logo, nos termos do entendimento adotado pelo Tribunal Pleno, a pretensão dos autores, ora apelantes, de obterem a extensão do reajuste de reajuste de 34,06%, estipulado pelo anexo V da Lei Estadual nº 7.622/2000, deve ser acolhida.

Outro ponto de controvérsia gira em torno da interpretação da norma do § 1º do art. 7º da Lei Estadual 7.145/97, que assim prescreve:

Os valores de gratificação estabelecidos no Anexo II serão revistos na mesma época e no mesmo percentual de reajuste dos soldos”.

Ora, conforme se depreende da leitura do aludido dispositivo legal, a própria Lei 7.145/97, criadora da GAPM, impôs sua revisão, estabelecendo como critério o aumento do soldo, sendo que a sua concessão dar-se-ia através de ato administrativo vinculado, do Poder Executivo, por ser obrigatória tal revisão nas condições ali previstas, vale dizer, no mesmo valor dado a cada um dos postos/graduações da Corporação da Polícia Militar.

Neste diapasão, embora sustente o apelado que não existe nenhuma previsão legal dentro do ordenamento jurídico para o pretendido aumento da GAP dos apelantes, razão não lhe assiste, uma vez que em vigor a Lei 7.145/97, que previu a extensão do reajuste dado ao soldo à gratificação de atividade policial militar em igual percentual e na mesma época.

No particular, cumpre afirmar ser aplicável ao caso dos autos o quanto disposto na Lei 7.145/97, que previu a extensão do reajuste do soldo à gratificação no mesmo percentual pois, ao contrário do que sustenta o recorrido, o referido dispositivo legal não fora tacitamente revogado.

No caso, é equivocada a assertiva do Estado da Bahia de que a Lei Estadual nº 7.622/2000, teria revogado tacitamente o § 1º do art. 7º da Lei 7.145/97, conforme a norma contida no art. 2º, § 1º, da LICC, visto que a lei posterior não é incompatível com a anterior, tampouco regulou inteiramente a matéria ali tratada.

Embora o apelado tenha afirmado que a Lei 7.622/2000 teve como escopo a reestruturação dos vencimentos e salários de algumas categorias funcionais, e não a majoração geral dos vencimentos dos servidores públicos, ainda que assim o fosse, não consta da norma do § 1º do art. 7º da Lei 7.145/97, e de nenhum outro dispositivo legal, a ressalva de que, caso o aumento do soldo viesse da reestruturação de vencimentos e salários, os servidores não fariam jus à respectiva majoração na GAPM.

Portanto, ao transgredir a norma do § 1º do art. 7º da Lei 7.145/97, o Estado da Bahia violou o princípio da legalidade, um dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Tendo em vista que a GAPM - Gratificação de Atividade Policial Militar - tem natureza *labore faciendo*, uma vez que da leitura do art. 6º da Lei 7.145/97 infere-se, indubitavelmente, que a sua instituição tem como objetivo precípuo compensar não só o risco das atividades dos policiais militares, mas também o exercício em si das suas atividades, cristalino que deve ser estendida aos policiais inativos, por força do disposto no art. 40 § 4º da CF, sem que isto importe em vulneração ao princípio da isonomia ou da irretroatividade das leis.

Importante ressaltar que, inobstante as significativas alterações introduzidas no supracitado art. 40 pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/2003, pondo fim a paridade entre ativos e inativos, tais alterações não retiraram dos apelantes o direito à revisão dos seus proventos, *ex vi* do disposto no art. 5º, XXXVI e art. 7º da CF, c/c art. 6º, § 2º da LICC.

No caso, verifica-se nos contracheques anexados aos autos, que a aludida gratificação continuou compondo a remuneração dos servidores militares como uma vantagem separada do soldo, no entanto, a aludida gratificação não sofreu a devida repercussão do aumento conferido pela Lei nº 7.622/2000.

Como dito anteriormente, é sabido que a revogação de que trata o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) só se opera quando a lei posterior é incompatível com a lei anterior, ou quando aquela regula inteiramente a matéria de que tratava esta. No caso em comento, verifica-se que não ocorreu nem a primeira, nem, muito menos, a segunda situação explanada, visto que a concessão de reajustes, tanto anual como setorializada, do soldo não é incompatível com reajustes da GAPM, na mesma proporção e data, haja vista que a intenção do legislador foi melhorar a situação dos servidores, e não apenas estagná-la ou disfarçar um suposto aumento de vencimentos.

Desse modo, não há que se falar, no caso em apreço, em ilegalidade da Lei nº 7.145/97, tampouco em violação dos princípios da reserva legal pelo Poder Judiciário, e sim, em infringência do art. 7º, § 1º, da mencionada lei pela Administração Pública Estadual, por ter deixado de reajustar a GAP, no mesmo percentual de majoração do soldo básico estabelecido pelas supracitadas leis.

Sobre a alegada inexistência de direito adquirido a regime jurídico, cumpre asseverar que embora o servidor público não possua direito à imutabilidade do regime jurídico, a faculdade de a Administração Pública, por questão de conveniência e oportunidade, modificar as condições de serviço e forma de cálculo da remuneração encontra óbice nos princípios da inalterabilidade das vantagens pessoais, da legalidade e da irredutibilidade dos vencimentos de modo que ao Judiciário cabe examinar se quando da passagem para a inatividade dos Recorridos vigia o art. 7º da Lei 7.145/97, que, como dito anteriormente, previu a extensão do reajuste do soldo à gratificação, no mesmo percentual, de sorte que tal garantia se agregou ao patrimônio jurídico do servidor, restando imune às investidas posteriores do Estado.

Quanto a alegação do recorrido de desatendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), em face da inexistência de dotação orçamentária, cumpre afirmar que tal argumento não pode prosperar, mesmo porque, na ocasião do cumprimento da r. sentença, a execução contra a Fazenda Pública deverá seguir seus trâmites legais, devendo o Apelante cumprir com suas obrigações e fazer constar das dotações orçamentárias os seus débitos para com seus servidores públicos decorrentes de decisões judiciais.

Ademais, não se pode olvidar que a *mens legis* da referida lei é o resguardo e controle do dispêndio público, assim como da atuação do Administrador na gestão da coisa comum, não se podendo pretender, portanto, a utilização desta norma como instrumento para chancela de arbitrariedades perpetradas pelo Poder Público.

Outrossim, não se pode aventar de violação à norma do art. 169 da Constituição Federal, que atrela as despesas com o funcionalismo público à disponibilidade de recursos orçamentários, visto que, ao dispor sobre aumento dos soldos, o legislador estadual deveria ter em vista a regra do art. 7º, § 1º, da Lei Estadual 7.145/1997, prevendo recursos também para o pagamento resultante da consequente majoração da GAPM, submisso que está ao princípio da legalidade.

Quanto à alegação do apelado de invasão de competência constitucional, cumpre asseverar que o Poder Judiciário não tem a função de legislar, muito menos criar, atribuir ou extinguir vantagens remuneratórias a servidores públicos, mas tem, sim, a função de apreciar a legalidade e a inconstitucionalidade de leis, neste caso, com o controle difuso de constitucionalidade, pelo que não merece prosperar tal alegação.

Desta forma, vigente a Lei 7.145/97, inexorável a conclusão de que a GAP percebida pelos apelantes deve ser reajustada no mesmo percentual estabelecido para seus respectivos soldos.

DOS JUROS

Quanto aos juros moratórios, em junho de 2009, entrou em vigor a Lei 11.960/2009, que instituiu uma mudança na sistemática de cálculo da atualização monetária e cálculo de juros de mora, sendo que, no julgamento da ADI 4.357/DF, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da referida lei, determinando que a correção monetária deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período.

Portanto, com relação aos juros de mora, deve-se reformar a sentença de piso, para determinar a aplicação da **Lei 11.960, de 29 de junho de 2009**, devendo haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO à APELAÇÃO**, modificando parcialmente a sentença, em reexame necessário, **apenas para determinar os juros de mora sejam calculados pela incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança a partir do advento da Lei 11.960, de 29 de junho de 2009** (que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública), confirmando-se a sentença nos seus demais termos por estes e por seus próprios fundamentos.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL N.º 0116526-33.2003.8.05.0001, QUINTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª SANDRA INÊS MORAES RUSCIOLELLI AZEVEDO, JULGADO EM 04.02.2014.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. PROFESSORA ESTADUAL. SUPRESSÃO DOS PROVENTOS RELATIVOS ÀS AULAS SUPLEMENTARES. ENSINO PÚBLICO. INTEGRAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 11 DA LEI ESTADUAL Nº. 4.694/87 E DO ART. 15 DA ADCT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. DIREITO ADQUIRIDO.

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Compulsando-se os autos, verifica-se que a autora ministrou aulas suplementares entre o período, ininterrupto de 1983 a 1987, assegurando, assim, o seu direito à incorporação da média anual de aulas, conforme dispõe o art. 11 da Lei Estadual nº. 4.694/87.
2. Nesse passo, observa-se que a Lei Estadual concedeu aos docentes e especialistas da educação baiana o direito de incorporação aos proventos da média de aulas extraordinárias ministradas durante três anos seguidos ou seis interpolados.
3. Analisando-se os autos, nota-se que a demandante, no momento de sua aposentadoria, ocorrida em 27/09/2001, já havia reunido os requisitos necessários para a pretendida integração, ainda que as normas supramencionadas tenham sido revogadas posteriormente.
4. Assim, resta imperioso concluir que a requerente constituiu direito adquirido à integração dos proventos referentes às verbas relativas à média total anual das aulas suplementares.
5. Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, reformando a sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 011652-33.2003.805.0001, de Salvador, em que é apelante NIVALDA DOS SANTOS BARBOSA, e apelado o ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, dar provimento ao apelo, reformando a sentença de base nos termos abaixo aduzidos.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária proposta por NIVALDA DOS SANTOS BARBOSA em desfavor do ESTADO DA BAHIA, objetivando a condenação do demandado a reconhecer e incorporar aos seus proventos de aposentadoria os valores relativos as aulas suplementares e extraordinárias prestadas pela autora habitualmente, com acréscimo de juros e atualização monetária.

Adota-se como próprio o relatório da sentença recorrida constante das fls. 45/47, acrescentando que o magistrado a quo julgou a ação improcedente sob o argumento de que a Apelante não cumpriu os requisitos da Lei Estadual 4.694/87 para garantir o direito à incorporação pleiteada, uma vez que sua aposentadoria só ocorreu em 27/09/2011, quando o dispositivo legal invocado já estava revogado e não mais se aplicava o benefício constitucional do art. 15 da ADCT reportado, à época de sua aposentação.

Inconformada, recorreu a vencida com razões de fls. 49/51, alegando, preliminarmente, a ocorrência de nulidade do julgado por ausência de fundamentação, e, no mérito, arguiu que ser detentora de direito adquirido, pugnando pelo conhecimento e recebimento do recurso e, conseqüentemente, pela procedência dos pedidos iniciais.

Devidamente intimado, o Estado da Bahia apresentou contrarrazões às fls. 54/56, refutando cada um dos argumentos suscitados pelo apelante e pugnou pelo improvimento do recurso.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto, dele conheço.

Afasta-se, de plano, a preliminar de nulidade do julgado, por ausência de fundamentação, nos termos do artigo 93, IX, da CF, haja vista que o decisum fora devidamente fundamentado e sua conclusão decorreu logicamente dos fundamentos.

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o Juiz ou Tribunal dê as razões de seu convencimento, e não que a decisão seja amplamente fundamentada, pois não se pode confundir motivação sucinta com ausência de fundamentação.

Cediço que a prolação de decisão de forma resumida não configura hipótese que enseja sua nulidade, sendo, ao contrário, admitida pela legislação e pela jurisprudência. Nesse diapasão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - ACORDO HOMOLOGADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - RITO DO ARTIGO 732 DO CPC - DESCABIMENTO DE PRISÃO CIVIL - PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. 1. O que a lei exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento e não que a decisão seja amplamente fundamentada, pois não se pode confundir motivação sucinta com ausência de fundamentação. (omissis) (TJDFT – 5ª Turma Cível, AI nº. 20070020042993, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ 14/11/2007).

Portanto, inexistente a alegada ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

No mérito, *data vênia*, tem-se que a sentença proferida deve ser reformada em todos os seus termos, senão vejamos.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a autora ministrou aulas suplementares entre o período ininterrupto de 1983 a 1987, assegurando, assim, o seu direito à incorporação da média anual de aulas, conforme dispõe o art. 11 da Lei Estadual nº. 4.694/87, *in verbis*:

Art. 11. Os docentes e especialistas que, durante 03 (três) anos seguidos ou 06 (seis) interpolados, tiverem ministrado aulas extraordinárias, terão assegurado o direito de incorporarem ao seu vencimento, para efeito de aposentadoria, a média do total anual de aulas.

Nesse passo, observa-se que a Lei Estadual concedeu aos docentes e especialistas da educação baiana o direito de incorporação aos proventos da média de aulas extraordinárias ministradas durante três anos seguidos ou seis interpolados.

Com efeito, o art. 15 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual da Bahia, estabelece que:

Art. 15. Aos docentes e especialistas de educação que, durante três anos seguidos ou seis anos interpolados, tenham ministrado aulas suplementares e que tenham sido aposentados depois da data da publicação da Lei nº. 4.694, de 9 de junho 1987, fica assegurado o direito de incorporarem aos proventos da sua aposentadoria a média do total anual de aulas ministradas.

Analisando-se os autos, nota-se que a demandante, no momento de sua aposentadoria, já havia reunido os requisitos necessários para a pretendida incorporação, ainda que as normas supramencionadas tenham sido revogadas posteriormente.

Assim, a apelante cumpriu os requisitos previstos nas normas e garantiu seu direito à incorporação da média anual das aulas extraordinariamente ministradas, quando viesse a se aposentar.

Dessa forma, resta imperioso concluir que a requerente constituiu direito adquirido à incorporação dos proventos referentes às verbas relativas à média total anual das aulas suplementares.

Nesse passo, traz-se à baila o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSORA APOSENTADA. AULAS SUPLEMENTARES. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. MÉRITO. INCORPORAÇÃO. ART. 11, DA LEI 4.694/1987 C/C O ART. 15, DO ADCT, DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA. APOSENTAÇÃO OCORRIDA EM 1992. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS À ÉPOCA VIGENTES. RECONHECIMENTO DO DIREITO PELO TCE. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RAZOABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. I - O prazo prescricional para cobrança de prestações periódicas devidas pela Fazenda Pública renova-se mês a mês enquanto não adimplida a obrigação, incidindo a prescrição apenas nas prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, consoante Súmula nº 85/STJ. II - A servidora que, na forma do art. 11, da Lei nº 4.694/1987, ministrou aulas suplementares durante três anos seguidos ou seis interpolados e, na esteira do art. 15, do ADCT, da Constituição da Bahia, então vigente, aposentou-se após a publicação do referido diploma legal, em 09.06.1987, faz jus à incorporação do total anual de aulas ministradas aos seus proventos. Direito expressamente reconhecido, ademais, pelo Tribunal de Contas do Estado. III - Os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) legais. Entendimento pacificado pelo STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.205.946/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, pela Corte Especial, sob a técnica do art. 543-C, do CPC. IV - Observados os critérios definidos pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, devem ser mantidos os honorários advocatícios fixados em face da Fazenda Pública. (TJBA – 4ª Câmara Cível, APC nº. 0124752-51.2008.805.0001, Rel. Des. Gardênia Pereira Duarte, julgado em 17.04.2012, publicado em 17.11.2012).

Na mesma linha:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. PROFESSOR. INCORPORAÇÃO DAS AULAS SUPLEMENTARES. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. PRELIMINAR REJEITADA. ATENDIMENTO OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 4.694/87 E ART. 15 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO

DO ESTADO DA BAHIA, QUE ASSEGURAVAM A INCORPORAÇÃO QUANDO SE DESSE A APOSENTAÇÃO DODOCENTE. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA, EM NECESSÁRIO REEXAME. (TJBA – 4ª Câmara Cível, APC nº. 32499-8/2009 – SALVADOR, Rel. Des. Antônio Pessoa Cardoso, julgado em 09/09/2009).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS HABITUAIS À APOSENTADORIA. DIREITO RECONHECIDO À INTEGRAÇÃO DAS HORAS SUPLEMENTARES. INCIDÊNCIA DO ART. 15 DO ADT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. LEI VIGENTE À ÉPOCA. DIREITO ADQUIRIDO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (TJBA – Seção Cível de Direito Público, MS nº. 27203-0/2004, Rel. Des. Lisbete Maria Teixeira Almeida Cezar Santos, julgado em 18.06.2009).

Ante o exposto, voto no sentido de REJEITAR a preliminar arguida, bem como CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso de NIVALDA DOS SANTOS BARBOSA, para reformar a sentença recorrida, determinado a integração dos valores provenientes das aulas suplementares ministradas aos seus proventos de aposentadoria, observando-se as parcelas vencidas e vincendas, acrescidas de juros e correção monetária, conforme disposição da Lei 9.494/97, observadas as alterações introduzidas pela Lei 11.960/2009.



TJBA – MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0017156-35.2013.8.05.0000, TRIBUNAL PLENO, RELATOR(A): DES. DESª. LÍCIA DE CASTRO L. CARVALHO, JULGADO EM 11.06.2014

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO OMISSIVO E CONTÍNUO DIRIGIDO A AUTORIDADE QUE PRÁTICA OU ORDENA A EXECUÇÃO DA ORDEM. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. REQUISITOS PARA ADMISSÃO AO CARGO. PROVA MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR. MEIO HÁBIL À COMPROVAÇÃO DE ESCOLARIDADE EXIGIDA EM EDITAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. EVIDÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº. 0017156-35.2013.8.05.0000, da comarca de SALVADOR, sendo impetrante TIAGO PEREIRA GABRIEL e autoridades impetradas, SECRETÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO, DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA e GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sessão plenária, REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA E, NO MÉRITO, CONCEDER A SEGURANÇA.

RELATÓRIO

TIAGO PEREIRA GABRIEL, por meio de advogado impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato omissivo atribuído ao **GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA** e aos **SECRETÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO e EDUCAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA**, consistente na inocorrência de sua nomeação para o cargo de Professor Padrão P-Grau I, da carreira de magistério do ensino fundamental e médio do Estado da Bahia, inobstante sua aprovação em Concurso Público regido por Edital SAEB/02/2010, homologado conforme Portaria conjunta SAEB/SEC nº08 de 21/06/2011.

Na exordial, instruída com peças de **fls.14/75**, também afirma que prestou concurso público para provimento de cargos vagos da carreira de magistério público do ensino fundamental e do ensino médio do Estado da Bahia, do Quadro de Pessoal da Secretaria da Educação do Estado da Bahia, grau inicial, realizado pelas Secretarias da Administração e de Educação do Estado da Bahia e executado por Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB), homologado em 21 de junho de 2011 (Portaria Conjunta SAEB/SEC n.08, publicada em D.O.E de 28/06/2006), restando classificado na 10ª posição; ter sido convocado por meio de Diário Oficial para o cargo de professor, a ser exercido na cidade de Campo Formoso, providenciando documentação exigida em Edital, à exceção do diploma *“substituído por CERTIDÃO e HISTÓRICO ESCOLAR, expedida por Coordenadora Acadêmica do Campus IV Jacobina-Bahia”*, onde consignada a conclusão de Curso de Licenciatura em Geografia, no 2º semestre de 2012; pela Ouvidoria, obteve informação de que candidatos convocados já teriam sido nomeados pelo D.O.E de 15/06/2013, mas sua nomeação não ocorrera por não haver oportunamente apresentado Diploma registrado de Conclusão de Curso de Nível Superior. Esclarece haver efetivado o pagamento de taxa correspondente a emissão do referido diploma e assinado *‘Termo de Compromisso’* por meio do qual se comprometera a apresentar no ato de nomeação. Entende que o *‘entrave burocrático’* que retarda a expedição do Diploma pela Universidade referida, configura circunstância alheia à sua vontade, invocando a existência de direito líquido e certo à nomeação, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Transcreve jurisprudência pertinente. Fls. 02/13.

Autoridades impetradas, **Secretários da Administração e de Educação do Estado da Bahia**, por meio da **Procuradoria do Estado da Bahia**, integrando a lide, prestaram informações, **fls.117/126** de que o impetrante se insurge contra Portaria que o excluiu do Concurso Público para Provimento de Cargos de Carreira do Magistério Público do Ensino Fundamental e do Ensino Médio do Estado da Bahia, homologado por meio de Portaria Conjunta SAEB/SEC nº08 de 21/06/2011, ante a impossibilidade de sua nomeação *‘por não apresentar documento essencial’*. Alegam, preliminarmente, ocorrência de decadência porquanto *‘ultrapassados muito mais de 120 (cento e vinte) dias da sua homologação’* e da publicação da lista de candidatos em idêntica situação, por meio de Portaria Conjunta, publicada em D.O.E 22/23 de setembro de 2013. No mérito sustenta a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado, reportando-se a exigência contida em Edital de regência SAEB/2010, item 5.14 de apresentação, por todos os aprovados, de diploma de conclusão em curso superior, expedido por instituição reconhecida pelo MEC, sob pena de perda do direito à nomeação. Explica, ainda, que o *‘Estado não pode nomear para o cargo de professor, pessoa sem habilitação’*; não estando habilitado, na época do chamamento, ao cargo ao qual concorrera, não há falar em direito líquido e certo de permanência no certame.

