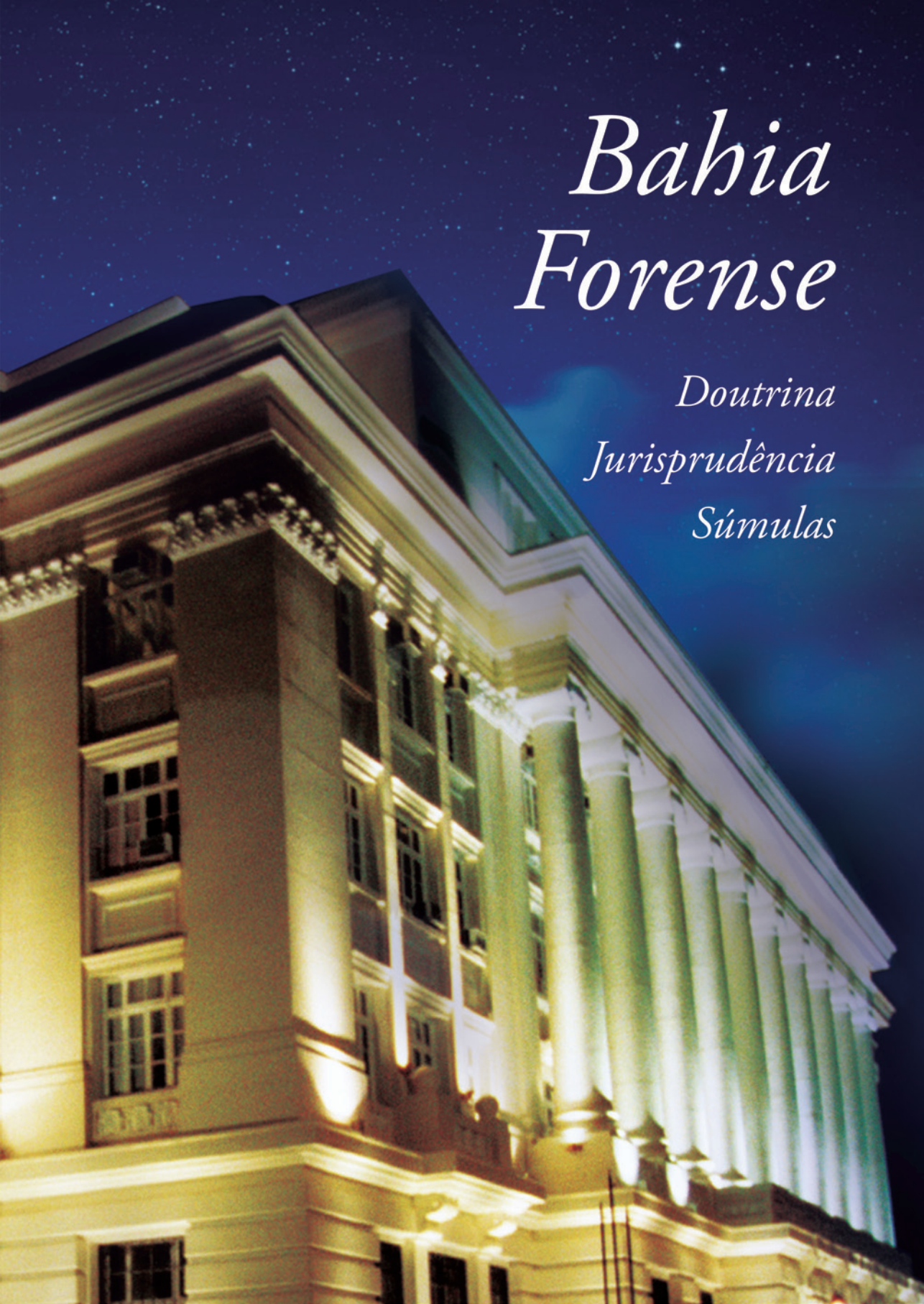


Bahia Forense

Doutrina
Jurisprudência
Súmulas

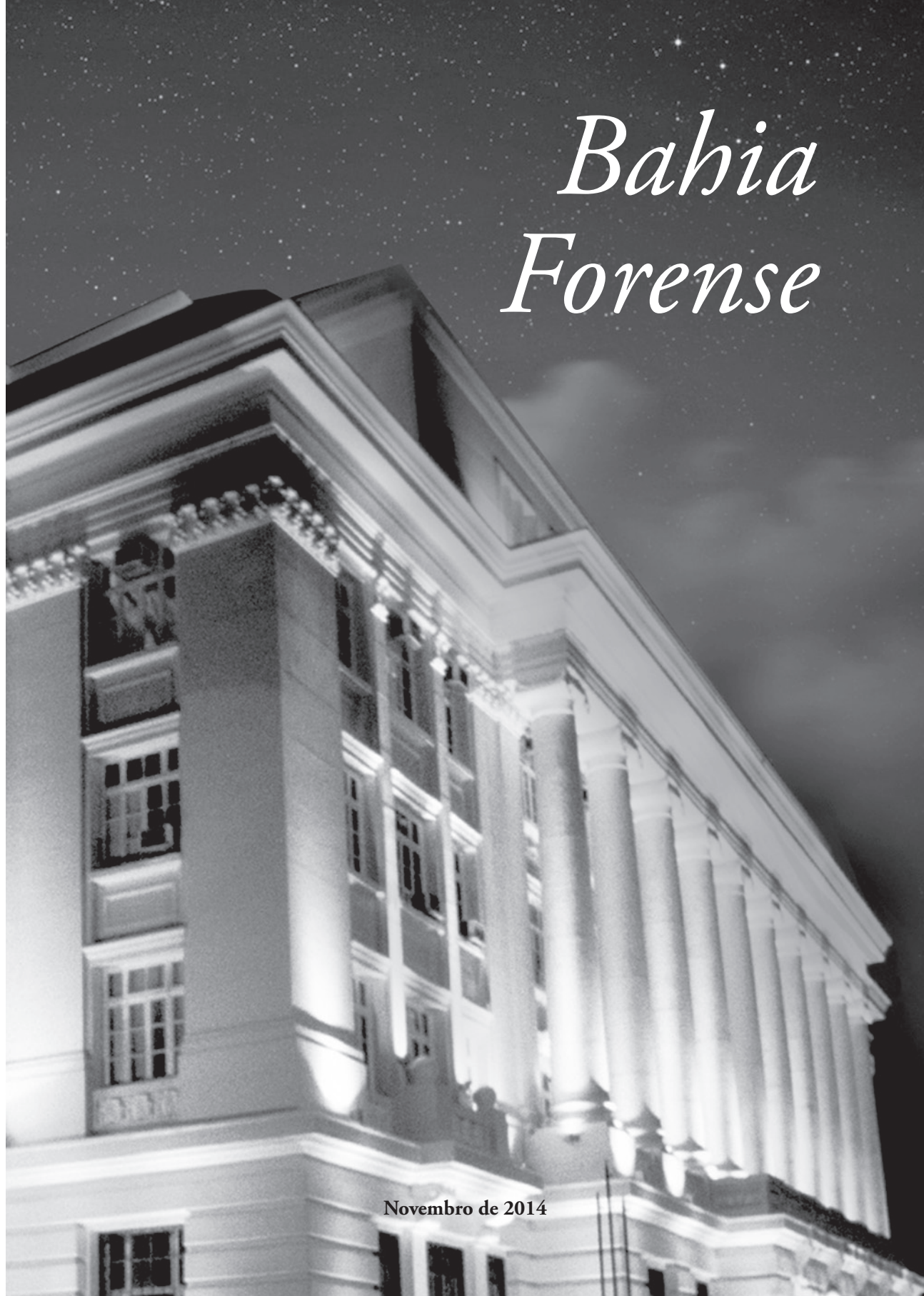
Bahia Forense: Doutrina, jurisprudência e súmulas / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (1961) – Salvador: Comissão de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2014-

Catalogação do volume 46, publicada em outubro de 2014.
ISSN: 0102-3020.
De 1961 a 1966, o periódico denominava-se "Revista Jurídica". A partir do n.5, publicado em jun./dez de 1967, a revista passou a chamar-se "Bahia Forense".

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

CDD: 340.05
CDU: 34

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



Novembro de 2014

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia *8*
- Apresentação *11*
- Nota de agradecimento *13*

DOUTRINA

- A evolução da antecipação da tutela na Ação Revisional de Contratos Bancários *17*
- Divórcio Liminar *22*
- Incidente de Inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante nº 10: avanço ou retrocesso? *26*
- Inconstitucionalidades no IPTU e no ITIV de Salvador *33*

JURISPRUDÊNCIA PENAL

- Ação Penal Originária. Responsabilidade de Prefeito *71*
- Habeas Corpus. Revogação de prisão preventiva *81*
- Habeas Corpus. Trancamento da ação penal *95*
- Habeas Corpus. Transferência de estabelecimento prisional *104*
- Mandado de Segurança. Proteção do direito ao contraditório e à ampla defesa *115*
- Apelação Criminal. Homicídio tentado. Incidente de insanidade mental *118*
- Apelação Criminal. Homicídio qualificado. Redução da pena *125*
- Apelação Criminal. Homicídio qualificado. Pedido de novo julgamento *132*
- Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Substituição da pena *142*
- Apelação Criminal. Crime de furto. Princípio da insignificância *147*
- Apelação Criminal. Roubo majorado pelo emprego de arma *150*
- Apelação Criminal. Ato infracional análogo a roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes *187*
- Apelação Criminal. Juri. Nulidade do julgamento *191*
- Apelação Criminal. Estupro de vulnerável *202*
- Apelação Criminal. Crime de racismo *215*
- Conflito negativo de competência. Estupro e atentado violento ao pudor praticados em ambiente familiar *223*

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Direito Constitucional

- Mandado de Injunção *241*
- Ação Popular *253*
- Ação Direta de Inconstitucionalidade *259*
- Incidente de Inconstitucionalidade *272*
- Direito à educação. Acesso ao ensino superior *284*

Direito Administrativo

- Atribuições dos Delegados de Polícia *295*
- Processo Administrativo. Cassação de Prefeito *304*
- Servidor Público. Processo Administrativo Disciplinar *309*
- Servidor Público. Jornada de trabalho *324*
- Servidor Público. Nulidade da contratação temporária *330*
- Concurso Público *336*

Direito Processual Civil

- Embargos à Ação Monitória *342*
- Ação de Desapropriação *346*
- Reintegração de Posse *349*
- Embargos à Execução. Prescindibilidade da intimação pessoal do Procurador do Estado *365*
- Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei *372*
- Exceção de Incompetência *377*

Direito Tributário

- Fornecimento de certidão negativa de débitos fiscais *381*

Direito Comercial

- Recuperação Judicial *383*

Direito do Consumidor