Governador do Estado da Bahia também prestou informações de que o impetrante, *‘ao ser convocado*

para apresentar documentação para nomeação e posse, não pôde apresentar diploma de conclusão do ensino superior pois, apesar de já ter concluído o curso de graduação, ainda não possuía o diploma registrado no MEC.’ Ressalta que a conclusão de curso superior é um dos requisitos para investidura no cargo previsto em Edital, subitem 5.8, norma interna do concurso, a ser observada pela Administração e por candidatos, sob pena de violação ao princípio da isonomia. **Fls. 127/129**.

O doutor Procurador de Justiça, através parecer, **fls. 132/141**, pugna pela rejeição de preliminar e concessão da segurança para assegurar *“a nomeação do impetrante ao cargo para o qual restou aprovado”*

Sem decidir sobre a liminar pleiteada pedi dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A preliminar suscitada, ora rejeitada, não merece acolhida.

Incorre a alegada decadência se o termo de início para contagem do prazo decadencial do mandado de segurança, 120 (cento e vinte) dias, é o da publicação do ato impugnado.

Consoante precedentes do STJ, o ato coator surge apenas no momento em que o candidato, ora impetrante, teve ciência do ato impugnado, consubstanciado nas publicações de nomeações de professores em todo o Estado da Bahia, em Diários Oficiais dos dias 11/04/2013, 15 e 15 de junho de 2013, fls.29/32, das quais não se fez constar o nome do impetrante.

Conforme doutrina abalizada,

“Antes disso, não havia bem da vida a ser protegido pela via mandamental, sendo certo que não “convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair um resultado útil. É preciso pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 281).

... “a fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exeqüível” e, dessa forma, “não é, pois, o conhecimento oficioso do ato que deve marcar o início do prazo para a impetração, mas sim o momento em que se tornou apto a produzir seus efeitos lesivos ao impetrante” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, ...”, 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pp. 55-56 – grifado)

Por conseguinte, somente a partir desse momento, a alegada omissão do edital passou a afetar o direito subjetivo do impetrante, legitimando-o, pois, à impetrar o mandamus, protocolado em 17/09/2013.

Ademais, conforme parecer ministerial, nesta instância, *“foi o impetrante convocado para apresentar os documentos exigidos no edital do concurso através de publicação no Diário Oficial do Estado do dia 26.02.2013. Logo, tendo sido o impetrante convocado para apresentação dos documentos nessa data, não poderia, por óbvio, ter sido eliminado do concurso por meio de portaria conjunta SAEB/SEC nº212, de 21.09.2012, publicada*

no DOE de 22 e 23.09.2012. Tal equívoco é reforçado pelo fato de ter deixado o interveniente de juntar aos autos cópia da portaria citada, tampouco de outro ato administrativo de exclusão do candidato.”

No mérito, o exame conjunto dos elementos carreados para os autos evidencia que a parte autora submeteu-se a concurso público regido por edital nº SAEB/02/2010, logrando aprovação na 10ª (décima) posição dentre as vagas disponibilizadas para o cargo de ‘Professor Padrão P – Grau I.’. Aprovado no referido concurso público, teve sua posse obstada pela Administração por haver apresentado certidão de conclusão de curso superior em Geografia, fl.15, em lugar de Diploma ou Certificado de conclusão comprobatório do curso correspondente à escolaridade, exigida em Edital de regência.

A jurisprudência do STJ admite a possibilidade do candidato, aprovado em concurso demonstrar a escolaridade exigida, mediante apresentação de atestado de conclusão de curso superior para fins de nomeação e posse, enquanto não dispõe do certificado ou diploma necessário por razões de entraves burocráticos da Administração. Nesse sentido:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÍTULO. APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CONCLUSÃO DE CURSO, E NÃO DE DIPLOMA OU CERTIFICADO. CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO PROVIDO. 1. A exigência de apresentação de certificado ou diploma de curso de pós-graduação é válida, mas deve ser interpretada de modo a permitir que o candidato desprovido de tal documento por questão de ordem meramente burocrática, mas que concluiu o curso em tempo hábil, considerando o prazo estabelecido no edital do concurso público, comprove essa condição por meio de declaração ou atestado e, por conseguinte, obtenha a pontuação correspondente ao título. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 26.377/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2009, DJe 13/10/2009)

“AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONCLUSÃO DO CURSO DE MESTRADO. COMPROVAÇÃO. MEIO IDÔNEO DIVERSO DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE (SÚMULA 266/STJ). REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). 1. Decisão do tribunal a quo que entendeu ser possível a comprovação da conclusão do curso de mestrado por meio idôneo diverso do diploma, deve ser mantida para se evitar que a concursanda seja prejudicada pela demora na expedição do documento. 2. A verificação da conclusão do curso, pelos documentos apresentados, enseja a reapreciação do conjunto probatório contido nos autos, o que é obstado pelo enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. 3. Agravo interno ao qual se nega provimento.” (AgRg no Ag 1053621/DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 20/10/2008)

In casu, o impetrante exibiu ‘Certidão’ de conclusão do Curso de Pedagogia, com término em 2012, fl.15, onde consignado que faltaria ‘apenas outorgar grau’. O título em “Licenciado em Geografia” conferido ao Impetrante veio a ser disponibilizado em 13/05/2013, fl. 18.

Restou demonstrado, por impetrante, a conclusão exitosa do curso de Geografia e impossibilidade, por motivos alheios à sua vontade, de apresentação do diploma ou certificado, destacando a incidência do princípio da razoabilidade.

Em geral, em razão dos entraves burocráticos enfrentados nos processos de expedição de diploma de formação superior, o atestado de conclusão do curso há de servir como prova equivalente, conforme preconizado pela Corte Superior:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÍTULO. APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CONCLUSÃO DE CURSO, E NÃO DE DIPLOMA OU CERTIFICADO. CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO PROVIDO. A exigência de apresentação de certificado ou diploma de curso de pós-graduação é válida, mas deve ser interpretada de modo a permitir que o candidato desprovido de tal documento por questão de ordem meramente burocrática, mas que concluiu o curso em tempo hábil, considerando o prazo estabelecido no edital do concurso público, comprove essa condição por meio de declaração ou atestado e, por conseguinte, obtenha a pontuação correspondente ao título. 2. Recurso ordinário provido.” (STJ: RMS 26.377/SC, 5ª T, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/09/2009, DJe 13/10/2009).

“ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROFESSOR TEMPORÁRIO - CANDIDATA QUE AINDA NÃO HAVIA COLADO GRAU NA DATA PREVISTA PARA ENTREGA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À CONTRATAÇÃO, MUITO EMBORA JÁ TIVESSE CONCLUÍDO O CURSO EXIGIDO NO EDITAL - MERA FORMALIDADE, QUE PODE SER SUPRIDA COM A APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DE CONCLUSÃO DO CURSO. 1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Administração do Estado de Rondônia, em decorrência da não contratação da impetrante após a aprovação em concurso destinado ao provimento de vaga, em regime temporário, de Professor de Séries Iniciais. 2. A apresentação do certificado de conclusão de curso superior constitui meio hábil à comprovação do nível de escolaridade exigido para o cargo almejado. 3. A colação de grau é mero ato burocrático que nada acrescenta à formação do profissional. É, em verdade, a chancela de um ato administrativo cuja substância já está íntegra pela aprovação da aluna nas provas finais de conclusão do curso. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.” (STJ: RMS 31.862/RO, 2ª T, j. 05/08/2010, DJe 17/08/2010). (...)”

Noutro passo, consoante parecer ministerial, fls. 138, a orientação pretoriana do Superior Tribunal de Justiça deixa claro que “a exigência de apresentação de diploma no momento da convocação é ilegítima, sendo oportuna a exigência de sua apresentação apenas no momento da posse” (STJ, 2ª T, Resp 1.211.993/RJ, DJe 29.11.2010; STJ 5ªT, Resp 730.435/SP, DJe 05.11.2007).

Por tais razões concede-se a segurança.



TJBA – MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0015053-21.2014.8.05.0000, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO, RELATOR(A): DES. JATAHY JÚNIOR, JULGADO EM 29.01.2015

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. REJEITADA. EDITAL SAEB 01/2012.

ELIMINAÇÃO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE ACUIDADE VISUAL. DEFICIÊNCIA CORRIGÍVEL. INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO NÃO DEMONSTRADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FORMALISMO EXARCEBADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APRESENTAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA NA POSSE. DIREITO DA IMPETRANTE DE PARTICIPAR DAS PRÓXIMAS FASES DO CONCURSO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. ORDEM CONCEDIDA.

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário da Administração, visto que responde pelos questionamentos sobre a legalidade do Edital, além da correta aplicação das regras nele dispostas.

A eliminação da candidata portadora de alterações oftalmológicas, como a miopia, passível de correção mecânica, não se coaduna com as disposições que emanam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente porque o interesse público não estaria sendo resguardado, notadamente visto que não demonstrado o impedimento da deficiência para o exercício da carreira militar.

O cumprimento dos requisitos legais para a assunção do cargo público somente pode ser exigido no momento da posse, de acordo com a Súmula nº 266 do STJ. Assim, mostra-se inviável a exigência antecipada de apresentação da Carteira Nacional de Habilitação.

Diante do quadro que se descortina nos autos, a eliminação consagra o formalismo exacerbado e consequente subversão do verdadeiro fim colimado pela Administração Pública.

O julgamento de mérito deste *mandamus* torna prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão que deferiu a medida liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0015053-21.2014.8.05.0000 em que figuram, como impetrante, **Daniela Almeida Magalhães** e, impetrados, **Secretário da Administração do Estado da Bahia – SAEB e outro**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, CONCEDER A SEGURANÇA**, tornando definitiva a liminar deferida à fl. 84 e verso, no sentido de assegurar à Impetrante o direito de participar das próximas fases do concurso, pelas razões constantes no voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação mandamental, com pedido liminar, impetrada por Daniela Almeida Magalhães contra ato supostamente ilegal praticado pelo Secretário de Administração do Estado da Bahia e do Comandante da Polícia Militar do Estado da Bahia, autoridades apontadas como coatoras, em razão da inaptidão da impetrante no Concurso Público para provimento de vagas para o cargo de Soldado da Polícia Militar Bahia.

Afirmou, em síntese, a Impetrante que foi eliminada do concurso público para provimento de vagas para os cargos de soldados da Polícia Militar do Estado da Bahia – SAEB 1/2012, sob a alegação de que apresentou miopia - grau de refração superior a 4,0 – e, por não possuir carteira nacional de habilitação válida, categoria B,

em desconformidade com a previsão editalícia.

Relata a Impetrante que foi aprovada para o cargo de soldado da Policial Militar na prova objetiva e discursiva, sendo classificada na 38ª posição e, em 25.04.2014, convocada para os exames admissionais.

Afirma, que apresentou recurso administrativo, inclusive com cópia da carteira de habilitação requerida, bem como a irrazoabilidade da inaptidão por acuidade visual, visto que a miopia pode ser sanada pelo uso de lentes corretivas e por cirurgia, possibilitando o regular exercício das atividades inerentes ao cargos.

Requeru, com isso, seja determinado, liminarmente, que a impetrada realize as demais etapas dos exames pré-admissionais, inclusive, o teste de aptidão física - TAF e, caso aprovada, seja realizada a matrícula no próximo curso de formação de soldados da Polícia Militar.

Por fim, pede a confirmação da decisão liminar e, ao final, a concessão da segurança, para assegurar o direito da impetrante a realizar as demais exames pré-admissionais e, conseqüentemente, a matrícula definitiva no curso de formação.

A liminar foi deferida à fl. 84 verso.

Irresignado, o Estado da Bahia, interveniente, interpôs Agravo Regimental às fls. 87/95, no qual suscitou que não estão presentes os requisitos necessários ao deferimento daquela medida.

O Estado da Bahia interveio no feito, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Secretário da Administração. No mérito, que a Impetrante foi considerada inapta, em virtude da miopia com grau superior a 4,0 dioptrias.

Alega, ainda, que o Edital SAEB/1/2012 previu no item 2.2 os requisitos para o ingresso no curso de formação de Soldado da Polícia Militar, dente eles, ter aptidão física e mental, comprovada mediante exame médico-odontológico, testes físicos e exames psicológicos, conforme as Portarias nº 050 – CG/08 e 064 – CG/11.

Assim, sustenta, a impossibilidade de permanência da candidato no certame, sob pena de violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, pugnando, ao final, pela denegação da segurança pretendida.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou pronunciamento às fls. 151/159 e opinou no sentido da denegação da segurança requerida.

As autoridade impetradas, às fls. 147/148 e 160/161, prestaram as suas informações.

Relatados os autos, inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

Cuida-se de Mandamus impetrado por Daniela Almeida Magalhães contra ato supostamente ilegal praticado pelo Secretário de Administração do Estado da Bahia e do Comandante da Polícia Militar do Estado da Bahia, autoridades apontadas como coatoras, em razão da inaptidão da impetrante no Concurso Público para provimento de vagas para o cargo de Soldado da Polícia Militar Bahia.

Inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário da Administração, levantada pelo Estado da Bahia não merece guarida, visto que se trata de discussão pautada em interpretação e aplicação do Edital por ele devidamente firmado, bem como responde pelos questionamentos sobre sua legalidade, além da correta aplicação das regras nele dispostas.

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

A questão discutida nos autos, diz respeito a inaptidão da Impetrante aprovada no concurso público para o cargo Soldado da Polícia Militar do Estado da Bahia - Edital SAEB/1/2012, em virtude de miopia - grau de refração superior a 4,0 – e, por não possuir carteira nacional de habilitação válida, categoria B, em desconformidade com a previsão editalícia, impossibilitando-a de realizar o teste de aptidão física – TAF.

Entretanto, a eliminação automática da Impetrante no concurso público, em razão da deficiência visual passível de correção e da exigência de carteira de habilitação antes do prazo previsto, não se coaduna com as disposições que emanam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente porque o interesse público não estaria sendo resguardado.

Sabendo-se que os princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública, a decisão da autoridade coatora de eliminar, sumariamente, o candidato, não levou em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, não tendo tal fato acarretado qualquer prejuízo à Administração, tampouco aos demais candidatos, não existiria razão para que dele decorresse a exclusão da Impetrante do certame.

Sobre o tema, refere-se a doutrina:

“A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”
(Diogo de Figueiredo Moreira Neto . In Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 ed. Editora Atlas, p. 81).

Diante do quadro que se descortina nos autos, a eliminação consagra o formalismo exacerbado e consequente subversão do verdadeiro fim colimado pela Administração Pública.

A respeito, tomamos preciosa lição do doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello:

“...a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado”.

Decerto, a Administração Pública não pode negar a investidura em cargo público a candidato portador de mal ocular corrigível. O procedimento viola direito constitucional, afronta o princípio da razoabilidade e macula o direito do candidato de livre acesso aos cargos públicos.

Destarte, tem prevalecido na jurisprudência pátria que a deficiência visual, quando corrigível por meio de cirurgia ou uso de lentes corretivas, não pode servir como critério para eliminação em concurso público, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isso porque, a eliminação da candidata portadora de alterações oftalmológicas, como a miopia, passível de correção mecânica, enquadrada como inapta a exercer as funções de policial militar, fere princípios Constitucionais, notadamente porque não demonstrado que a deficiência impede o exercício da carreira militar.

Nesse sentido é o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - Mandado de Segurança - Concurso público - Edital - Estrita vinculação à lei - Obrigatoriedade - Inteligência do art. 37 da CF - Policial e bombeiro militar - Miopia acima do grau permitido no edital - Exigência não prevista em lei - Deficiência visual corrigível - Inaptidão no exame médico - Princípio da razoabilidade - Inobservância - Eliminação nula - Concessão da segurança - 1) Em decorrência do princípio da legalidade que preside os atos da Administração, por sinal consagrado no art. 37 da Carta Magna, os editais de concursos públicos, por serem atos administrativos infralegais, não podem estabelecer requisitos que não sejam expressamente previstos na lei - 2) Não é razoável - e nem justa - a eliminação de concorrente ao cargo de policial ou bombeiro militar, tão-somente, em razão de ser ele portador de miopia em grau acima do previsto no edital, mormente quando essa regra limitativa não encontra amparo na lei e a deficiência visual, corrigível que é por cirurgia ou pelo uso de lentes, não prejudica o exercício da atividade funcional - 3) Segurança concedida. (TJ-AP, Relator: Desembargador MÁRIO GURTYEV, Data de Julgamento: 30/04/2008, Tribunal Pleno)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. REJEITADA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA NO EXAME DE SAÚDE POR NÃO ATENDER EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS DE NATUREZA OFTALMOLÓGICA. ACUIDADE VISUAL. REVERSÍVEL. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RESERVA DE VAGA. CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARCIALMENTE. 1.A classificação alcançada obsta tão-somente, no momento, que a recorrente se submeta à investigação social e matrícula no Curso de Formação, não significando haver qualquer impedimento no sentido de que posteriormente venha a mesma ser convocada pela Administração para tais fim. Sem repercussão no objeto do recurso instrumental. Preliminar rejeitada. 2.A recorrente, ante a declaração de sua inaptidão no exame de saúde, submeterá a novos exames perante instituições particulares, entre as quais, a Fundação Altino Ventura, que resultaram em afirmar ser a mesma portadora de miopia, que, todavia, corrigida permitira ter aquela acuidade visual normal, inclusive, solicitando a conduta pertinente. 3.A reprovação da candidata/recorrente afigura-se aparentemente abusiva, tendo em vista que a aludida patologia, em face de seu caráter plenamente corrigível, não impõe qualquer limitação física para o exercício das funções inerentes ao cargo de policial militar, mostrando-se, assim, in casu, necessária a ingerência do Poder Judiciário, não havendo que se falar em transgressão à regra do art. 2º, da Constituição Federal. 3.Destarte, o periculum in mora é patente, posto que a exclusão da agravante, nesse momento, a impossibilitaria de continuar realizando as demais etapas do certame, dentro das vagas ofertadas no momento oportuno, acarretando a ineficiência da prestação jurisdicional. Sendo certo que a mera superação das etapas do certame não retira o perigo da demora como alegado pelo recorrido, cabendo, na verdade, a este promover os meios necessários para a efetivação da tutela antecipada. 4.Inexistir direito líquido e certo à nomeação, devendo tão-somente ser assegurada a reserva da vaga para o caso da candidata/agravada ser classificada dentro das vagas ofertadas. 5.À unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao agravo de instrumento. (TJ-PE - AI: 480895720108170001 PE 0017574-42.2010.8.17.0000, Relator: José Ivo de Paula Guimarães, Data de Julgamento: 31/03/2011, 8ª Câmara Cível)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - CONCURSO PÚBLICO - SOLDADO COMBATENTE DA

POLÍCIA MILITAR - ELIMINAÇÃO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE ACUIDADE VISUAL - DEFICIÊNCIA CORRIGÍVEL COM O USO DE LENTE DE CONTATO - APTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DEMONSTRADA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Considerando que a eliminação do candidato se deu em razão de patologia que não causa inaptidão para o trabalho, posto que facilmente corrigível com o uso de lente de contato no olho esquerdo, deve-se entendê-la como desarrazoada e desproporcional. Precedentes do e. TJ/ES. 2 - Decisão que indefere o pedido de medida liminar reformada para permitir a participação do candidato nas demais fases do certame. 3 - Recurso conhecido e provido (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24119006633, Relator: WILLIAM COUTO GONÇALVES - Relator Substituto : EWERTON SCHWAB PINTO JUNIOR, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 17/04/2012, Data da Publicação no Diário: 09/05/2012)

Não há que se falar, portanto, em manutenção do ato impugnado, tendo em vista que a deficiência visual da Impetrante é perfeitamente sanável, não sendo necessariamente um fato impeditivo do desempenho das atividades inerentes ao cargo de Soldado da Polícia Militar.

Outrossim, verifica-se que o laudo oftalmológico de fl. 64 é inespecífico. Isso porque, genericamente afirma que a Impetrante apresentou miopia grau de refração superior a 4,0, descumprindo a regra do Edital do concurso, sem quaisquer menções em qual dos olhos foi encontrada a patologia ou se é possível visão máxima em outro olho.

No que tange a inaptidão da Impetrante no certame por não possuir Carteira Nacional de Habilitação, como exigido pelo Edital SAEB/01/2012, item 2.2, “j”, consta que esta somente deveria ser exigida para o ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar da Bahia.

Ademais, é indubitável que a hipótese em tela se enquadra, por analogia, ao quanto previsto na Súmula n.º 266 do STJ, que assim dispõe: “O diploma de habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse, e não na inscrição para o concurso público”.

Assim, considerando o posicionamento consolidado da jurisprudência e o entendimento sumulado, como antes referido, a documentação exigida para o exercício do cargo deve ser apresentada apenas quando do ato de posse, momento em que se consuma a investidura no cargo.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. BRIGADA MILITAR. INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO. PROCEDIMENTOS PARA OBTENÇÃO DA CNH AINDA NÃO CONCLUÍDOS. DETRAN. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 266, DO STJ. O cumprimento dos requisitos legais para a assunção do cargo público somente pode ser exigido no momento da posse (STJ, Súmula n. 266). Assim, mostra-se inviável o indeferimento da matrícula do candidato no Curso de Formação em virtude de não possuir a CNH naquele momento. Honorários advocatícios fixados em primeira instância mantidos, por atenderem às moduladoras do art.20, do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70039734215, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 09/12/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CURSO BÁSICO DE FORMAÇÃO POLICIAL MILITAR. APRESENTAÇÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO QUANDO DA INCLUSÃO

NA BRIGADA MILITAR. O preenchimento dos requisitos exigidos para o exercício do cargo deve ser comprovado na ocasião da posse, que na espécie ocorre após a conclusão do Curso de Formação, quando da lotação no posto de Soldado. Aplicação da Súmula nº 266 do STJ. Precedente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70034552901, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 22/07/2010)

Ressalte-se, ainda, que a impetrante já apresentou à fl. 20 a cópia da carteira de motorista válida até 04.06.2015, emitida em 09.06.2014, cumprindo a exigência do item 2.2, “j”, do edital.

Por tudo, é certo que inexistente prejuízo à Administração Pública quanto a continuidade da candidata, ora Impetrante, no certame, visto que o presente decisum destina-se tão somente para prosseguir nas demais fases do concurso.

Além disso, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação resta qualificado na possibilidade de perecimento do direito tutelado caso o concurso prossiga sem a participação da candidata nas demais fases do certame.

Por fim, registro que com o julgamento do presente fica prejudicado o agravo regimental de fls. 34/42 dos autos.

Diante do exposto, voto no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada, tornando definitiva a liminar deferida à fl. 84 e verso, no sentido de assegurar à Impetrante o direito de participar das próximas fases do concurso.

Sem honorários, por força das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Isento de custas.



TJBA – MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0015645-65.2014.8.05.0000, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO, RELATOR(A): DES. MOACYR MONTENEGRO SOUTO, JULGADO EM 13.08.2015

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. PREJUDICADO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE-ADEQUAÇÃO. AFASTADA. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ATENDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

- 1. Resta prejudicado o julgamento do Agravo Regimental interposto contra a decisão liminar, de natureza provisória, que ora se substitui pelo presente julgamento.
- 2. Afasta-se a preliminar de ausência de interesse-adequação. Não se verifica inadequada a via mandamental utilizada, tendo em vista que a matéria discutida, no relativo à legalidade do ato administrativo impugnado, não depende de dilação probatória, sendo suficientemente claros e conclusivos os documentos juntados pela impetrante.

3. O controle judicial dos atos administrativos está condicionado, unicamente, à aferição dos seus critérios objetivos de legalidade, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, cabendo ao Administrador Público aplicar a sanção que julgar cabível, conveniente e oportuna.
4. Não se considera ilegal nem abusivo o ato da autoridade impetrada que, diante do descumprimento contratual, impõe à impetrante a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual, Direta e Indireta, com base no art. 185, V, “a” e “e”, art. 186, III c/c o art. 195 da Lei nº 9.433/95.
- SEGURANÇA DENEGADA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA nº 0015645-65.2014.8.05.000**, de Salvador, em que figura, como impetrante, **PONTAL TURISMO LTDA** e, impetrado, o **SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR E DENEGAR A SEGURANÇA** pretendida, pelas razões que integram o voto do condutor.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança em face de ato coator supostamente ilegal perpetrado pelo impetrado, com o escopo de anular a Portaria nº 1268/2014, que aplicou à empresa impetrante a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual, Direta e Indireta, a partir da data da publicação do ato.

Adoto como próprio o relatório da decisão de fls. 193/194, que indeferiu a liminar pleiteada.

Agravo Regimental interposto às fls. 196/201.

O Estado da Bahia, às fls. 205/218, apresenta defesa alegando, preliminarmente, a ausência de interesse-adequação. No mérito, aduziu que a impetrante incorreu em falta grave ao proceder à venda casada de pacote turístico, sendo-lhe imposta a penalidade prevista na Lei Estadual nº 9.433/05, em decorrência de instauração de processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Sustenta, ainda, a impossibilidade de exame do mérito do ato administrativo sancionador por parte do Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio constitucional da independência dos poderes. Nestes termos, pugna pela extinção do feito em face da ausência de interesse processual e, caso ultrapassada a preliminar, pela denegação da segurança, ante a ausência de direito líquido e certo.

Às fls. 219/220, a Autoridade Coatora prestou as informações de praxe, destacando a inexistência de qualquer fundamento para a pretensão, uma vez que não há lesão resultante de ilegalidade ou de ato abusivo.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança.

Dispensada a Revisão do feito, nos termos do artigo 166 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o Relatório.

VOTO

Precipuamente, cumpre aduzir que o julgamento do Agravo Regimental de fls. 196/201 resta prejudicado em razão da lavratura deste Acórdão, uma vez que se dirige contra a decisão liminar, de natureza provisória, que ora se substitui pelo presente julgamento.

Analisando a preliminar suscitada pelo Estado da Bahia, não há que se falar em ausência de interesse-adequação, tendo em vista que a impetrante aponta a prática de ato que entende ilegal, cometido por autoridade pública e, uma vez que a matéria discutida nos autos, relativo à legalidade do ato administrativo impugnado, não depende de dilação probatória, sendo suficientemente claros e conclusivos os documentos juntados pela impetrante. Cabível, portanto, a via mandamental.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada.

No que tange ao mérito da demanda, razão não assiste à impetrante.

No caso em comento, verifica-se que a penalidade imposta pela impetrada lastreou-se nos arts. 185, V, “a” e “e”, 186, III c/c o art. 195, todos da Lei Estadual nº 9.433/95 (Portaria nº 1268/2014 – fl. 35), para cominar à impetrante a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual Direta e Indireta.

A teor do que preceitua o art. 195 da mencionada lei, “serão punidos com a pena de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração, **enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade competente para aplicar a punição**, os que incorram nos ilícitos previstos nos incisos I a V do art. 184 e II, III e V do art. 185 desta Lei.” (Grifos nossos).

Assim, a conduta do Secretário de Administração do Estado da Bahia encontra respaldo nos dispositivos legais indicados e, portanto, não se afere qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade da sanção imposta à impetrante, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso porque restou comprovado nos autos do processo administrativo que a impetrante, empresa detentora do contrato nº 24/2013, que tem por objeto a prestação de serviços de agenciamento de viagens, procedeu à venda casada de pacote turístico, ao emitir bilhete de passagem aérea para servidor do Estado, descumprindo as obrigações contratualmente assumidas.

Noutro giro, ressalte-se que o controle judicial dos atos administrativos está condicionado, unicamente, à aferição dos seus critérios objetivos de legalidade, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, cabendo ao Administrador Público aplicar a sanção que julgar cabível, conveniente e oportuna.

É inafastável, entretanto, o direito de ação da parte, em submeter sua pretensão resistida ao Poder Judiciário, mormente quando o Poder Público atua de forma ilegal e desarrazoada, o que não ocorreu nos autos.

Ao contrário, a pena aplicada à impetrante se revela adequada à conduta descrita, em conformidade com a legislação pertinente, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade competente para aplicar a punição.

Logo, não se considera ilegal nem abusivo o ato da autoridade impetrada que, diante do descumprimento contratual, impõe à impetrante a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual, Direta e Indireta.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e DENEGAR A SEGURANÇA PRETENDIDA.

TJBA – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0005783-70.2014.8.05.0000, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. MAURICIO KERTZMAN SZPorer, JULGADO EM 23.09.2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – ATENDIMENTO DE TODAS AS EXIGÊNCIAS IMPOSTAS – COMPETÊNCIA PARA LICENCIAR DA SUPERINTENDÊNCIA DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE SALVADOR RECONHECIDA PELO INEMA – DA REGULARIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL – ESTUDOS DE IMPACTO REALIZADOS – AGRAVO PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento nº 0005783-70.2014.8.05.0000, da Comarca de Salvador, em que é recorrente Condomínio Civil Shopping Center Paralela e recorrido Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, **DAR PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto pelo CONDOMÍNIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA, contra decisão do Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública (fls. 962/965) que, nos autos de Ação Civil Pública, concedeu liminar *inaudita altera pars* determinando:

“Ao MUNICÍPIO DE SALVADOR, à SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE E ORDENAMENTO DO USO DO SOLO DO MUNICÍPIO DE SALVADOR - SUCOM e ao CONDOMÍNIO CIVIL SHOPPING CENTER PARALELA, as seguintes providências: 1) suspensão dos efeitos jurídicos da licença ambiental para intervenção/ponte sobre o Rio Trobogy/Via Marginal/Obre de Arte, fruto da Resolução COMAM 041/2011; 2) suspensão dos efeitos jurídicos das deliberações tomadas na Primeira Sessão Ordinária do ano de 2012 do COMAM, ocorrida em 06/12/2012, porquanto violadora de decisão judicial proferida na ADIN nº 0303489-40.2012.8.05.0000, até o julgamento final desta ação; 3) determinação ao Secretário da SEMUT, atualmente responsável pelo licenciamento ambiental no Município de Salvador, que proceda à publicação imediata de informativo no Diário Oficial do Município de Salvador, comunicando a suspensão dos efeitos jurídicos das licenças ambientais concedidas ao Condomínio Civil Shopping Center Paralela para implantação de duas pontes sobre o Rio Trobogy, até o julgamento final desta ação; 4) determinação da prestação de não fazer do Condomínio Civil Shopping Center Paralela, extensivo às construtoras Mirel e CEP Indústria e Comércio, de não iniciar as obras, ou caso as tenham iniciado que as suspendam, até obtenção da licença ambiental concedida pelo INEMA, ou na forma estabelecida pelo CEPRAM, e da autorização de supressão de vegetação concedida pelo Município, mas contando com a anuência prévia do INEMA e do IBAMA, após a apresentação de reconhecimento de utilidade pública de interesse nacional e estudo de opções relocacionais, até o julgamento final desta ação, tudo nos termos da Lei da Mata Atlântica; 5) determinação que a SUCOM não conceda licença de

alvará da ampliação do Condomínio Civil Shopping Center Paralela sem a aprovação do EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança, que deve preceder todo o projeto; 6) determinação à SEMUT do encaminhamento da cópia integral dos processos administrativos que resultaram na aprovação das licenças ambientais para as pontes, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Sustenta a agravante que a decisão objurgada, proferida sem a oitiva da parte contrária (neste caso a agravante), não cuidou de analisar a primazia da realidade, posto que as obras obstadas encontram-se praticamente concluídas, são de mínima intervenção, o impacto é estritamente local, que não há risco ao meio ambiente, que os estudos ambientais necessários à concessão da licenças foram realizados, que o processo de licenciamento passou pelo crivo de diferentes órgãos e autarquias, inclusive pelo próprio Ministério Público.

Acrescenta que foram observadas todas as legislações ambientais aplicáveis ao caso em lide, que a alegação de ausência de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, não merece prosperar, posto que, consoante prova colacionada aos autos, foram realizados antes mesmo de requeridas as licenças, ao passo em que não há que se falar em qualquer irregularidade na formação do COMAM, revelando-se a insatisfação como conflito interno do próprio Ministério Público, entre suas esferas de representação, posto que o órgão ministerial, através de outras Promotorias, que não a autora da ACP, acompanhou todo o procedimento licenciatório, firmando Termos de Ajustamento de Condutas e realizando outras intervenções, que, conforme comprovado, foram completamente atendidos pelo agravante.

Às fls. 973/915, foi indeferida o pedido de efeito suspensivo ao agravo, em decisão da lavra da Juíza Convocada Cassinelza da Costa Santos Lopes.

O agravante, às fls. 976/978, colaciona novo Laudo Técnico informando que a paralisação das obras está causando erosões no local da intervenção, pelo que requereu a reconsideração da decisão que indeferiu o efeito suspensivo liminar.

Às fls. 991/992, novo pronunciamento da Juíza Convocada Cassinelza da Costa Santos Lopes, mantendo a decisão anteriormente proferida pelos seus próprios fundamentos.

Em suas razões de resistência, lançadas às fls. 995/1038, o agravado sustenta que a competência licenciatória ambiental é do Estado, através do INEMA; que a licença ambiental concedida *ad referendum* pelo Presidente do COMAM usurpou competência e atribuição do próprio COMAM, que, segundo defende, aprecia os procedimentos de licenciamento ambiental em que é necessário o Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA; que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA deve preceder as construções de pontes, como este no particular; de que se faz necessária prévia autorização para supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica; de igual forma, que é necessária a realização de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, antes da realização do empreendimento em área urbana. Com estes fundamentos, requer seja julgado improcedente o presente agravo de instrumento, mantendo-se incólume a decisão agravada.

Considerando que o Ministério Público figura como parte na presente ação, impossibilitada está a remessa dos presentes autos para seu conhecimento e opinativo.

Feito em condição de proferir voto e imune a revisão, pedi dia para julgamento

VOTO

1. Da Reunião dos Agravos.

Dispõe o art. 105 do Código de Ritos que, *“Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”*.

Incasu, verifico que o MUNICÍPIO DE SALVADOR irressigna-se contra a decisão aqui objurgada, por intermédio de agravo de instrumento, tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000 (distribuído por dependência), visando a obtenção do mesmo pronunciamento judicial vindicado por este agravante, o que o faz pelas seguintes razões.

Sustenta a municipalidade agravante que possui competência para promover o licenciamento ambiental pretendido e almejado pelo aqui agravante, por se tratar de obra de impacto ambiental de âmbito exclusivamente local; que o licenciamento ambiental concedido pelo COMAM está revestido de legalidade, posto que observou as normas aplicáveis à espécie, quanto à concessão de licenciamento, observando os estudos prévios necessários, atendendo o quanto firmado por TAC promovido pela Promotora de Justiça e Meio Ambiente do próprio órgão agravado; sustenta a desnecessidade da realização de EIA/RIMA para as obras em tela, por se tratar de obra de médio impacto ambiental, sendo o estudo exigido apenas para aquelas de significativo impacto; que as áreas ocupadas por cidades não estão sujeitas ao regime jurídico instituído pela Lei da Mata Atlântica, por força do Decreto nº 6.660/2008, que regulamente a referida legislação; que o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV e o TAC firmados perante a 5ª e a 8ª Promotorias de Justiça e Cidadania foram tempestivamente cumpridos e observados. Pugna pela reforma da decisão objurgada.

Assim, reconheço a necessidade de reunião dos presentes agravos, para julgamento conjunto de ambos, servindo a decisão aqui proferida para aquele tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000 (distribuído por dependência).

2. Da Competência Licenciatória.

Sustentam as agravantes Condomínio Civil Shopping Center Paralela e Município de Salvador (no AI tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000) que a competência para promover o licenciamento ambiental pretendido e almejado, por se tratar de obra de impacto ambiental de âmbito exclusivamente local, é da municipalidade agravante.

Ao revés, a Promotoria agravada, sustenta que a competência licenciatória ambiental é do Estado, através do INEMA, por força de competência residual fixada pela Resolução 237/97 do CONAMA e LC 140/11.

Não se pode olvidar que o critério definidor da competência licenciatória, tal como previsto na resolução invocada pela agravada, é a natureza do impacto da intervenção/obra que se objetiva licenciar.

Na mesma esteira de entendimento, a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, previu a possibilidade dos Municípios, nas áreas de sua jurisdição, elaborarem normas supletivas e complementares e padrões relacionadas com o meio ambiente, observadas aquelas estabelecidas pelo CONAMA.

Como norma maior, o art. 23, VI, da Constituição Federal estabelece que: *“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em*

qualquer de suas formas”.

A Resolução invocada, em seu art. 6º, dispõe no sentido de que, *literis: “Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio”*.

Observados os regramentos acima destacados, a Constituição Estadual ainda disciplina que:

Art. 59 - Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

[...]

VII - garantir a proteção do patrimônio ambiental e histórico-cultural local, observada a legislação federal e estadual;

“Art. 213 - O Estado instituirá, na forma da lei, um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações da administração pública e da iniciativa privada, assegurada a participação da coletividade.

[...]

§ 4º- Aos Conselhos e órgãos de defesa do meio ambiente, criados por lei municipal, poderá o Estado repassar recursos e delegar competências”.

Seguindo o permissivo legal estabelecido pela Constituição estadual, a Lei 10.431/2006, em matéria de licenciamento, assim dispõe:

“Art. 159: Compete aos órgãos locais a execução dos procedimentos de licenciamento ambiental e fiscalização dos empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente degradadoras do meio ambiente que sejam de sua competência originária, conforme disposições legais e constitucionais, bem como das atividades delegadas pelo Estado”.

À luz de todas as normas invocadas, considerando ainda que o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, disciplina que a fixação de normas para cooperação entre os entes da federação dependerá de leis complementares, no que concerne à promoção do desenvolvimento e bem-estar nacional, passo a fazer a seguinte análise.

2.1 - Primeiro Pontilhão.

Uma vez que o licenciamento do primeiro pontilhão ocorreu antes da existência de lei complementar, mormente aquela de nº 140/2011 aplica-se, como regulamentação, as normas acima delineadas cuidando-se, apenas, de se verificar se a obra em testilha importa em impacto significativo ou local.

Destaco, de partida que, nos termos da Resolução COMAM nº 41/2011 (fl. 125), fora concedida licença, de validade de 3 (três anos), para intervenção sobre o Rio Trobogy/Via Marginal de Aceleração para a Avenida Paralela/Obra D'Arte sobre o Rio Trobogy, nos seguintes termos:

“Considerando que em 27 de fevereiro de 2009 foi celebrado Termo de Acordo e Compromisso (TAC) entre o Município de Salvador [fls. 108/110] e o Condomínio Civil Shopping Center Paralela, publicado no D.O.M de 07 a 09 de março de 2009;
Considerando que em 07 de julho de 2011 foi firmado compromisso junto à 5ª e 8ª Promotorias de Justiça e Cidadania do Ministério Público do Estado da Bahia de emissão do ato *ad referendum* e posterior submissão ao Plenário do COMAM;
Considerando que latente o interesse público que se reveste esta intervenção conforme se infere dos procedimentos administrativos nº 68.00.2009.1459, 68.00.2011.1190 e 68.00.2011.904, bem como os estudos ambientais e de impacto de vizinhança apresentados; [...]
Art. 3º Estabelecer que esta licença e demais cópias dos documentos referentes ao empreendimento deverão ficar disponíveis à fiscalização da SMA e demais órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)”.

Sobre a qualificação das obras, a legislação estadual afeta à matéria é aquela Resolução nº 3.925/2009 do CEPRAM - Conselho Estadual do Meio Ambiente -, que dispõe sobre o Programa Estadual de Gestão Ambiental Compartilhada com fins ao fortalecimento da gestão ambiental, mediante normas de cooperação entre os Sistemas Estadual e Municipal de Meio Ambiente, e define as atividades de impacto ambiental local para fins do exercício da competência do licenciamento ambiental municipal, assim tratando:

“Que a Resolução CONAMA nº 237/1997, em seu art. 6º, trata da competência do Município para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daqueles que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio; [...]
A necessidade de definir os empreendimentos ou atividades e seus respectivos portes caracterizados como de impacto local para fins de licenciamento ambiental na esfera de competência do Município; [...]
Art. 1º - A competência administrativa ambiental é responsabilidade compartilhada entre os órgãos da União, dos Estados e dos Municípios, motivação do Programa Estadual de Gestão Ambiental Compartilhada, que visa o processo de organização e ampliação da capacidade dos municípios baianos, com fins ao fortalecimento da gestão ambiental municipal mediante normas de cooperação entre os Sistemas Estadual e Municipal de Meio Ambiente, a seguir dispostas. [...]
Art. 5º - São consideradas como de interesse ambiental local os empreendimentos e atividades cujos impactos não ultrapassem os limites territoriais do município.
§1º - Ficam estabelecidos, através do ANEXO ÚNICO, os empreendimentos e atividades considerados como de impacto local, para efeito de licenciamento ambiental.
ANEXO ÚNICO
DIVISÃO F: OBRAS CIVIS
Grupo F1: Infraestrutura de Transporte
F1.1 Rodovia (implantação ou ampliação) - Licença Extensão (Km) - Micro < 10 - Pequeno > 10 < 50 - Médio > 50 < 100 - Grande > 100 < 200 - Excepcional > 200”

Não decorre outro entendimento, senão aquele de enquadramento da obra embargada com a legislação acima invocada, ou seja, é de claro impacto local.

Não foi outro o sentido do Ofício do INEMA – Órgão Estadual que a agravada pretende que seja o licenciador -, de que a obra, por ser de nítido impacto local, deve ser licenciado pelo órgão municipal, como ocorreu no particular. Assim se depreende do ofício de fl. 174:

“No caso sob examine, o pontilhão sobre o Rio Trobogy mencionado é caso patente de intervenção em APP, regulada pela Resolução CONAMA 369/06 supramencionada que, em seu artigo 4º prevê que a APP situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental municipal. Outrossim, informamos que, apenas em dezembro do ano passado, mais especificamente em 08/12/2011, foi editada a Lei Complementar (LC nº 140) que regula o art. 23 da CF/88, e por conseguinte estabelece diretrizes no tocante à competência ambiental vindo, nesse sentido, confirmar, através da previsão em seu art. 9º a competência municipal em casos cujo impacto ambiental seja restrito aos limites do município em apreço”.

Neste sentido, não vislumbro neste caso, qualquer causa de ilegalidade ou incompetência do licenciamento obtido, posto que proferido em atenção ao quanto disposto nas legislações retro invocadas.

2.2 - Do licenciamento Pós Edição da Lei Complementar nº 140/2011.

A Lei Complementar 140/2011 fixou normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, alterando a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispondo da seguinte forma:

“Art. 9o São ações administrativas dos Municípios:
[...]
XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:
a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade”;

Assim, não se pode olvidar que o órgão competente para licenciar a obra em testilha é o órgão municipal, não só por força da legislação invocada, mas também pelo fato do próprio órgão estadual ter reconhecido a competência daquele órgão para proceder com o respectivo licenciamento.

Isso restou observado, inclusive, pelo próprio Ministério Público, quando firmou TAC por intermédio das 5ª e 8ª Promotorias de Justiça e Cidadania, cuja transcrição vale trazer à lume:

“Fls. 117/119: [...] Pela Dra. Cristina Seixas, Promotora de Justiça e de Meio Ambiente, convidada a participar da audiência, foi dito que por questão legal cabia ao Município dizer

quais eram os estudos de impacto ambiental aplicáveis à hipótese e que, para se precaver, o Shopping deveria apresentar os estudos definidos pelo município, uma vez que se trata de uma APP. [...] Foi decidido em conjunto pelas Promotorias, SEDHAM e conhecimento da SMA que o estudo de impacto ambiental conterà os seguintes pontos [...] Definiu-se o cronograma, de como acordo [...] A mesma aprovará Portaria *ad referendum*, e no mesmo ato emitirá licença necessária, submetendo, posteriormente, o feito ao COMAM [...] Por fim, disse que não é demasiado citar que o debate refere-se ao pontilhão que tem uma dimensão de, aproximadamente, cinquenta metros, que deverá ligar duas pistas já consolidadas”.

“Fls. 104/106: CLÁUSULA PRIMEIRA: O SHOPPING PARALELA ratifica, inicialmente, a obrigação de realizar a obra d’arte sobre o Rio Trobogy, nos estritos moldes previstos na cláusula quarta do PRIMEIRO TAC, de acordo com o projeto básico da ponte [...] §1º A SUCOM se obriga a conceder o respectivo alvará de construção [...] §2º Em relação à obrigação prevista na cláusula quarta do PRIMEIRO TAC, (...) referente à retificação da pista de aceleração no final da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC), esta será substituída pela execução de nova obra descrita na cláusula terceira abaixo, com vistas a dar continuidade à via marginal existente em frente ao seu estabelecimento, de forma a promover a sua interligação desde o Loteamento Alpha Ville até a Avenida Orlando Gomes [...] CLÁSULA TERCEIRA: O SHOPPING PARALELA se obriga a executar as obras de rebaixamento da via marginal em frente à Faculdade de Tecnologia e Ciência (FTC), bem como a executar ponte sobre o espelho d’água situado ao lado da FTC, ligando a atual via marginal da Av. Luis Viana Filho, (que passa em frente ao Shopping Paralela) à sua continuidade, desde o Loteamento Alpha Ville até a Avenida Orlando Gomes”.

Neste sentido, reconheço da competência licenciatória do órgão municipal, nos termos em que fora concebida, assistindo razão o pleito do agravante neste instrumento e da municipalidade agravante, nas suas razões lançadas ao tópico 3.1, das suas razões de recurso, lançadas no agravo de instrumento tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000.

3. Da Legalidade do Licenciamento Ambiental concedido pelo COMAM

Sustentam os agravantes que o licenciamento concedido pelo COMAM, não só ocorreu em estrito cumprimento aos preceitos legais, como também não fora realizado por ato unilateral da pessoa do Secretário da SEDHAM, correndo tudo em observância ao quanto firmado no TAC acompanhado pelas 5ª e 8ª Promotorias de Justiça.

Ao revés, a Promotoria agravada, sustenta que houve inobservância ao quanto disciplinado nos artigos 8º da Resolução 237/97 do CONAMA e do art. 45 da Lei Estadual 10.431/2006.

Com efeito, dispõe o artigo 8º da Resolução 237/97 do CONAMA que:

“Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:
I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e

estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;
III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.
Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade”.

Na mesma linha de intelecção o artigo 12 da mesma Resolução dispõe:

“Art. 12 - O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.
§ 1º - Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente”.

No que concerne ao art. 45 da Lei Estadual 10.431/2006, esse dispõe que:

“Art. 45: O órgão ambiental competente expedirá as seguintes licenças, sem prejuízo de outras modalidades previstas em normas complementares a esta Lei:
I - Licença de Localização (LL): concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
II - Licença de Implantação (LI): concedida para a implantação do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionamentos;
III - Licença de Operação (LO): concedida para a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das exigências constantes das licenças anteriores e estabelecimento das condições e procedimentos a serem observados para essa operação;
IV - Licença de Alteração (LA): concedida para a ampliação ou modificação de empreendimento, atividade ou processo regularmente existentes;
V - Licença Simplificada (LS): concedida para empreendimentos classificados como de micro ou pequeno porte, excetuando-se aqueles considerados de potencial risco à saúde humana”.

Enquanto o seu art. 46 prevê:

“Art. 46 - Poderão ser instituídos procedimentos especiais para o licenciamento ambiental, de acordo com a localização, natureza, porte e características dos empreendimentos e atividades, dentre os quais:
I - procedimentos simplificados, que poderão resultar na expedição isolada ou sucessiva das licenças, conforme definido em regulamento”

Depreende-se dos autos que todo o procedimento realizado para a concessão da licença objurgada não só respeitou o quanto preceituado pelo artigo 12 da Resolução 237/97 do CONAMA e pelo art. 46 da Lei Estadual 10.431/2006, posto se tratar de obra que não se encaixa no conceito de significativo impacto ambiental – questão já ultrapassada pelo tópico anterior -, como também bem observou o quanto firmado no PRIMEIRO TAC sob os atentos olhares das 5ª e 8ª Promotorias de Justiça, que, ao longo de mais de 3 anos, acompanharam o desenrolar do presente processo. Reescrevo:

“Fls. 117/119: [...] Pela Dra. Cristina Seixas, Promotora de Justiça e de Meio Ambiente, convidada a participar da audiência, foi dito que por questão legal cabia ao Município dizer quais eram os estudos de impacto ambiental aplicáveis à hipótese e que, para se precaver, o Shopping deveria apresentar os estudos definidos pelo município, uma vez que se trata de uma APP. [...] **Foi decidido em conjunto pelas Promotorias, SEDHAM e conhecimento da SMA que o estudo de impacto ambiental conterà os seguintes pontos [...] Definiu-se o cronograma, de comum acordo, descrito a seguir: o Shopping Paralela deverá apresentar o estudo do impacto ambiental em questão, no prazo de trinta dias a contar de 11 de julho de 2011, terminando no dia 11 de agosto de 2011. Em seguida, no dia 12 de agosto, será encaminhado para a SEDHAM que deverá manifestar-se no prazo de cinco dias, o qual termina em 22 de agosto de 2011. A partir de então, inicia-se o prazo para manifestação da SETIN, vencendo em 29 de agosto de 2011. A SETIN enviará o procedimento para a SEDHAM que deverá remetê-lo à SMA no dia 30 de agosto de 2011. A partir de 31 de agosto de 2011 inicia-se o prazo de manifestação da SMA, encerrando-se em 09 de setembro de 2011, data na qual o procedimento deverá ser reencaminhado para a SEDHAM. A mesma aprovará Portaria ad referendum, e no mesmo ato emitirá licença necessária, submetendo, posteriormente, o feito ao COMAM [...]** Por fim, disse que não é demasiado citar que o debate refere-se ao pontilhão que tem uma dimensão de, aproximadamente, cinquenta metros, que deverá ligar duas pistas já consolidadas “

Assim, considerando que a Resolução COMAM nº 041/2011 (fl. 125) data de 11 de novembro de 2011, não se pode olvidar que todo o procedimento pactuado com o próprio Ministério Público, consoante trecho destacado retro, fora observado, atendendo o quanto disposto nos artigos 12 da Resolução 237/97 do CONAMA e 46 da Lei Estadual 10.431/2006, não havendo que se falar, portanto, em ilegalidade.

No que concerne ao licenciamento do segundo pontilhão, fl. 133 deste agravo e fl. 233 do agravo de instrumento tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000, que as Resoluções COMAM nº 45/2012 e 46/2012, observaram igual procedimento, revestindo-se da completa legalidade.

Quanto à irregularidade na composição do COMAM, passo a tecer os seguintes comentários.

Com fundamento na medida liminar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o nº 0303489-40.2012.8.05.000, que teria suspenso os efeitos da LOUS de 2011, a agravada insurgiu-se contra a composição da COMAM, o que, nos termos da decisão aqui objurgada, culminou na suspensão dos efeitos jurídicos das deliberações tomadas na Primeira Sessão Ordinária do ano de 2012 do COMAM, ocorrida em 06/12/2012, porquanto violadora da sobredita decisão judicial.

Sem razão a agravada, autora da ACP. Explico.

A decisão proferida no ADIN supra citada, identificada neste processo às fls. 787/799, não comprometeu a formação do COMAM responsável pelo licenciamento contestado. Isto porque aquela composição se deu por força do Decreto Municipal 20.951/2010, cujo mandato perduraria por 02 anos.

Quando do advento da Lei 8.167/2012, a composição do COMAM teve de ser alterada, o que se concretizou pelo Decreto Municipal 22.761/2012. No entanto, por força da liminar invocada, concedida na ADIN, sustaram-se os efeitos da sobredita lei, bem como do Decreto que dela decorreu, restituindo-se a antiga formação do COMAM, emprestando validade a todos os atos por esta formação praticados.

Neste sentido, reconheço da legalidade do licenciamento concedido, afastando a arguição de irregularidade na formação do COMAM, assistindo razão o pleito do agravante neste instrumento e da municipalidade agravante, nas suas razões lançadas ao tópico 3.2, das suas razões de recurso, lançadas no agravo de instrumento tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000.

4. Da Exigência de EIA/RIMA

Sustentam os agravantes que a obra a ser realizada, que, como visto alhures, atendeu a todas as exigências legais até aqui discutidas, não se enquadram no conceito de significativo impacto ambiental, pelo que dispensa-se a apresentação de EIA/RIMA.

Ao revés, a Promotoria agravada, que a intervenção possui, sim, caráter de significativo impacto ambiental, o que reforça a necessidade de apresentação do EIA/RIMA.

Dispõe o art. 225, §1º, IV da Constituição Federal que:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
[...]
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de **obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente**, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Na mesma linha de entendimento dispõe o art. 38 da Lei Estadual 10.431/2006:

“Art. 38: O licenciamento ambiental para **novos empreendimentos e atividades, efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente**, conforme regulamento desta Lei, dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual se dará publicidade”.

Debulhando os autos, verifico que a Resolução nº 3.925/2009 do CEPRAM - Conselho Estadual do Meio Ambiente -, que dispõe sobre o Programa Estadual de Gestão Ambiental Compartilhada, consoante já destacado anteriormente, dispõe em seu “ANEXO ÚNICO - DIVISÃO F: OBRAS CIVIS - Grupo F1: Infraestrutura de Transporte - F1.1 Rodovia (implantação ou ampliação) - Licença Extensão (Km) - Médio > 50 < 100” caracteriza como de médio impacto a obre licenciada, o que, de pronto, afasta a conceituação como significativo impacto, afastando a exigibilidade do EIA/RIMA.

Observo ainda que, inobstante ser inexigível a realização de EIA/RIMA, a agravante, nos termos do documento de fls. 176/192, cuidou de realizar Relatório de Informações Ambientais, com o objetivo precípua de agir dentro da estrita legalidade.

Outrossim, verifico, de igual forma, já ter sido realizado Estudo de Impacto de Vizinhança, fls. 502/567 dos autos, em completa atenção ao quanto disciplinado pela legislação costumeira.

Isto posto, declaro a desnecessidade de realização de EIA/RIMA, nos termos acima lançados, assistindo razão o pleito do agravante neste instrumento e da municipalidade agravante, nas suas razões lançadas ao tópico 3.3, das suas razões de recurso, lançadas no agravo de instrumento tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000.

5. Da Supressão da Vegetação

Sustentam os agravantes que não se aplicam ao caso em lide a Lei da Mata Atlântica e o Decreto 6.660/2008, posto que área de mata a ser suprimida situa-se em área urbana consolidada, encaixando-se na exceção legal prevista.

Ao revés, a Promotoria agravada, com base em informações fornecidas pelo GEGIO - Centro Integrado de Geoinformação do MP” -, reside naquela localidade, vegetação do bioma Mata Atlântica, em estágio médio de regeneração.

Com a razão a agravante. Pormenorizo.

A Lei 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica, assim disciplina:

“Art. 2º: [...] Parágrafo único. Somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no caput deste artigo terão seu uso e conservação regulados por esta Lei”.

“Art. 4º: A definição de vegetação primária e de vegetação secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses de vegetação nativa localizada, será de iniciativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente”.

“Art. 14. A supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública, sendo que a vegetação secundária em estágio médio de regeneração poderá ser suprimida nos casos de utilidade pública e interesse social, em todos os casos devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e

locacional ao empreendimento proposto, ressalvado o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1o e 2o do art. 31 desta Lei.

§ 1o A supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2o deste artigo”.

Já Decreto 6.660/2008, que regulamenta os dispositivos da lei retro, dispondo sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica, assim prevê:

“Art. 1º: [...] § 1o Somente os remanescentes de vegetação nativa primária e vegetação nativa secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência do mapa definida no caput terão seu uso e conservação regulados por este Decreto, não interferindo em áreas já ocupadas com agricultura, cidades, pastagens e florestas plantadas ou outras áreas desprovidas de vegetação nativa”.

Destacados tais diplomas, passo à seguinte análise.

De início, por força do quanto preceituado no art. 4o da Lei da Mata Atlântica “A definição de vegetação primária e de vegetação secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses de vegetação nativa localizada, será de iniciativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente”; o que importa reconhecer a impropriedade do relatório GEGIO expedido pelo próprio agravado.

Seguindo na intelecção, segundo o art. 14 do mesmo diploma, ainda que fosse o caso de reconhecimento de que a vegetação a ser suprimida fosse primária e/ou secundária, em estágio avançado de regeneração, esta poderia ocorrer em caso de utilidade pública, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio. Ao longo de toda a decisão, verificou-se que o agravante atendeu a todos os requisitos legais para a concessão da licença obtida, o que, inclusive, foi referendado pelas 5ª e 8ª Promotorias de Justiça.

Ademais, o próprio Decreto 6.660/2008, disciplina que os remanescentes de vegetação nativa primária e vegetação nativa secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração, não interferem em áreas já ocupadas com cidades, como é o caso dos autos.

Com estes fundamentos, acolho a pretensão da agravante no tocante à legalidade da supressão de vegetação promovida, assistindo razão o pleito do agravante neste instrumento e da municipalidade agravante, nas suas razões lançadas ao tópico 3.4, das suas razões de recurso, lançadas no agravo de instrumento tombado sob o nº 0006253-04.2014.8.05.0000.

Conclusão

Ante o exposto, o voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para reformar in totum a decisão objurgada, reconhecendo a legalidade e validade dos procedimentos realizados pelo agravante, em atenção e respeito aos Termos de Ajustamento de Conduta – TACs já firmados pelas 5ª e 8ª Promotorias de Justiça e Cidadania, aos quais confere legitimidade, decidindo, ainda, nos seguintes termos:

1) Restabelecer os efeitos jurídicos da licença ambiental para intervenção/ponte sobre o Rio Trobogy/Via Marginal/Obre de Arte, fruto da Resolução COMAM 041/2011;

- 2) Restabelecer os efeitos jurídicos das deliberações tomadas na Primeira Sessão Ordinária do ano de 2012 do COMAM, ocorrida em 06/12/2012;
- 3) Autorizar o agravante e as construtoras Mirel e CEP Indústria e Comércio a continuarem com as obras;
- 4) Em caso de necessidade de novas licenças, autorizar à SUCOM que, atendidos os requisitos legais, as conceda.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL N.º 0547438-59.2014.8.05.0001, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JUNIOR, JULGADO EM 17.08.2015.

APELAÇÃO CÍVEL. TERMO INDIVIDUAL DE ADESÃO ÀS ALTERAÇÕES DO REGULAMENTO DO PLANO PETROS DO SISTEMA PETROBRAS. REPACTUAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INVIABILIDADE. OPÇÃO POR NOVO REGULAMENTO.

O termo de repactuação firmado pelas partes importa em renúncia ao direito assegurado pelo art. 41 do Plano de Benefícios da PETROS de ter sua complementação de aposentadoria reajustada pelo mesmo índice de aumento do pessoal da ativa e no mesmo mês de concessão.
As partes celebraram típico negócio jurídico, o qual somente pode ser anulado se constatado defeito que macule o ato celebrado, o que não é o caso dos autos.
RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº **0547438-59.2014.8.05.0001**, em que figuram, como apelante, **EDSON MARINHO** e, apelada, **PETROS - FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL**,
Acordam os Desembargadores, componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **NEGAR PROVIMENTO ao recurso**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença de fls. 456/473 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 27ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador/BA que, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA** proposta por **EDSON MARINHO** em face da **PETROS - FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL**, julgou improcedente o pedido, por entender não ser cabível a inclusão dos avanços estabelecidos em acordo coletivo nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada, por haver autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar.
Inconformado com os termos da sentença que extinguiu o processo com base no inc. I do art. 269 do CPC, o autor interpôs **recurso de apelação** de fls. 477/489, pugnando pela reforma integral da sentença, para que seja julgada procedente a ação, conforme itens 3, 4, 5, 6 e 7 da petição inicial, condenando ainda a acionada ao pagamento de honorários advocatícios.

Nas contrarrazões, de fls. 492/517, em síntese, a PETROS - FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL, sustenta que a tabela salarial só pode ser aplicada aos empregados ativos, uma vez que regula condições de trabalho, não se relacionando com a condição dos aposentados e/ou pensionistas.
Ao final, pugna pelo improvimento do recurso, mantendo-se integralmente a sentença, pelos seus próprios fundamentos.
É o relatório.

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.
O cerne da questão cinge-se em saber se a concessão de um nível salarial para os empregados da ativa pode ser estendida aos empregados inativos.
Incontroverso nos autos que os reajustes entre os empregados ativos e os aposentados está assegurado no Regulamento do Plano de Benefícios – Petros, que, em seu art.41, dispõe:

Os valores das suplementações de aposentadoria, de auxílio-doença, de pensão e de auxílio-reclusão, serão reajustados nas mesmas épocas em que forem feitos os reajustamentos salariais da Patrocinadora.

Logo, restaria evidente que todo e qualquer reajuste salarial concedido aos empregados da ativa deve ser estendido, também, aos aposentados, sob pena de ferir a isonomia assegurada em norma regulamentar.
Entretanto, colhe-se dos autos que o recorrente e a recorrida firmaram termo de repactuação (fls. 392/394), através do qual o apelante abdicou do direito assegurado pelo art. 41 do Plano de Benefícios da PETROS de ter sua complementação de aposentadoria reajustada pelo mesmo índice de aumento do pessoal da ativa e no mesmo mês de concessão.
Assim, percebe-se que as partes celebraram típico negócio jurídico, o qual somente pode ser anulado se constatado defeito que macule o ato celebrado, o que não é o caso dos autos.
O termo assinado pelo autor traz a sua concordância com as alterações do Regulamento, ao mencionar que o signatário estava exercendo “em caráter irrevogável e irretratável, extensivo aos meus herdeiros e sucessores, a minha opção pelas novas regras do Plano Petros do Sistema Petrobras, em relação à alteração dos artigos 41 e 42, bem como, eventualmente, em outros artigos do referido Regulamento relacionados diretamente com a proposta da Companhia, conforme previsto no Acordo de Obrigações Recíprocas [...]”(fl. 394).
Impende ressaltar, ainda, que, na oportunidade que teve em falar sobre os documentos colacionados aos autos na defesa do acionado, o recorrente não logrou êxito em comprovar qualquer prejuízo advindo da sua adesão à repactuação do plano de benefícios. Lado outro, também não há que se falar em existência de vício a macular a manifestação de vontade expressa no documento de repactuação.

Dessa forma, conclui-se que o apelante optou livremente em aderir à repactuação, tendo a percepção exata das condições oferecidas pelo novo plano, recebendo, inclusive, a importância estipulada no item 8 daquele termo (no mínimo, R\$15.000,00).

Sobre o assunto, vejamos:

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO - REEXAME NECESSÁRIO - NÃO CONHECIMENTO - PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - REPACTUAÇÃO - PLANO “PETROS 2” - INCENTIVO PARA MIGRAÇÃO - IMPOSTO DE RENDA - NATUREZA REMUNERATÓRIA. 1. A Petrobrás propôs aos antigos empregados a repactuação da forma de reajuste dos proventos e pensões, transferindo-os para o novo sistema do Plano “PETROS 2”, pagando-lhes valor monetário, pré-fixado em 03 (três) salários benefícios ou R\$ 15.000,00, o que fosse maior, caso a categoria, maciçamente, aderisse à cláusula de repactuação que autorizasse a majoração da taxa de contribuição para manutenção do Fundo de Pensão. 2. Os valores foram pagos como incentivo à migração de plano, tendo havido inequívoca ponderação de interesses, facultando-se aos participantes que optassem pela manutenção dos critérios de reajuste então vigentes ou, alternativamente, os modificassem, o que ensejaria o recebimento imediato da gratificação proposta. 3. O valor recebido pelos autores, no momento em que livremente optaram pela repactuação do plano de previdência privada, tem natureza remuneratória, inserindo-se na hipótese prevista do art. 43 do Código Tributário Nacional. (TRF-3 - AC: 10079 SP 0010079-57.2011.4.03.6103, Relator: JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, Data de Julgamento: 07/03/2013, SEXTA TURMA)

RECURSO DE REVISTA. TERMO INDIVIDUAL DE ADESÃO ÀS ALTERAÇÕES DO REGULAMENTO DO PLANO PETROS DO SISTEMA PETROBRAS. REPACTUAÇÃO. O acórdão regional registra que o reclamante aderiu à proposta de alteração do Regulamento do Plano Petros, especificamente, em relação ao artigo 41 e recebeu vantagem financeira vinculada à adesão mediante assistência sindical. Não ficou evidenciada a existência de vício de vontade na adesão. Assim, o entendimento adotado pelo Regional está em consonância com a Súmula 51, II, desta Corte, na medida em que a opção do empregado pelas novas regras de reajustamento do benefício previdenciário previstas no regulamento do plano Petros implica renúncia às regras primitivas constantes do referido plano. Precedentes . Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 26184620105020046 , Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERMO INDIVIDUAL DE ADESÃO ÀS ALTERAÇÕES DO REGULAMENTO DO PLANO PETROS DO SISTEMA PETROBRAS. REPACTUAÇÃO. Consoante explicitado n o acórdão regional, os empregados que assinaram o termo de repactuação, por meio da qual se propôs a alteração do cálculo inicial e da forma de reajuste do benefício de complementação de aposentadoria, optaram pelo índice do IPCA para o reajuste dos seus benefícios, desvinculando-se das regras primitivas previstas na redação original dos arts. 41 e 42 do regulamento do plano da Petros. Na espécie, registrou-se que não houve vício de vontade na adesão, com maciça participação sindical, com ampla divulgação da repactuação e percepção de incentivo financeiro. Entendimento diverso implicaria o revolvimento do quadro fático

externado. Óbice da Súmula 126. Tal como proferida a decisão recorrida deu efetividade à compreensão da Súmula nº 51, II, desta Corte. O acórdão está em consonância com a jurisprudência sedimentada desta Casa. Óbice da Súmula 333 e art. 896, § 4º, da CLT para o prosseguimento da revista. Agravo de instrumento não provido. RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELA RECLAMADA PETROS. Tendo em vista que o agravo de instrumento interposto pelos reclamantes não foi provido, o que resulta na manutenção do despacho que denegou seguimento ao recurso principal, fica prejudicado o exame do recurso de revista adesivo da reclamada PETROS, nos termos do art. 500, III, do CPC. Recurso de revista adesivo prejudicado. (TST - AIRR: 20282920105040203 , Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 18/06/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REPACTUAÇÃO DO PLANO PETROS. OPÇÃO POR NOVO REGULAMENTO. RENÚNCIA ÀS REGRAS DO ANTIGO. É legítima a aplicação do novo Regulamento ao aposentado e pensionista da PETROBRAS que a ele aderiu expressamente, mediante livre manifestação de vontade, além de compensação financeira. O Tribunal Superior do Trabalho, nas Súmulas nos 51, II, e 288, II, consagrou o entendimento de que, na coexistência de dois regulamentos na empresa, a opção do empregado por um deles implica renúncia às regras do outro. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 13364520105010031, Relator: Cláudio Soares Pires, Data de Julgamento: 06/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014)

Vale destacar, ainda, o teor da Súmula 51, II, do TST, a qual preconiza que a opção do empregado por um dos regulamentos coexistentes na empresa implica renúncia às regras do sistema do outro, senão vejamos:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex- Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)
II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

A título de argumentação, oportuno salientar que os direitos versados na repactuação não se confundem com direitos de índole indisponível, mas sim de meras repercussões patrimoniais. Revela-se, assim, plenamente válida a repactuação do plano de complementação de aposentadoria, inviabilizando, desta forma, a pretensão do recorrente de pagamento da diferença decorrente da complementação de aposentadoria.
Isto posto, e por tudo mais que dos autos consta, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso interposto.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000141-97.2014.8.05.0168, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª REGINA HELENA RAMOS REIS, JULGADO EM 31.03.2015.

- AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ANOTAÇÃO INDEVIDA POR SERVIÇO NÃO CONTRATADO. INSCRIÇÃO IRREGULAR NO SERASA. MANTIDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MULTA DIÁRIA LEGITIMAMENTE FIXADA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDAMENTE FIXADOS. RECURSO IMPROVIDO.
1. A inscrição indevida gera dano moral in re ipsa em razão do ilícito praticado, o qual atinge a esfera dos direitos da personalidade do consumidor, sendo desnecessária a prova do efetivo prejuízo.
 2. In casu, não se pode falar que a imagem do consumidor já havia sido abalada por inscrições anteriores, uma vez que foi posta em dúvida a legitimidade dessas com o ajuizamento das respectivas ações – a afastar a Súmula nº. 385 do STJ.
 3. A reparação moral tem dupla função: compensatória com fito de reparar o dano e punitiva, leia-se pedagógica e preventiva, visando desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita, cabendo observar-se a condição econômica do ofensor e o do ofendido a evitar-se enriquecimento ilícito. Observa-se que, no caso dos autos, a quantia fixada atende aos requisitos balizadores, não merecendo qualquer reparo.
 4. Também não merece guarida a irresignação acerca da multa diária, uma vez que os §§4º e 5º do art. 461 c/c o art. 644 do CPC assentem ao magistrado tal providência.
 5. Mantidos os honorários sucumbenciais fixados, porquanto em consonância com o estabelecido no §3º do art. 20 do CPC.
 6. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Apelação n. 0000141-97.2014.8.05.0168, em que é recorrente Embratel - Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e recorrido Uílson Moura de Andrade.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **negar provimento ao apelo interposto**, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido indenizatório, em que passo a adotar o relatório da sentença de fls. 83/92, proferida pela MM Juíza de Direito da Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Monte Santo, que julgou procedente a ação, nos seguintes termos:

“...Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO CONTIDO NA INICIAL, sendo extinto o processo com resolução de mérito, na forma do art. 269, I do CPC, declarando a inexistência do débito aludido pelo(a) requerido(a) e, por consequência, impondo o(a) requerido(a) a obrigação de excluir o nome do(a) requerente dos cadastros de proteção ao crédito, no prazo de 05 (cinco dias), sob pena de multa diária no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), assim como CONDENO a parte requerida a pagar ao requerente, a título de danos morais, a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescida de: 1- Correção monetária a partir da presente sentença, nos termos da Súmula

362 do STJ - “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.” 2- Juros moratórios a partir do evento danoso, porquanto se trata de responsabilidade extracontratual, até a data do efetivo pagamento, juros estes que deverão ser calculados à razão de 1% (um por cento), face ao disposto no art. 406, do referido diploma legal. 3- Custas processuais, custeadas pela parte ré, e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento), ambas com base no valor da condenação, devidamente atualizada pelos critérios acima estipulados, sendo cediço que, em casos de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (Súmula 326 do STJ - “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”). Publique-se, registre-se e intime(m)-se.

Recorreu a Embratel, tecendo as considerações de fls. 96 à 111, a defender a legalidade da inscrição do nome do apelado, afirmando que jamais atuou com negligência; e que, mesmo que tenha ocorrido fraude na utilização dos documentos do recorrido para a contratação de serviço, também teria sido lesada. Alega ser impossível a sua responsabilização, porquanto entende que “o autor teve participação nas ocorrências registradas” (sic. fl. 102), de modo a restar configurada a excludente de responsabilidade do fornecedor prevista no inciso II do § 3º do art. 14 do CDC. Assim, insurgiu-se o recorrente contra a existência de dano moral no caso concreto, a salientar a ausência de defeito na prestação de serviços, bem como contra o valor fixado a título de indenização, R\$8.000,00 (oito mil reais), que entendeu exorbitante. Irresignou-se contra a fixação de multa diária para o descumprimento da obrigação de fazer e da fixação dos honorários de sucumbência em 20% sobre o valor da condenação; pretendendo, assim, o provimento do apelo para a reforma do julgado.

Ofertadas contrarrazões às fls. 116/119, alegando que não se aplica o teor da Súmula 385 do STJ, sendo ilegítimas as demais inscrições, todas advindas de fraude nos documentos do apelado e contestadas judicialmente, assevera que a empresa recorrente não agiu com cautela, impondo-se uma reavaliação no modo como efetiva suas contratações, pois sua atuação, tal como está, vem causando dano a terceiros. Defende a fixação de multa diária como meio coercitivo de garantir a obrigação de fazer determinada na sentença e a manutenção dos honorários sucumbenciais tais como fixados na r. sentença.

Submetido o relatório ao crivo da revisão, esta pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito

A análise dos fatos alegados e da documentação carreada aos autos, conduz ao entendimento de que o apelado, embora não tenha solicitado qualquer serviço perante a empresa apelante, teve seu nome inscrito no rol de maus pagadores, decorrentes de despesas advindas dessa contratação inexistente.

A questão posta nos autos versa sobre relação de consumo (artigos 2º e 3º do CDC), devendo por óbvio aplicar-se os princípios e regras contidos no Código de Defesa do Consumidor.

Acrescenta-se que dispõem os arts. 6º, VIII, e 14, caput, da Lei nº 8.078/90 (CDC), acerca da inversão do ônus da prova, que é a medida que se impõe ao caso.

Com a inversão do ônus da prova, incumbia à ré, ora apelante, em primeiro lugar, a produção de prova sobre a contratação e sobre o débito em aberto; entretanto, como visto, a empresa apelante não se desincumbiu do ônus da prova quanto à efetiva contratação, limitando-se a argumentar que também poderia ter sido vítima de fato terceiro.

O apelado, por sua vez, demonstrou que houve a negativação indevida de seu nome (fl. 21), no tocante a despesas oriundas de serviço não solicitado e/ou usufruído pelo consumidor. Frisando-se que, embora o recorrido alegue que havia outras prévias inscrições do CPF do recorrido no SERASA, o recorrente demonstrou que não admitia a legitimidade delas, já tendo se insurgido contra cada uma delas judicialmente (fls. 80/81), a afastar o teor da Súmula 385³ do STJ.

Assim é que ficou evidenciada a má prestação da EMBRATEL, justificando-se o reparo pelo dano moral, no caso concreto, uma vez que cabia a ela única e exclusivamente a conferência da regularidade dos débitos levados aos órgãos de proteção ao crédito. Sendo certo que o mero protesto do título ou anotação perante órgãos de restrição ao crédito estão aptos a configurar o dano moral. Desnecessária qualquer outra providência, posto que a anotação perante SPC ou SERASA faz causar danos irreparáveis à imagem e boa fama de qualquer cidadão, notadamente quando se trata de protesto indevido. A inscrição impede compra a crédito, abertura e movimentação de conta bancária, além de outras restrições.

Seguindo a linha de raciocínio acima traçada, precedentes jurisprudenciais:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO IN RE IPSA. REVISÃO DE VALOR. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Tribunal de origem, apreciando as peculiaridades fáticas da causa, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral deduzido em desfavor da agravante, tendo em conta a inscrição indevida do nome da parte agravada nos cadastros de proteção ao crédito. 2. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de comprovação do dano moral, que decorre do próprio fato da inscrição indevida em órgão de restrição ao crédito, operando-se in re ipsa.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 243.545/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 07/12/2012). Negritou-se.*

*“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. DANO MORAL. ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DO DANO E DO VALOR ARBITRADO. INVIABILIDADE. SÚMULA N.7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. **É entendimento pacífico desta Corte que o dano moral sofrido em virtude de indevida negativação do nome se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova.** 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático- probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.3. Somente em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado ser irrisório ou exorbitante o valor da indenização por dano moral, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão da quantia fixada.4. No caso concreto, a indenização decorrente da indevida inscrição do nome da autora em órgão de restrição de crédito não se revela exorbitante.5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.” (EDcl no AREsp 15.616/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 30/10/2012).*

3 Enunciado n. 385 da Súmula do STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Negritou-se.

APELAÇÃO CÍVEL - NOME NO SPC - INSCRIÇÃO INDEVIDA - AUSÊNCIA DE PROVA DA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS - DANO MORAL PURO RECONHECIDO - JUROS MORATÓRIOS - SÚMULA 54 DO STJ. - A inscrição indevida do nome no SPC gera o reconhecimento do dano moral puro indenizável. - Os juros moratórios nas relações extracontratuais são fixados a partir da data do ilícito praticado. (TJ-MG , Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata, Data de Julgamento: 01/08/2013, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL)

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REGISTRO DO NOME DO CONSUMIDOR NO ROL DOS INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. O VALOR FIXADO PELO JULGADOR DEVE ATENDER ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. Se o consumidor não reconhece o contrato, objeto da negativação, firmado com o prestador de serviços, cabe a este a prova da relação jurídica a fim de constatar a legalidade das cobranças efetuadas e da inscrição do nome do consumidor no cadastro de proteção ao crédito, na forma do art. 6º, VIII, do CDC. A autora/apelada demonstrou, às fls. 16, restrição de seus dados cadastrais junto a órgão de proteção ao crédito, em razão de contrato que ela não reconhece. A apelante, por sua vez, não trouxe elementos aptos a desconstituírem as alegações iniciais. É que os dois contratos de empréstimo especificados na defesa (n.º 5849830 e 7713835) divergem daquele indicado pelo órgão de proteção ao crédito(n. 00006038995). Por outro lado, a alegação do apelante de que o contrato que gerou a negativação corresponde a uma prorrogação automática do 5849830, sem ônus para o cliente, não encontra guarida nos elementos de prova dos autos, que não fazem qualquer referência ao contrato objeto da lide e constante na restrição cadastral do SPC. Vale gizar, que o extrato constante das fls. 65 não se presta a tal desiderato, posto que se trata de documento unilateral. Embora evidente os danos morais, considerando-se o contexto dos autos, a quantia de R\$ 6.780,00 é desproporcional. Isso porque, o documento de fls. 25/26 demonstra que a apelada encontra-se com restrições cadastrais de outros órgãos. Sendo assim, apesar de caracterizado, o dano moral que, na espécie, possui natureza in re ipsa, o quantum fixado a título de reparação, deve obedecer à razoabilidade. Por prudente, reduz-se o quantum indenizatório para R\$ 5.000,00, corrigido de acordo com os parâmetros estabelecidos na sentença. Trata-se de quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de inibir a reiteração da conduta ilícita e, de outro lado, a de reparar o dano moral suportado, sem representar enriquecimento ilícito do do autor. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-BA - APL: 0001829-53.2012.8.05.0172, Data de Julgamento: 11/02/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 19022014).

Nessa esteira, conforme bem salientado no julgado trazido acima, o quantum fixado a título de reparação, deve obedecer à razoabilidade; logo, para aferição do valor correspondente à indenização devida a título de dano moral, é necessário verificar o bem jurídico lesado, a intensidade da culpa, as consequências advindas do ato ilícito, as condições econômicas do ofensor e do ofendido etc. – os quais balizam a finalidade reparatória – e, ainda, verificar se a quantia fixada está apta a inibir a reiteração da conduta ilícita.

A respeito, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“(…) Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano

moral. (...) Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússula norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes” (‘Programa de Responsabilidade Civil’, Editora Atlas, 8ª edição, 2009, pág. 91/93).

Desse modo, valor razoável é aquele que, a um só tempo, destina-se a compensar o lesado e a desestimular aquele que lesa, sem proporcionar enriquecimento ilícito.

No caso em tela, o apelado teve seu nome inscrito em cadastro de inadimplentes, SERASA, fato que, por si só, causa constrangimentos, em virtude do indevido apontamento. De outro lado, a empresa de telecomunicações responsável pelo ato pode suportar indenização por dano moral, sendo desarrazoado afirmar que, aplicando-se a regra da experiência comum, como faculta o art. 335 do CPC, seria exorbitante a quantia fixada pelo magistrado, a qual totalizou R\$8.000,00 (oito mil reais) – valor que se compreende equitativo, a guardar relação com a lesão sofrida, mostrando-se compatível com as peculiaridades do caso concreto e com os critérios adotados na jurisprudência.

Não merece guarida a irresignação da apelante acerca da multa diária, a defender que não seria cabível na espécie, uma vez que os §§4º e 5º do art. 461 c/c o art. 644 do CPC deferem ao magistrado a possibilidade de adotar tal providência, como se depreende das transcrições abaixo:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.

Por fim, conclui-se que não há razões para minorar os honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 20% sobre o valor da condenação, tendo em vista que o percentual fixado pelo Juízo a quo atende ao quanto disposto no §3º do art. 20 do CPC.

Feitas as considerações acima, outra não poderia ser a solução da lide, senão a de manter a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Conclusão

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**, mantendo a sentença guerreada.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL Nº 0172386-77.2007.8.05.0001, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JUNIOR, JULGADO EM 14.09.2015.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. EXISTÊNCIA DE DÉBITO DECORRENTE DE CONTRATO COM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA QUANDO A NEGATIVAÇÃO FOR ORIUNDA DE PROTESTO DE TÍTULOS. PROTESTO DEVIDO. DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS SUFICIENTES À APRECIÇÃO DA LIDE. DESNECESSÁRIA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Restou demonstrado nos autos que o Apelante deixou de efetuar o pagamento de parcela mensal do semestre 2003.1, apenas efetuando-a em 23/07/07. O protesto gerado condiz com a data de inadimplência, sendo devido, portanto.

A comunicação prévia quando a negativação se tratar de protesto de títulos mostra-se desnecessária, haja vista que o próprio protesto supre a publicidade necessária.

Recurso conhecido e improvido, sentença de improcedência mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº **0172386-77.2007.8.05.0001**, tendo como apelante **MARCIO MOREIRA BORRI** e apelada **FTC - FACULDADE DE TECNOLOGIA E CIÊNCIA**,

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade**, em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** à apelação de Marcio Moreira Borri, **com base no voto condutor**.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença de fls. 125/128, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 29ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca desta Capital que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais nº 0172386-77.2007.8.05.0001, julgou improcedente o pedido formulado, extinguindo o processo com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC, sob o fundamento de que o protesto questionado ocorreu em 09/09/2004, época em que o Autor encontrava-se em débito com a acionada.

Ainda, condenou a parte autora/Apelante, em honorários sucumbenciais de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, deixando os mesmos de serem exigíveis por ser a parte beneficiária da gratuidade de justiça.

Irresignado com o decisum, Marcio Moreira Borri apelou, às fls. 130/134, aduzindo, em síntese, que o protesto feito em 09/09/2004, no valor de R\$208,45 (duzentos e oito reais e quarenta e cinco centavos), não especifica do que se trata, tendo sido informado pela Apelada que se tratava de parcela já paga pela Apelante. Alega, ainda, que na contestação consta a informação de que o protesto se deu por atraso na parcela de março, a qual já estava paga.

Alega ter tomado conhecimento do protesto após ter o seu crédito no sistema de habitação negado, não tendo sido comunicado previamente acerca do protesto, submetendo-lhe a vexame.

Sustenta que a decisão a quo fere o devido processo legal e o contraditório, haja vista que o Magistrado não considerou a inversão do ônus da prova, acreditando que o autor somente comprovou o pagamento das parcelas referentes aos meses de fevereiro e março, não tendo demonstrado o mês de maio.

Sustenta, ainda, a existência de dano material relativo aos valores gastos em transporte nas idas e vindas na empresa Ré, e nos valores pagos pela emissão das certidões perante o Cartório do 4º Ofício de Protestos, no valor de R\$200,00 (duzentos reais).

Requer seja o recurso provido, reformando a sentença em sua totalidade, de modo a determinar o dano moral em favor do consumidor, decorrente da inscrição indevida no cadastro de restrição ao crédito.

Recebida a apelação nos seus regulares efeitos, em que pese a apelada tenha sido intimada para apresentar contrarrazões, esta deixou transcorrer o prazo in albis, consoante certidão de fls. 136.

Os autos foram encaminhados a esta Superior Instância, sendo distribuído para a Primeira Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a sua relatoria.

É o sucinto relatório que ora submeto à douta Revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, conheço dos recursos.

O Apelante/Autor, ajuizou a presente demanda com o fito de obter indenização por danos morais e materiais decorrentes de protesto de título oriundo de inadimplência de parcela em contrato com instituição de ensino superior, a qual alega estar quitada.

O Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, sob a justificativa de que o credor agiu no regular exercício do direito ao encaminhar o título ao protesto, haja vista a comprovação de inadimplência do autor.

Pois bem, o dano moral é aquele que afeta a paz interior da pessoa lesada, atinge seu sentimento, o decoro, o ego, a honra, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas causa dor e sofrimento.

No que diz respeito à prova desta espécie de dano, impende considerar que, por se cuidar de atentado contra a personalidade, isto se passa no interior da pessoa, sem qualquer reflexo exterior.

Contenta-se tal dano, portanto, com a prova do ilícito, sendo flagrante o constrangimento causado pela inscrição indevida naqueles cadastros.

Cumpra ressaltar que, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular nesse cadastro.

Ocorre que, da análise dos autos, verifica-se que o apelante Marcio Moreira Borri teve seu nome inscrito nos órgãos restritivos de crédito pela FTC - Faculdade de Tecnologia e Ciência - e, ainda, que não efetivou o pagamento da parcela referente ao semestre de 2003.1, apenas, efetuando-a em 23/07/2007, consoante documento de fl. 40.

O protesto da parcela em aberto, por sua vez, se deu em 09/09/2004, consoante se extrai de cópia da certidão positiva da central de protesto, colacionada à fl. 13 dos autos.

Ao contrário do que afirma o Recorrente, descabe na presente hipótese a inversão do ônus da prova, haja vista que a Ré/Recorrida, juntou aos autos a documentação comprobatória do inadimplemento do Autor (fl. 40) em sede de contestação. Regularmente intimado para se manifestar acerca de tal documento, deixou de impugná-lo, limitando-se apenas a afirmar que o depoimento da parte Ré encontrava-se em dissonância com a fundamentação elencada em sede de contestação.

In casu, não se desincumbiu o Autor/Recorrente de comprovar o devido pagamento da parcela, débito este que apenas veio a ser quitado 23/07/2007.

Ainda, o fato de ocorrer dissonância entre o depoimento colhido em audiência e a fundamentação da contestação não é capaz de ilidir o fato de que o Autor deixou de efetuar o pagamento da parcela, especialmente ante a documentação comprobatória existente nos autos.

Ademais, não há de prosperar a fundamentação do Apelante de que não houve notificação acerca do protesto. A jurisprudência pátria tem firmado o entendimento no sentido de que se mostra desnecessária a notificação prévia nos casos de negativação por protesto de títulos, haja vista que o próprio protesto do título, *per si*, já supre a publicização necessária. A respeito do quanto afirmado, assim versa a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÕES EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PROTESTO DE TÍTULOS. DICOTOMIA ENTRE AS SITUAÇÕES. PUBLICIDADE DOS ATOS. EQUIPARAÇÃO DA INTIMAÇÃO DO PROTESTO DE TÍTULOS COM A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS. A finalidade da intimação do protesto, exigida pelo disposto no art. 14 da Lei nº 9.492/97, e da notificação prévia para o cadastramento em órgão de proteção ao crédito, § 2º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, é a mesma. Ambas têm como finalidade precípua a cientificação do apontado devedor da restrição a ser imposta contra o seu nome, possibilitando, quiçá, o pagamento da dívida ou sua contestação. Ora, se são equivalentes, não há motivos para que se exija nova comunicação do suposto devedor. APELAÇÃO PROVIDA DE PLANO. RECURSO ADESIVO JULGADO PREJUDICADO. (Apelação Cível Nº 70054209390, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 23/04/2013)
(TJ-RS - AC: 70054209390 RS , Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Data de Julgamento: 23/04/2013, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2013)

Desta feita, não se vislumbra nos autos qualquer ilegalidade praticada pela instituição de ensino na efetivação do protesto do título inadimplido, a qual se encontra em exercício regular do seu direito, sendo descabido, pois, o pleito de indenização por danos morais e materiais.

Por fim, inexistindo ilegalidade no ato praticado pela Ré/Recorrida, não há que se falar também em indenização por danos materiais. Ademais, inexistente nos autos, também, qualquer prova acerca do quantum pretendido a esse título.

Assim, a negativação do nome do apelante Marcio Moreira Borri nos órgãos de restrição ao crédito constituiu uma conduta lícita, não sendo cabível a indenização pleiteada pelo Recorrente.

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, conhece-se do presente apelo, negando-lhe provimento, para manter a sentença do Juízo a quo em todos os seus termos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.



TJBA – AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0002882-95.2015.8.05.0000, QUARTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. ROBERTO MAYNARD FRANK, JULGADO EM 08.09.2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DE UNIDADE RESIDENCIAL. DECISÃO DO JUÍZO DE ORIGEM QUE DEFERIU O PAGAMENTO DE DESPESA A TÍTULO DE ALUGUEL, À ORDEM DE 0,8% DO VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL. REFORMA PARCIAL, TÃO SOMENTE, PARA LIMITAR O PAGAMENTO MENSAL A TÍTULO DE ALUGUEL ATÉ A DATA DA EFETIVA ENTREGA DO BEM. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

In casu, é certa a necessidade de moradia dos Agravados (*periculum in mora inverso*), presumindo-se, assim, o prejuízo dos consumidores pelo atraso da entrega do bem, pois o que geralmente ocorre é a aquisição de uma unidade residencial destinada à habitação própria, excepcionalmente para locação ou investimento. Cabível o pagamento dos custos dispendidos a título de aluguel, conforme decisão da magistrada *a quo*, porém mister se faz ressaltar que tal obrigação persistirá até a data da efetiva entrega das chaves, conforme entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0002882-95.2015.8.05.0000, de Salvador, em que são partes, como Agravante, **Queiroz Galvão Itaigara Desenvolvimento Imobiliário Ltda.** E, como Agravado, **Carlos Antonio Rodrigues do Nascimento**.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **conhecer e dar provimento em parte ao recurso de agravo de instrumento**, pelas razões que integram o voto condutor.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 18ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador/Ba, que concedeu a tutela antecipada, para ordenar que a parte acionada, ora Agravante, arque doravante com o custo do pagamentos dos aluguéis da parte autora, à ordem de 0,8% (zero vírgula oito por cento) do valor atualizado do imóvel, com fundamento no princípio da bilateralidade dos contratos. Além de fixar multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês, para o caso de descumprimento da ordem e determinar a inversão do ônus da prova, com esteio no art. 6º, VIII, do CDC.

A Agravante aduz, preliminarmente, a perda do objeto da decisão agravada, sob a justificativa de que *há mais de quatro meses os Agravados se encontram imitados na posse do imóvel objeto da demanda originária*.

Sustenta que deve ser reformada a decisão de piso, pois não há que se falar em qualquer descumprimento contratual por parte da empresa Agravante, já que o atraso nas obras se deu por força de situações que fogem da sua vontade, a saber, fortes chuvas e greves na construção civil, configurando caso fortuito e força maior, que a eximiriam de sua responsabilidade.

Acrescenta que o HABITE-SE fora concedido em 07/04/2014, ocasião em que o imóvel já estava à disposição dos Autores/Agravados para a realização da vistoria e consequente recebimento das chaves. Dessa forma, *apenas não foram imitados na posse do imóvel antes do mês de outubro de 2014, porque não compareceram para a realização da vistoria final, nem procederam ao pagamento da parcela correspondente ao saldo devedor, que já se encontrava vencida*.

Postula a concessão de efeito suspensivo, ao argumento de que a determinação lhe causará lesão grave e de difícilima reparação, e, no mérito, seja dado provimento ao recurso com a consequente cassação da decisão agravada. Ou, como pedido sucessivo, que seja possibilitado à Agravante proceder ao depósito judicial do valor nos termos pactuados entre as partes, conforme subcláusula 10.03, devendo tal valor permanecer à disposição do juízo até provimento final da demanda.

Às fls. 224/225 foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso.

Às fls. 228/238, o Agravado apresentou suas contrarrazões, sustentando que a obrigação da construtora Agravante não resta cumprida com a emissão do Habite-se, além de que há enorme diferença entre a expedição deste “habite-se” e a efetiva entrega do bem. Pugnou, assim, pelo improvimento recursal e manutenção da decisão agravada em sua integralidade.

Informações do Juízo a quo, à fl. 239.

É o relatório.

Isentos de revisão, peço pauta.

VOTO

Contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 18ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador/Ba, que concedeu a tutela antecipada, para ordenar que a parte acionada, ora Agravante, arque doravante com o custo do pagamentos dos aluguéis da parte autora, à ordem de 0,8% (zero vírgula oito por cento) do valor atualizado do imóvel, com fundamento no princípio da bilateralidade dos contratos. Além de fixar multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês, para o caso de descumprimento da ordem e determinar a inversão do ônus da prova, com esteio no art. 6º, VIII, do CDC.

A Agravante aduz, preliminarmente, a perda do objeto da decisão agravada, sob a justificativa de que *há mais de quatro meses os Agravados se encontram imitados na posse do imóvel objeto da demanda originária*.

Sustenta que deve ser reformada a decisão de piso, pois não há que se falar em qualquer descumprimento contratual por parte da empresa Agravante já que o atraso nas obras se deu por força de situações que fogem da sua vontade, a saber, fortes chuvas e greves na construção civil, configurando caso fortuito e força maior que a eximiriam de sua responsabilidade.

Acrescenta que o HABITE-SE fora concedido em 07/04/2014, ocasião em que o imóvel já estava à disposição dos Autores/Agravados para a realização da vistoria e consequente recebimento das chaves. Dessa forma, *apenas*

não foram imitados na posse do imóvel antes do mês de outubro de 2014, porque não compareceram para a realização da vistoria final, nem procederam ao pagamento da parcela correspondente ao saldo devedor, que já se encontrava vencida.

Postula a concessão de efeito suspensivo, ao argumento de que a determinação lhe causará lesão grave e de difícil reparação, e, no mérito, seja dado provimento ao recurso com a consequente cassação da decisão agravada. Ou, como pedido sucessivo, que seja possibilitado à Agravante proceder ao depósito judicial do valor nos termos pactuados entre as partes, conforme subcláusula 10.03, devendo tal valor permanecer à disposição do juízo até provimento final da demanda.

Não há qualquer dúvida acerca da aplicabilidade do Código do Consumidor, com realce aos princípios da boa-fé objetiva e da equivalência ou justiça contratual ao presente processo.

O cerne da questão diz respeito ao atraso na entrega da obra em Contrato de Compra e Venda de Unidade Imobiliária, que deveria ter ocorrido em abril de 2013, com a tolerância de 120 dias, ou seja, agosto de 2013, restando saber se há possibilidade de pagamento do valor do aluguel do imóvel ao Agravado.

Com efeito, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios tem consolidado o entendimento de que o atraso na conclusão de obra gera o direito ao ressarcimento pelos danos decorrentes do inadimplemento contratual por parte das Construtoras/Incorporadoras, equivalente ao valor do aluguel do imóvel em atraso até a conclusão definitiva da obra.

Pois bem. Embora o referido prazo tenha se esgotado, é fato que o Agravante não trouxe aos autos os documentos por ele mencionados, indispensáveis para a compreensão da controvérsia recursal, sobretudo, o Protocolo de Entrega das Chaves do referido imóvel aos Agravados, limitando-se, apenas, em apontar alegações de que a unidade residencial já estava à disposição dos adquirentes e que, por questões exclusivamente destes, ainda não quitaram a parcela das chaves e não se imitiram na posse do bem.

Vale consignar que é imprescindível a comprovação da efetiva entrega do imóvel, sobretudo porque o pagamento mensal do valor a título de aluguel só é cabível até a efetiva entrega do imóvel, para efeito de subsidiar o custo do aluguel do imóvel onde a parte Autora/Agravada se encontra temporariamente, aguardando a entrega do seu bem.

Verifica-se que é certa a necessidade de moradia dos Agravados (*periculum in mora* inverso), presumindo-se, assim, o prejuízo dos consumidores pelo atraso da entrega do bem, pois o que geralmente ocorre é a aquisição de uma unidade residencial destinada à habitação própria, excepcionalmente para locação ou investimento.

A propósito, muito importante ressaltar que a referida matéria recursal não se confunde com lucros cessantes (eventuais alugueres que o Autor/Agravado poderia auferir sobre o imóvel adquirido junto à ré/Agravante), pois o pleito do referido ressarcimento indenizatório será objeto da decisão final na ação originária.

Caso o autor logre êxito em demonstrar, no curso do feito originário, que efetivamente sofreu prejuízos em razão de conduta antijurídica da Ré/Agravante, deverá ser indenizado, mas não agora, de forma antecipada, pelos motivos aqui destacados.

Em suma, não encontro razão para suspender integralmente a decisão agravada, uma vez que o Agravante não fez prova da efetiva entrega do imóvel aos Agravados, o que, numa cognição sumária, caracteriza-se no *periculum in mora* em favor destes.

Ocorre que é necessário, aqui, nesta Instância Superior, salientar que o pagamento dos valores a título de aluguel somente é plausível até a efetiva entrega do bem, quando desaparece o referido perigo da demora até então presente, requisito sem o qual não se pode falar em antecipação dos efeitos da tutela.

Diante das particularidades da espécie, mostra-se cabível o pagamento do valor do aluguel do imóvel em atraso até a conclusão definitiva da obra.

Por tais considerações, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**, tão somente para limitar o pagamentos dos custos do aluguel dispendidos pelos Agravados até a data da efetiva entrega das chaves, mantendo-se a decisão agravada em seus demais termos.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL N.º 0006196-22.2011.8.05.0022, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DESª. SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF, JULGADO EM 08.09.2014.

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. RECURSO ADESIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA FORMULADOS E NÃO APRECIADO NO PRIMEIRO GRAU. PEDIDOS REITERADOS NO APELO. IMPOSSIBILIDADE DE SER DECLARADA A DESERÇÃO ANTES DA APRECIÇÃO DO PLEITO. PRESUNÇÃO EM FAVOR DO REQUERENTE. DEFERIMENTO DA ASSISTÊNCIA AO REQUERENTE ADESIVO. RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PELO PRIMEIRO APELANTE. ATO INCOMPATÍVEL COM O PLEITO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PEDIDO NÃO CONHECIDO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, AUSÊNCIA DE PROVA E VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO AFASTADOS. CONTRATO DE GESTÃO ENTRE O CO-RÉUS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37 §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU CONTRATUAL PARA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. GESTANTE. EXAME HIV POSITIVO REALIZADO NA DATA DA ADMISSÃO DA PACIENTE NA UNIDADE.FATOCONSTITUTIVODEDIREITOSUFICIENTEMENTEDEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE PROVA NEGATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA COLETA DE OUTRAS AMOSTRAS A SEREM TESTADAS PARA A CONFIRMAÇÃO DO RESULTADO. NÃO ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO PREVISTO EM PORTARIA Nº488/ 1998 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INÍCIO DO TRATAMENTO COM MEDICAÇÃO ESPECÍFICA. AUTORA IMPEDIDA DE AMAMENTAR FILHA RECÉM NASCIDA, ACREDITANDO SER PORTADORA DO VÍRUS HIV. RETESTE FEITO POR CONTA PRÓPRIA, APENAS APÓS ALTA MÉDICA, REVELARAM SOROLOGIA NEGATIVA. PREJUÍZO MORAL CONFIGURADO (IN RE IPSA). COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DE FORMA PROPORCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO INPC A PARTIR DO EVENTO DANOSO, E JUROS DE MORA, NO PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS (ADI 4425), A PARTIR DA PROLAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. APELAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO DO PRIMEIRO APELANTE CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, NEGADO PROVIMENTO. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA. SENTENÇA REFORMADA INCLUSIVE EM REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º 0006196-22.2011.8.05.0022, de Barreiras, sendo apelantes a Associação Obras Sociais Irmã Dulce e o Estado da Bahia e apelante adesivo e apelada Marli Carla de Oliveira.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de sua Turma Julgadora, REJEITAR AS PRELIMINARES e, no mérito, CONHECER EM PARTE E NEGAR PROVIMENTO ao recurso do primeiro apelante, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO DA BAHIA E AO REEXAME NECESSÁRIO.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fl.383/398, que julgou procedente em parte o pedido, condenando o Hospital do Oeste (Associação Obras Sociais Irmã Dulce) ao pagamento de 30 (trinta) salários mínimos a título de reparação por danos morais, acrescidos de correção monetária desde o ajuizamento da ação, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, estendendo ao Estado da Bahia a responsabilização subsidiária pela condenação e, acatando a preliminar de ilegitimidade passiva da SESAB, excluí-la do polo passivo da demanda. Condenou ainda o Hospital do Oeste ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Inconformados, os vencidos interpuseram recursos de apelação simultâneos, fls. 27/32, alegando, a Associação Obras Sociais Irmã Dulce, em resumo, a deserção do recurso, bem como defeito de representação, aduzindo, no mérito, que aplicou ao caso, rigorosamente, o procedimento previsto em Portaria nº448/1998 do Ministério da Saúde, recolhendo duas amostras de sangue para análise e detecção do HIV, sendo inexistente a falha na prestação dos serviços pela recorrente, tendo em vista que ambas deram resultado positivo, sendo a recorrida devidamente informada de que tal resultado não era conclusivo, adotando os procedimentos padrão para evitar-se a contaminação vertical, qual sejam, realização de parto cesáreo, início do uso de medicação AZT na mãe e no recém nascido, com recomendação de não amamentação.

Apontando a inexistência de testes laboratoriais com 100% de sensibilidade e especificidade, sendo possível a ocorrência de falsos positivos ou falsos negativos nas rotinas de laboratório, bem como a inocorrência de tratamento diferenciado ou preconceituoso dispensado à recorrente, assevera o não cabimento dos danos morais, bem como o valor excessivo arbitrado, assim como o não cabimento da condenação em custas e honorários, tendo em vista tratar-se de instituição filantrópica de utilidade pública, requer o provimento do apelo para julgar improcedente o pedido de danos morais, ou a redução do valor arbitrado, bem como seja deferida a justiça gratuita em favor da recorrente, excluindo as condenações em custas e honorários advocatícios.

Às fls. 416/435, o Estado da Bahia apresenta as suas razões de apelação, arguindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva em razão de que a gestão do Hospital Central do Oeste passou a ser de responsabilidade integral da Associação Obras Sociais Irmãs mediante contrato de gestão firmado nos termos da Lei Estadual nº 8.647/2003, apontando ainda a ausência de documento essencial, indispensável à prova ao quanto alegado na inicial, ensejando a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Alega ser subjetiva a responsabilidade do Estado nos casos de eventual falha ou culpa do serviço, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva, pugnando pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e, no mérito, a inexistência de conduta danosa por parte do Estado da Bahia, bem como de demonstração do dano moral supostamente experimentado.

Aduzindo a exorbitância dos danos morais, a impossibilidade de aplicação de juros de 1% ao mês em razão do limite legal estatuído pelo art.1º-F, devendo ser reduzido a 6% ao ano, com termo inicial a partir da prolação da sentença, requer a reforma da sentença para reconhecer a improcedência dos pedidos.

Recurso Adesivo apresentado pela autora de fls.438/462, requerendo assistência judiciária gratuita, aduzindo a legitimidade passiva, responsabilidade solidária e objetiva do primeiro recorrido, na falha da aplicação do procedimento previsto pela Portaria nº448/1998 do Ministério da Saúde, ensejando os danos morais pleiteados, requerendo a reforma parcial da sentença, considerando objetiva e solidária a responsabilidade do primeiro recorrido, declarando a responsabilidade objetiva do segundo recorrido, bem como para majorar o valor da condenação, conforme pedido inicial, bem como os honorários para 20% do valor da condenação.

Contrarrazões em face dos apelos apresentada às fls. 463/487, rechaçando as alegações do recorrente, pugnando pelo seu não provimento.

Apresentadas ainda contrarrazões ao apelo adesivo, às fls.491/495, e fls.496/511, respectivamente pela Associação Obras Sociais Irmã Dulce e Estado da Bahia, o primeiro aduzindo a deserção do recurso, por ausência de preparo, vez que o pedido de assistência judiciária feito em peça recursal é mera reiteração do pedido feito no primeiro grau e não apreciado pelo Juízo *a quo*, apontando vício de representação, a ensejarem a negativa de seguimento ao recurso, pugnando, ambos os recorridos pelo não conhecimento ou não provimento do recurso adesivo.

Elaborei o presente relatório que submeto ao exame do eminente Desembargador Revisor.

VOTO

Trata-se aqui, como visto, de ação de indenização por dano moral em razão de erro na conclusão do diagnóstico de HIV positivo sem realização de contraprova, ao ingressar na emergência da unidade hospitalar denominada Hospital do Oeste, com sinais de parto prematuro, sendo impedida de amamentar sua filha recém-nascida sendo, ambas, submetidas a tratamento com medicamento AZT.

Inicialmente afasto a preliminar de deserção do recurso adesivo, trazida à baila pela Primeira Apelante, tendo em vista que, diante do não indeferimento expresso da gratuidade da Justiça no primeiro grau, esta pode ser apreciada no segundo grau, ao fundamento de que a parte não está obrigada a pagar as custas do processo enquanto não apreciado o pedido de gratuidade. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE CUMULADA COM CANCELAMENTO OU IMPEDIMENTO DE REGISTRO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. APELAÇÃO. DESERTA. PREPARO. NÃO RECOLHIDO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. PETIÇÃO INICIAL. EXAME. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE EXAME DA PRETENSÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRESUNÇÃO DE CONCESSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Feito pela recorrente pedido de assistência judiciária gratuita na petição inicial, e não tendo havido nenhum pronunciamento judicial a respeito da gratuidade, é defeso ao

Tribunal estadual julgar deserta a apelação da parte sem antes analisar o seu pleito e, sendo o caso de indeferimento do benefício, deve ser aberto prazo para o recolhimento do preparo. II. Recurso conhecido e provido. (REsp 1043631/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 29/06/2009);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PETIÇÃO AVULSA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS COM EFEITOS INFRINGENTES AO JULGADO. (...)

2.- A pena de deserção pressupõe o anterior indeferimento do pedido de assistência judicial, oportunamente formulado. Dessa forma não subsiste o argumento de que a parte seja obrigada a pagar as custas do processo, sob pena de deserção, enquanto não apreciado o pedido de gratuidade.

3.- Embargos de declaração providos para cassação do Acórdão Embargado e determinação do retorno dos autos ao Tribunal de origem para exame e julgamento do pedido de assistência judiciária e, em seguida, novo exame da admissibilidade do Recurso Especial. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 155.811/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 04/09/2012);

JUSTIÇA GRATUITA. HIPÓTESES DE DEFERIMENTO. DECISÃO IMPLÍCITA. DESERÇÃO. I. A jurisprudência desta Corte Superior admite a concessão da assistência judiciária gratuita mediante a simples declaração, pelo requerente, de que não pode custear ademandas sem prejuízo da sua própria manutenção e da sua família. II. **Apresentado o pedido, e não havendo indeferimento expresso, não se pode estabelecer uma presunção em sentido contrário ao seu deferimento, mas sim a seu favor. Precedentes.** Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 925411/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 23/03/2009)

Assim, conheço do pedido de assistência judiciária requerida pela apelante adesiva, deferindo-a em seu favor, nos termos do art. 4º da Lei 1.060/50. No que concerne ao pedido reiterado pela primeira apelante a respeito da assistência judiciária gratuita, não merece acolhida, tendo em vista que o efetivo recolhimento do preparo, em grau de recurso (fls.412/141), é ato incompatível com a gratuidade de justiça perseguida, atraindo a preclusão lógica. Assim, entendo que o pedido de assistência judiciária formulado na presente apelação encontra-se prejudicado, tendo em vista o recolhimento do preparo recursal após a interposição do apelo, ensejando o não conhecimento do pedido. A este respeito veja-se:

APELAÇÃO - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - RECOLHIMENTO DAS CUSTAS RECURSAIS - INCOMPATIBILIDADE - PRECLUSÃO LÓGICA - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - PRAZO PRESCRICIONAL. **O pagamento de custas recursais consiste em ato incompatível com o pedido de assistência judiciária, acarretando a preclusão lógica do ato cuja pretensão almeja a concessão do referido benefício.** A pretensão ao recebimento dos honorários de sucumbência sujeita-se ao prazo prescricional de cinco anos. (TJ-MG - AC: 10024010058253001 MG, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 28/01/2014, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/02/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PRECLUSÃO LÓGICA. PRECEDENTES. Para o deferimento da gratuidade judiciária é necessário que existam indícios, ao menos, a demonstrar que o pagamento das despesas processuais inviabilizará o sustento do peticionário e de sua família, o que não se verifica no caso concreto. **O recolhimento das custas é ato incompatível com o pedido de assistência judiciária gratuita, o que denota a ocorrência de preclusão lógica.** AGRAVO MONOCRATICAMENTE IMPROVIDO.. (Agravo de Instrumento Nº 70060187630, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 02/07/2014) (TJ-RS - AI: 70060187630 RS, Relator: Guinther Spode, Data de Julgamento: 02/07/2014, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2014)

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS. 1. **JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO PREJUDICADO. PAGAMENTO DO PREPARO RECURSAL APÓS O AJUIZAMENTO DA APELAÇÃO. ATO INCOMPATÍVEL COM A PRETENSÃO RECURSAL. PEDIDO NAO CONHECIDO.** [...] 4. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PORÇÃO, DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n.º, de São João Batista, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 14-8-2012)

Cumpra-se ainda afastar as alegações de ilegitimidade passiva do Estado da Bahia, tendo em vista que, a despeito da celebração de contrato de gestão hospitalar entre o Estado da Bahia e a Associação Obras Sociais Irmã Dulce, subsiste a responsabilidade objetiva do Estado, insculpida no art. 37 §6º da Constituição Federal, na prestação do serviço público de saúde, respondendo pelos danos que seus representantes derem causa, seja por ação, seja por omissão.

De outra parte, também não subsistem as alegações de inexistência de prova a respeito da inocorrência de “contraprova” do exame em tela, tendo em vista a impossibilidade de o autor fazer prova negativa, cabendo aos réus, ora apelantes, demonstrarem o fato impeditivo do direito, apresentando prova de que novo exame para comprovação do resultado foi feito.

Da mesma forma não merece acolhida a preliminar de vício de representação da apelante adesiva, já que a peça recursal encontra-se firmada por patrono do autor, conforme procuração acostada à fl.20, cumprindo observar que a indicação de que o “documento é cópia do original assinado digitalmente por Maurício Sampaio da Silva” é encontrada também em outras peças acostadas aos autos, a exemplo das próprias peças recursais de ambos os apelantes, (fls.401/411 e fls.416/435), do que se depreende ser este responsável apenas pela digitalização dos documentos.

Sendo certo que a Associação Obras Sociais Irmã Dulce é Organização Social no exercício de atividade dirigida à promoção da saúde em regime de cooperação mútua com o Estado - por meio de contrato de gestão -, na ocorrência de dano causado a terceiro, advindo de defeito na prestação do serviço, responde objetivamente, conjuntamente com o Estado da Bahia, pelo dano causado por seu agente ou representante.

Entretanto, cumpre-nos ressaltar que ao Estado caberá a responsabilização na modalidade subsidiária, ou seja, apenas se os bens da entidade não forem suficientes para adimplir a reparação ou indenização, pelo dano causado a terceiro, tendo em vista que, na hipótese vertente, inexistente norma legal, tampouco previsão contratual atribuindo solidariedade entre o Estado e a entidade gestora.

No mérito, o exame das provas acostadas aos autos pelas partes, verifica-se que o exame para detecção de sorologia positiva do HIV, realizado na data da admissão da paciente na unidade, em 08.10.09, mostrou resultado reagente e, muito embora o laudo tenha consignado não se tratar de resultado definitivo, demandando a coleta de outras amostras a serem testadas por métodos diagnósticos diversos para a confirmação do resultado (fls.264), os Apelantes não se desincumbiram de provar que realizaram o reteste, nos termos recomendados pelo laboratório, deixando, portanto, de adotar procedimento padronizado pelo Ministério da Saúde em Portaria nº488, de 17 de junho de 1998, *in verbis*:

Art. 4º - Deverão constar dos laudos laboratoriais de diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV: As metodologias e antígenos virais utilizados em cada ensaio, conforme estabelecido no Anexo I.

4.2. A informação: **O Diagnóstico Sorológico da infecção pelo HIV somente poderá ser confirmado após a análise de no mínimo 02 (duas) amostras de sangue coletadas em momentos diferentes.**

(...)

Observações:

É obrigatória a coleta de uma segunda amostra e a repetição da etapa I, acima, para confirmação da positividade da primeira amostra. Caso os resultados da testagem dessa segunda amostra, sejam não reagentes ou indeterminados, deverão ser cumpridas todas as etapas dos procedimentos sequenciados.

Sempre que a primeira amostra for positiva, ao teste de IFI ou ao teste de WB e a segunda amostra for negativa aos testes de triagem, é preciso considerar a possibilidade de ter havido troca ou contaminação de amostras. (grifamos)

Como consequência da omissão dos réus, ora apelantes, em observar integralmente o procedimento previsto pelo Ministério da Saúde, não realizando a coleta de nova amostra para a realização do necessário reteste, inflingiu à autora, ora recorrida, grande sofrimento emocional e constrangimento social e familiar, além de submetê-la a tratamento agressivo com de AZT, forte medicação para controle de suposta doença, impedindo-a inclusive de exercer o direito/dever de amamentar, gerando uma perda irreparável para si e para sua filha.

Com efeito, os apelantes iniciaram o tratamento da autora, logo após o resultado positivo, submetendo-a ao uso de forte medicação, durante todo o período em que esteve internada na unidade, sem que fosse colhida nova amostra para contraprova do exame, fazendo-a acreditar ser portadora do vírus HIV, desde o momento em que foi comunicada do resultado, dia 09.10.09, (fls.211), até o resultado dos exames colhidos em 14.10.09, por iniciativa própria, após ter recebido alta hospitalar, em 12.10.2014 (fl.215), quando finalmente, recebeu resultado de amostra negativa para HIV (fls.37), restando evidente o prejuízo moral, diante da própria dimensão do fato (*in re ipsa*).

Importa ressaltar, neste ponto, que, sendo impossível deixar de se imaginar que, nos casos como o que ora se apresenta, o prejuízo efetivamente se reflete na vida pessoal da autora, acarretando-lhe, além dos aborrecimentos naturais, dano concreto, sendo patente também o nexo causal decorrente da falha no serviço público de saúde prestados pelos réus/apelantes, a ensejar a indenização por dano moral pleiteada. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESULTADO ERRÔNEO DO EXAME DE HIV. DANO MORAL. Exame de HIV cujo resultado positivo causou grande abalo emocional, problemas conjugais, falta de disposição para o trabalho e depressão, só retificado depois de

dois anos; situação que motivou grande sofrimento, justificando a majoração do quantum da indenização. Agravo regimental parcialmente provido”.(AgRg no AREsp nº191.355/MS, Relator Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 22/11/2012).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LAUDO LABORATORIAL. RESULTADO ERRÔNEO DO EXAME DE HIV. 1. **A falha na prestação do serviço em decorrência do resultado falso-positivo para o vírus HIV ocasiona abalo emocional e enseja a indenização por dano moral**, mormente na hipótese de realização de novo exame com a confirmação do resultado falso-positivo. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ,Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 23/04/2013, T4 - QUARTA TURMA)

Com relação à fixação da indenização a título de 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, tudo isto sem perder de vista o art. 944 do Código Civil, para se ter sempre em conta a extensão do dano.

Nesse passo, a moderna doutrina e a jurisprudência dominante consagram a hegemonia do juiz para a fixação do quantum indenizatório do dano moral, conquanto não possa este prescindir da consideração de aspectos de ordem objetiva (conceito e posição social do ofendido, a repercussão e a gravidade da ofensa, a intenção e o ânimo de ofender).

No caso sob julgamento, bem examinadas as circunstâncias que envolvem o caso, tenho que, a quantia arbitrada em 30 (trinta) salários mínimos, guarda proporcionalidade em sua natureza compensatória para a autora e punitivo-pedagógica para os réus, não sendo, desta forma, exorbitante, tampouco irrisória, não sendo cabível a redução ou majoração do valor conforme pleiteado.

De outra parte, assiste razão ao Estado da Bahia no tocante à incidência de juros de mora e correção monetária sobre os valores objetos da condenação, merecendo reparo a sentença neste ponto, inclusive em reexame necessário, por se tratar de matéria de ordem pública.

Quanto aos valores da condenação, sobre eles deverão incidir correção monetária, com base no INPC, e juros de mora, no percentual de 0,5% ao mês, tendo em vista o recente julgamento do STF (ADI 4425), que reconheceu a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art.1º-F da Lei nº 9.494, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Segundo entendimento consolidado do STJ, o termo inicial da correção monetária sobre o montante fixado a título de dano moral decorrente de ato ilícito é o da prolação da decisão judicial que o quantifica (cf. Resp 684643, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 12.09.05).

Já os juros de mora, à razão de 0,5% a.m., conforme o disposto no art. 406 do Código Civil/2002, incidem a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, que prediz: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

Por fim, em relação à fixação dos honorários advocatícios, estes devem ser arbitrados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior, estando compatível com a realidade dos autos e a natureza da causa, sendo perfeitamente razoável

a fixação da verba honorária no patamar estipulado pelo julgador de primeiro grau, mantidos integralmente, tendo em vista que a autora/apelada decaiu de parte mínima do pedido.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **REJEITAR AS PRELIMINARES** e, no mérito, **CONHECER EM PARTE E NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do primeiro apelante, **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO DA BAHIA**, reformando a sentença, inclusive o reexame necessário, apenas para determinar a correção monetária das verbas condenatórias, com base no INPC a partir do evento danoso, e juros de mora, no percentual de 0,5% ao mês, a partir da prolação da decisão judicial, mantendo, no mais, a sentença por seus próprios fundamentos.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL N.º 0055991-46.2000.8.05.0001, QUARTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. JOSÉ OLEGÁRIO MONÇÃO CALDAS, JULGADO EM 19.06.2012.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PLEITO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. CULPA *IN VIGILANDO* E CULPA *IN ELIGENDO*. MÉRITO. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. MORTE. DANO MORAL INCONTROVERSO. DANOS MATERIAIS FIXADOS EM 150 SALÁRIOS MÍNIMOS, COERENTES COM OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MARIDO TRABALHADOR. FILHO MENOR IMPÚBERE. AUTORA DONA DE CASA. DIREITO A PENSIONAMENTO MENSAL E GRATIFICAÇÃO NATALINA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS NOS MOLDES DO ART. 20, §3º DO CPC.

Preliminar

Ilegitimidade passiva do Apelante: No direito do trabalho, cabível seria a aplicação da OJ 191 da SDI-I do TST, que prevê que “diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Esse posicionamento, contudo, não tem o condão de afastar toda e qualquer responsabilidade do dono da obra, tomador dos serviços prestados pela empreiteira, em relação à mão de obra utilizada em seu benefício, ainda mais quando a condenação diz respeito à indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho que causou a morte do empregado da empresa prestadora - Arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 e princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho. O Apelante, solidariamente com o empreiteiro responsável pela obra, responde objetivamente pelos causados à vítima.

Mérito

- 1. Não houve comprovação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento, para afastar ou minimizar a responsabilidade do Apelante em indenizar. APELO IMPROVIDO NO PONTO.
- 2.É indenizável o acidente que cause a morte do marido provedor se a vítima residia com a genitora, não trabalhava e possuía dependente menor impúbere. Presume-se

sua efetiva contribuição para o orçamento familiar. Compensação dos danos morais em valor consentâneo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Não redução. APELO IMPROVIDO NO PONTO. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0055991-46.2000.805.0001-0, em que são Apelante CONDOMÍNIO FAROL DA COSTA e Apelados JANE LIMA DE MATOS E ABDON DE MATOS MIRANDA. ACORDAM os desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO APELO, pelas razões a seguir expendidas.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 318/330.

Após a EC45/2004, a Justiça do Trabalho teve sua competência ampliada, e se tornou competente para processar e julgar, conforme o art. 114,VI, “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. A juíza da 23ª Vara Cível declarou sua incompetência para o julgamento da causa, entendendo que caberia à Justiça do Trabalho decidir a lide. O magistrado trabalhista, às fls. 272, suscitou conflito negativo de competência, fundamentando sua decisão no fato de que não são os acidentes decorrentes de todas as relações de trabalho que caberiam à Justiça laboral, mas, especificamente, as decorrentes das relações de emprego, o que não é o caso dos autos. O Ministério Público Federal posicionou-se no sentido de ser da Justiça Comum a competência (fls.284), já que a ação foi proposta pelos herdeiros do trabalhador falecido, postulando direitos próprios e diferentes da relação de trabalho. O Ministério Público Estadual, atuando em decorrência da presença de menor incapaz no polo ativo desta ação, opinou pela competência da Justiça do Trabalho (fls. 306/316). O STJ entendeu, apesar da decisão contraditória, que a Justiça Comum é a competente para o tema presente nos autos (fls. 278), solucionando o conflito.

Nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, movida por JANE LIMA DE MATOS E ABDON DE MATOS MIRANDA contra CONDOMÍNIO FAROL DA COSTA, o pedido foi julgado parcialmente procedente, para, reconhecendo a culpa concorrente da vítima, condenar os réus, solidariamente, a indenizar os autores por danos morais e materiais. Correspondendo os primeiros a uma indenização equivalente a 1/6 do último salário percebido pelo falecido pai, comprovado em R\$ 337,20 para o menor (filho), até ele completar 24 anos de idade, e para sua genitora o mesmo percentual, até que cesse a obrigação com seu filho, quando passará a receber, mensalmente 1/3 do salário referido por mês, inclusive 13º salário, até a data em que o a vítima completaria 72 anos, ou o falecimento da autora. Deverá o valor do salário sofrer reajuste anual, nas datas e percentuais do salário mínimo, sendo que as parcelas vencidas, contadas da data do óbito, deverão sofrer correção monetária a ser acrescidas de juros mensais de 1% a partir do ato ilícito, em conformidade com as súmulas 43 e 54. Os danos morais foram fixados em R\$ 69.750,00, corrigidos pelo INPC, a partir do arbitramento, e juros de 1%, a contar do acidente.

Havendo sucumbência recíproca, as custas foram divididas entre as partes, compensando-se os honorários advocatícios, obrigação que, para os autores, ficam suspensas até o recebimento da indenização por danos morais, da qual deveria ser abatida a parte que lhe cabe das despesas processuais.

Deveriam, ainda, os Réus, constituir capital suficiente para a garantia das pensões mensais, ou incluir os autores na folha de pagamento do Condomínio, com data de pagamento no dia 1º de cada mês, e a parcela de 13º, conforme prazo legal.

Em sede de embargos de declaração, o prazo para o pagamento da pensão à viúva foi reduzido para a data e que a vítima completaria 70 anos, e não 72 como anteriormente fixado.

Irresignado, o Réu, CONDOMÍNIO FAROL DA COSTA, apela requerendo seja analisada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitadas no agravo retido, e alegando: 1) inexistência de responsabilidade do apelante; 2) culpa exclusiva da vítima; 3) redução do *quantum* indenizatório, já que o edifício possui poucos condôminos, o prestador de serviços vive de seu labor e a vítima vivia de pouca renda.

Subiram os autos à Superior Instância e, distribuídos à Quarta Câmara Cível, coube-me a relatoria.

Examinados, lancei o presente relatório, submetendo-o ao crivo do eminente revisor.

VOTO

Em que pese não seja mais determinante qualquer pronunciamento sobre o conflito de competência ocorrido nos autos, entendo ser relevante firmar meu posicionamento sobre tal matéria.

Filio-me ao posicionamento do Ministério Público Estadual, uma vez que a EC 45/2004 ampliou a competência da Justiça Laboral para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. Relação de trabalho não inclui apenas as relações de emprego. Qualquer relação de trabalho, ainda que remota, deve ser julgada pela justiça especializada.

Somente a Justiça do Trabalho tem competência para dizer a respeito da existência ou não da relação de emprego, logo é a competente para dizer sobre a existência ou não do direito a dano moral do empregado falecido em acidente de trabalho. O fato de o pedido ser formulado pelo empregado ou por sua sucessão é absolutamente irrelevante.

Neste sentido, convergem os seguintes julgamentos, do Tribunal Superior do Trabalho, do TRT-RS:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL – ACIDENTE DE TRABALHO COM ÓBITO AÇÃO MOVIDA PELOS SUCESSORES – COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO – I. É incontroversa a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação de indenização por danos moral e material provenientes de infortúnio do trabalho quando movida pelo empregado. II. **A competência material assim consolidada não sofre alteração na hipótese de, falecendo o empregado, o direito de ação for exercido pelos seus sucessores.** III. Com efeito, a transferência dos direitos sucessórios deve-se à norma do art. 1.784 do Código Civil de 2002, a partir da qual os sucessores passam a deter legitimidade para a propositura da ação, em razão da transmissibilidade do direito à indenização, por não se tratar de direito personalíssimo do de cujus, dada a sua natureza patrimonial, mantida inalterada a competência material do Judiciário do Trabalho, em virtude de ela remontar ao acidente de que fora vítima o ex-empregado. Recurso desprovido” (TST – RR nº 165/2006-076-03-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ de 27.04.2007).

“ACIDENTE DO TRABALHO – MORTE DO EMPREGADO – INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL E PATRIMONIAL VINDICADO PELA VIÚVA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – **Os danos decorrentes de acidente de trabalho, inclusive a pretensão de dano moral e material vindicado pela viúva, se inserem na órbita de competência desta Justiça Especializada.** Recurso provido.” (RO 00534-2006-811-04-00-7, Rel. Juiz Pedro Luiz Serafini).

O STF, nessa mesma esteira editou a súmula vinculante nº 22, in verbis:

STF Súmula Vinculante nº 22: Competência - Processo e Julgamento - Indenização por Danos Morais e Patrimoniais Decorrentes de Acidente de Trabalho: *A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.* (grifos)

Dito isso, passo a decidir.

Preliminar de ilegitimidade passiva

Não há como isentar a Apelante da condenação. A dona da obra agiu de forma irresponsável ao permitir a entrada do trabalhador para fazer o serviço. Em que pese se afirme que o trabalhador não foi autorizado a entrar no condomínio, nada foi provado, ao contrário, houve contradição no depoimento do porteiro, ao dizer que, nos outros dias, não foi necessária autorização para que os demais trabalhadores adentrassem para trabalhar.

Ademais, no âmbito civil, não se pode aplicar entendimentos jurisprudenciais do TST, até mesmo porque são apenas orientações, e não lei. Não há violação a direito do Apelante na não aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do TST, que fixa os limites da responsabilidade do dono da obra, sobretudo por se tratar de reparação de dano civil.

O entendimento de que o dono da obra não é responsável pelas obrigações trabalhistas do empreiteiro não tem poder para afastar toda e qualquer responsabilidade do tomador dos serviços prestados pela empreiteira, ainda mais quando a condenação diz respeito à indenização de natureza civil, decorrente de acidente de trabalho que causou a morte do empregado. Não responsabilizar o dono da obra, em qualquer nível, constitui nítido abuso de direito.

A relação jurídica que existe nos contratos de empreitada, de natureza eminentemente civil, não exclui a responsabilidade do dono da obra pelos danos ocorridos nas suas instalações, o que será verificado em cada hipótese concreta. Com fundamento no artigos 186 e 927 do Código Civil Código Civil de 2002, conclui-se que o Apelante responde, ainda que de forma secundária, pelo ressarcimento dos danos sofridos pelos herdeiros da vítima fatal, como forma de tornar efetivos os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e, em ordem, a afastar o uso abusivo do direito daquele em benefício do qual o serviço fora prestado (dono da obra).

Houve, no mínimo, uma omissão do Apelante em não fiscalizar as obras realizadas nas suas dependências, incidindo numa culpa *in vigilando*; e negligência ao contratar um empreiteiro que não cumpria seu dever de supervisão, culpa *in eligendo*.

Não se revela juridicamente possível se lançar mão de posicionamento jurisprudencial específico para, simplesmente, utilizá-lo como manto protetor de conduta antijurídica, a fim de desobrigar o dono da obra de qualquer responsabilidade na esfera das relações de trabalho. Notadamente, na hipótese dos autos, em que o Tribunal Regional do Trabalho considerou que, tanto a primeira, quanto a segunda reclamadas concorreram para o ocorrido, pois não se preocuparam com a proteção coletiva dos trabalhadores, deixaram de cumprir e de fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, submetendo o pai e marido dos autores à condição de trabalho de risco, que importou na sua morte prematura

O argumento da capacidade econômica, no qual fundamentou a magistrada de piso não pode ser aplicado isoladamente, entretanto deve ser objeto de análise, sob pena de tornar inefetivo o direito dos Apelados, em sede de execução.

Logo, comprovado o nexo causal existente entre a conduta omissa do condomínio e o dano, não é justo nem razoável isentar o Apelante da responsabilidade com as consequências do acidente que fulminou a vida de um trabalhador, que, ainda que também possua sua parcela de culpa, esta, com certeza, é a menor que existe neste processo.

Afasto, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva.

Na mesma linha de raciocínio, refuto a alegação do Apelante quanto à existência de excludente de responsabilidade civil na modalidade culpa exclusiva da vítima. A sentença reconheceu a culpa concorrente da vítima, uma vez que, pelos depoimentos das testemunhas, percebe-se que, em regra, os trabalhadores dispunham de cinto de segurança para trabalhar, apesar de não restar comprovado, de forma inequívoca, se a vítima teve acesso a este acessório de segurança no dia do fatídico acidente. Logo, não há fatos e provas que demonstrem que o trabalhador assumiu, sozinho, a total responsabilidade de trabalhar, sob forte chuva, sem cinto de segurança, e, ainda, ante a todas as recomendações para não fazê-lo. Não houve, nos autos, provas que comprovassem tal situação, porém houve a certeza da omissão quanto à fiscalização das medidas de segurança.

Dos danos materiais

A sentença reconheceu a culpa concorrente da vítima, e condenou os réus, solidariamente, a indenizar os autores por danos morais e materiais. Os primeiros correspondem a uma indenização equivalente a 1/6 do último salário percebido pelo falecido pai, comprovado em R\$ 337,20 para o menor (filho), até ele completar 24 anos de idade, e para sua genitora o mesmo percentual, até que cesse a obrigação com seu filho, quando passará a receber, mensalmente 1/3 do salário referido por mês, inclusive 13º salário, até a data em que o a vítima completaria 72 anos, ou o falecimento da autora. O termo final da indenização, entretanto, foi objeto de embargos declaratórios, sendo reduzido para a data em que o falecido completaria 70 anos.

Deverá o valor do salário sofrer reajuste anual, nas datas e percentuais do salário mínimo, sendo que as parcelas vencidas, contadas da data do óbito, deverão sofrer correção monetária a ser acrescidas de juros mensais de 1% a partir do ato ilícito, em conformidade com as súmulas 43 e 54.

A sentença fixou parâmetros proporcionais e razoáveis ao caso concreto. Deferiu o valor da indenização a título de reparação ampla e completa dos lucros cessantes.

A reparação do dano deve ser equivalente à extensão do dano. Não se pode perder de vista que os autores perderam, para sempre, aquele que mantinha a casa e os sustentava, com alimento, roupas, sapatos, remédios

etc., além de propiciar a educação do filho menor. A propósito, é útil relevar que não se indeniza a morte, mas os prejuízos materiais.

Deveriam, ainda, os Réus, constituir capital suficiente para a garantia das pensões mensais, ou incluir os autores na folha de pagamento do Condomínio, com data de pagamento no dia 1º de cada mês, e a parcela de 13º, conforme prazo legal.

Por fim, a constituição de capital é garantia do cumprimento cabal da obrigação de indenizar, representada por prestação de alimentos, a teor do entendimento sumulado pelo STJ: “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.” (Súmula 313).

Dos danos morais – Pedido de redução do quantum indenizatório

Os danos morais foram fixados em R\$ 69.750,00, corrigidos pelo INPC, a partir do arbitramento, e juros de 1%, a contar do acidente.

O dano moral experimentado se deu em razão da omissão do condomínio e do empreiteiro, que deveriam zelar pela saúde e segurança ocupacional do trabalhador, prevenindo-o e protegendo-o contra os riscos derivados de ambientes do trabalho.

Sílvio de Salvo Venosa ensina:

(...) Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer à justa recompensa pelo dano (...).(Direito civil: responsabilidade civil. Vol. 4. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho prelecionam:

A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as conseqüências da lesão. Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas sim, função satisfatória. (...) (Novo curso de direito civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 87).

Aqui, insta esclarecer que cabe ao juiz, no caso concreto, arbitrar o valor a título de dano extrapatrimonial, levando em consideração a repercussão econômica, a dor experimentada pela vítima e ao grau de dolo ou culpa do ofensor.

No caso em tela, verifica-se que o juízo singular fixou, a título de dano moral, o valor de R\$ 69.750,00 (sessenta e nove mil e setecentos e cinquenta reais), valor razoável quando se considera a lesão sofrida pela viúva e pelo filho menor do de cujus e a capacidade econômica das partes, responsabilizadas solidariamente. Entendo que tal valor deverá permanecer imutável.

Pertinente, assim, a pretensão autoral, ante a lesão na esfera jurídica da genitora, tanto sob aspecto moral quanto financeiro, a partir do acidente que causou a morte de seu marido, que contribuía para o sustento da entidade familiar.

Cabível, ainda, o pedido relativo à gratificação natalina, de acordo com a jurisprudência:

Processo: 200000046029860001 MG 2.0000.00.460298-6/000(1) Ementa
INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR -
GRATIFICAÇÃO NATALINA - ALEIJÃO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS ARBITRATOS SEPARADAMENTE
– RAZOABILIDADE.

Mesmo não havendo pedido expresse, deve ser reconhecida a gratificação natalina (13º salário). A indenização deve ser a mais ampla possível, a teor do disposto no art. 948 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.
Nessa vertente, o entendimento jurisprudencial:

“Na forma do art. 948, do Código Civil, em se tratando de indenização por acidente do trabalho em que é reconhecida a responsabilidade do empregador, **o ressarcimento deve ser o mais completo possível e, sendo assim, nela se inclui a gratificação natalina (13.º salário), tendo em vista o caráter alimentar da pensão**”(Apelação nº 350231-6, Rel. Juiz Paulo César Dias, 4ª Câmara Cível, 06/02/2002).”

Nesse entendimento, voto no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGIMIDADE PASSIVA** e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo, para manter os danos materiais e morais como arbitrados na sentença. Mantenho, ainda, como fixadas, as verbas decorrentes da sucumbência recíproca.



TJBA – APELAÇÃO CÍVEL N.º N.º 0119778-97.2010.8.05.0001, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, RELATOR(A): DES. GESIVALDO BRITTO, JULGADO EM 04.11.2014.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DOS GENITORES. CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.
Demonstrada a falta de condições dos genitores em continuar a exercer o poder familiar em relação aos filhos, tendo em vista a doença mental da mãe e o consumo de álcool e drogas ilícitas pelo pai, que culmina em negligência e ambiente hostil, cabível a suspensão do poder familiar.
Não existem nos autos elementos probatórios mínimos que levem à conclusão de que os genitores mudaram a suas posturas em relação aos seus filhos, razão porque não merece provimento a inconformidade recursal.
Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de n.º **0119778-97.2010.8.05.0001, de SALVADOR/BA**, em que figuram, como Apelantes, **ELIANE SALES FERNANDES E ROBENILTO DOS SANTOS VINHAS** e, como Apelado, **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, em **NEGAR PROVIMENTO AO APELO** e assim o fazem pelas razões expostas a seguir:

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por ELIANE SALES FERNANDES e ROBENILTO DOS SANTOS VINHAS, contra a sentença de fls. 147/149, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude desta Comarca, nos autos da Ação de Suspensão do Poder Familiar movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em favor das crianças L. F. V. e L. F. V. .

O douto juiz sentenciante acolheu o pedido inicial, julgando-o procedente, para suspender ELIANE SALES FERNANDES e ROBENILTO DOS SANTOS VINHAS do exercício do poder familiar que exercem sobre seus filhos LEANDRA FERNANDES VINHAS e LEANDRO FERNANDES VINHAS, determinando a averbação da sentença no registro de nascimento dos menores. Como medida de proteção, foi determinada, ainda, a manutenção dos infantes em acolhimento institucional, na instituição em que se encontram.

Inconformados, os Requeridos interpuseram Recurso de Apelação, com razões de fls. 153/162, sustentando que a aplicação da medida de proteção de suspensão do poder familiar é medida muito drástica e contrária aos interesses das crianças em comento.

Afirmam que existe forte vínculo entre os Apelantes e os filhos, inclusive, de acordo com os relatos das testemunhas Lilian Cristina da Silva, representante da entidade de acolhimento OAF, e Telma, representante da Creche Escola Criança Feliz, quando apontam que as crianças sempre perguntam pelos pais, bem como, por vezes, foi presenciada demonstração de carinho entre os Apelantes e os filhos.

Quanto à doença mental da Apelante, alegam que a mesma frequenta regularmente o CAPS, bem como faz uso da medicação adequada, ao passo em que o Apelante também faz tratamento do CAPS AD para se tratar do uso de drogas ilegais, substâncias estas que, informa, não mais faz uso há quase 1(um) ano.

Sustentam que a condição socioeconômica não é motivo bastante para ocasionar a suspensão do poder familiar dos Apelantes, consoante determina o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que a carência de recursos materiais dos genitores deve ser combatida com a inserção destes em programas oficiais de auxílio.

Pugnam que o Apelo seja conhecido e totalmente provido, para que seja reformada a sentença, impondo-se, por conseguinte, a manutenção do poder familiar.

Às fls. 168/171, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA interpôs contrarrazões ao Recurso de Apelação, requerendo que seja negado provimento ao recurso interposto, mantendo-se a integridade da sentença questionada.

Às fls. 172/173, foi proferida decisão interlocutória pelo juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude desta Comarca, mantendo a sentença de fls. 147/150, determinando, ainda, a remessa dos autos para este Egrégio Tribunal para apreciação do Recurso de Apelação.

Instada a pronunciar-se no feito, a douta Procuradoria de Justiça exarou Parecer às fls. 177/180, em que se manifesta pelo conhecimento e desprovimento do Apelo, para que seja preservado o comando sentencial ora combatido.

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, eis o relatório que ora submeto à apreciação desta Colenda Câmara.

VOTO

As questões a serem resolvidas nesta Apelação Cível estão ligadas à inconformidade dos genitores com a determinação de suspensão do poder familiar que exercem em relação aos infantes L. F. V. e L. F. V. .

Convém registrar que o instituto do pátrio poder, que o novo Código Civil intitula de *poder familiar*, é um *munus* ou um encargo de ordem pública que o Estado compete aos pais, constituindo-se em um conjunto de direitos-deveres destinados a proteger a pessoa do filho, a fim de prepará-lo adequadamente para os embates da vida, cumprindo aos genitores proporcionar aos seus filhos uma instrução e uma formação mínima capaz de permiti-lhes uma vida digna.

Ressalte-se que o poder familiar implica a obrigação de prestar cuidado existencial, proteção e zelo, o que se deve interpretar da forma mais abrangente possível, compreendendo os aspectos de saúde, higiene, educação, lazer, desenvolvimento pessoal, intelectual e afetivo.

Por isso mesmo, o poder familiar não é instituído no interesse dos pais, mas, sim, dos seus filhos, de modo que, mais do que faculdade ou direito, constitui dever dos genitores e é, pela sua natureza, indisponível, irrenunciável e intransferível.

Entretanto, igualmente pela sua natureza, em algumas situações, o poder familiar, através de decisão judicial, deverá ceder, em benefício, por óbvio, dos menores. Deve-se buscar a possibilidade mais vantajosa para a formação e o desenvolvimento dos filhos, porquanto esse é o bem jurídico mais relevante a ser protegido.

Nesse sentido, a lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

No que se refere à suspensão do poder familiar, caberá à autoridade judiciária decretá-la, após a apuração de conduta grave, nos termos do art. 1.637 do Código Civil, *in verbis*:

“Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência à perda e suspensão do pátrio poder no art. 24, reportando-se ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no art. 22, a teor:

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”

Feitas tais considerações, entendo que o pleito recursal não merece acolhimento.
In casu, as obrigações acima transcritas, as quais os genitores devem observar em relação aos seus filhos, foram totalmente descumpridas.

Primeiramente, inegável que os Apelantes sofrem com grande instabilidade emocional decorrente de transtornos mentais, no caso da mãe dos infantes, bem como do consumo de álcool e outras drogas, no que se refere ao pai dos menores.

Outrossim, consoante se atesta às fls. 11/14, a instituição “Casa do Caminho”, Centro Espírita no qual a Apelante, grávida do terceiro filho, estava em acompanhamento, inclusive por pediatra, encaminhou relatório informando que os filhos da Srª Eliane apresentavam, já há algum tempo, sinais de maus tratos, descritos como: desnutrição, falta de higienização e sinais de pequenos machucados derivados de queda.

Na oportunidade, foi também relatada uma afirmação da menor L., que conduz ao entendimento de abuso sexual perpetrado pelo pai, e, ainda, de que o casal de genitores era conhecido na vizinhança, pois andavam com as crianças em situação de mendicância.

Tal relatório dá conta, ainda, das diversas crises mentais que acometeram a Apelante, a qual apresentava “quadro psiquiátrico preocupante”, inclusive, diante da presença dos menores quando ia buscá-los na Creche, bem assim os sintomas de embriaguez do genitor. E, mais grave, consoante o relatório, há indícios de agressões físicas à genitora perpetradas pelo genitor.

Ressalte-se que o referido relatório, elaborado em 08/12/2010, pela Assistente Social Maria de Fátima Silva de Oliveira, voluntária da Casa do Caminho, assim concluiu:

“D. Eliane não tem condições de cuidar das crianças, vez que também precisa de cuidados e o companheiro não tem correspondido, estando as crianças em situação de vulnerabilidade necessitando com urgência da intervenção do Estado, através dos órgãos competentes, Conselho Tutelar e Ministério Público”.

Outrossim, a solicitação de acompanhamento em visita domiciliar (fls. 18), alertam para o fato de que os menores “apresentavam péssima higiene, piolhos e escabiose características de desnutrição, após a consulta na saída do prédio Leandra verbalizou que foi ‘bulinada’ pelo pai”.

E acrescentou:

“Uma vizinha do casal que se encontrava no local, informou que ouviu gritos, pois o Robenildo agride a companheira”

O relatório de visitas, acostado às fls. 15/16, igualmente dá conta da precariedade do ambiente em que viviam os menores, desde a necessidade de limpeza do local em que residiam, passando pela falta de higienização das crianças e da sua genitora, até, e principalmente, o ambiente hostil a que as crianças estavam submetidas, haja vista, os relatos de agressão do pai à mãe das crianças.

Corroboram tais afirmações o relatório médico (fl. 17) elaborado pela Pediatra Maria Lucia Carneiro França, nos seguintes termos:

“Mãe, Eliane Sales Fernandes sem nenhum grau de instrução é portadora de epilepsia. A mesma informa maus tratos e violência física para com ela e os filhos por parte do companheiro Robenildo Santos Vinha que, segundo informa é usuário de drogas. Diz ser espancada frequentemente e suspeita de abuso sexual para com sua filha Leandra. Ao exame físico dos menores, estes apresentam-se com precário estado geral de saúde,

desnutrição e anemia, por não dispor de alimentos necessários ao seu crescimento e desenvolvimento normais. Apresentam também infestação por piolhos (pediculose), eliminação de helmintos (verminose) e infecção de trato respiratório (bronquite)”.

Após o afastamento dos menores do convívio pleno com os seus pais, por força de decisão judicial (fl. 23), em que as crianças foram encaminhadas à Casa de acolhimento Lar Pérolas de Cristo, de fato, a prova testemunhal aponta o afeto e as demonstrações de carinho que os genitores tratavam os infantes durante as visitas.

Ocorre que, não obstante tal situação, não foram trazidas aos autos quaisquer indicações de mudanças perpetradas pelos genitores que convençam este Juízo quanto à melhoria de condições de vida a que seriam submetidas as crianças acaso voltassem à convivência.

Diga-se que, desde a decisão liminar que determinou a busca e apreensão e acolhimento das crianças, já se passaram quase quatro anos, sem que se pudesse verificar o esforço dos Apelantes para que recuperassem a convivência com os menores, através de atitudes que atestassem melhoria de higiene, saúde e do ambiente hostil a que estavam fadados os infantes.

Nesse sentido, acolho os argumentos postos no parecer do Ministério Público, da lavra da ilustre Procuradora de Justiça, que peço vênia para transcrever, *in verbis*:

“Os documentos que acompanham a inicial e as demais provas produzidas em juízo, durante a instrução processual, revelam o evidente desequilíbrio dos Apelantes em cuidar de seus filhos, causando, inegavelmente, prejuízos psicológicos nesta fase delicada de seu crescimento”.

Portanto, não existem nos autos elementos probatórios mínimos que levem à conclusão de que os genitores mudaram a suas posturas em relação aos seus filhos, razão pela qual não merece provimento a inconformidade recursal.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DOS PAIS EM RELAÇÃO AO FILHO. **Verificado que os genitores não possuem condições de exercer uma maternidade/paternidade responsável, de ser mantida a decisão que suspendeu o poder familiar dos agravantes, oportunizando que o menino viva em um ambiente familiar sadio e adequado.** Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70058005281, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 16/04/2014)
(TJ-RS - AI: 70058005281 RS , Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 16/04/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/04/2014)

Forçoso registrar que o presente feito contém informações que não foram devidamente perquiridas pelo Juízo de piso, inclusive a informação de fls. 114/116 de que o pai biológico da infante L. F. V. seria o Sr. Nilton Souza Silva, o que poderia ser uma possibilidade de solução para a situação lastimável em que vivem as crianças em tela. Note-se que estão apensos a estes os autos da Ação de Destituição de Pátrio Poder tombada sob o nº 0389302-32.2012.805.0001, processo que enseja maior cautela e reunião de esforços no alcance da melhor solução que viabilize uma vida menos penosa para esses infantes desprestigiados socialmente.

Por fim, alerta-se para as lições de Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 368), segundo o qual, “a suspensão é medida menos grave do que a destituição ou perda porque, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal”.

De tal modo, a suspensão do poder familiar ainda confere aos genitores, ora Apelantes, a possibilidade de recuperá-los mediante ações afirmativas que levem ao magistrado concluir que as crianças retornarão a um ambiente sadio e propício ao seu desenvolvimento físico, intelectual e afetivo, posto que, sem as quais, poderá a autoridade judiciária entender pela destituição definitiva do pátrio poder.

De tudo exposto, não encontram guarida no ordenamento jurídico pátrio as irresignações dos Apelantes, especialmente quanto aos motivos elencados para a reforma da sentença, razão pela qual **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO**, mantendo-se, incólume, o comando sentencial.

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 PLANSERV 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

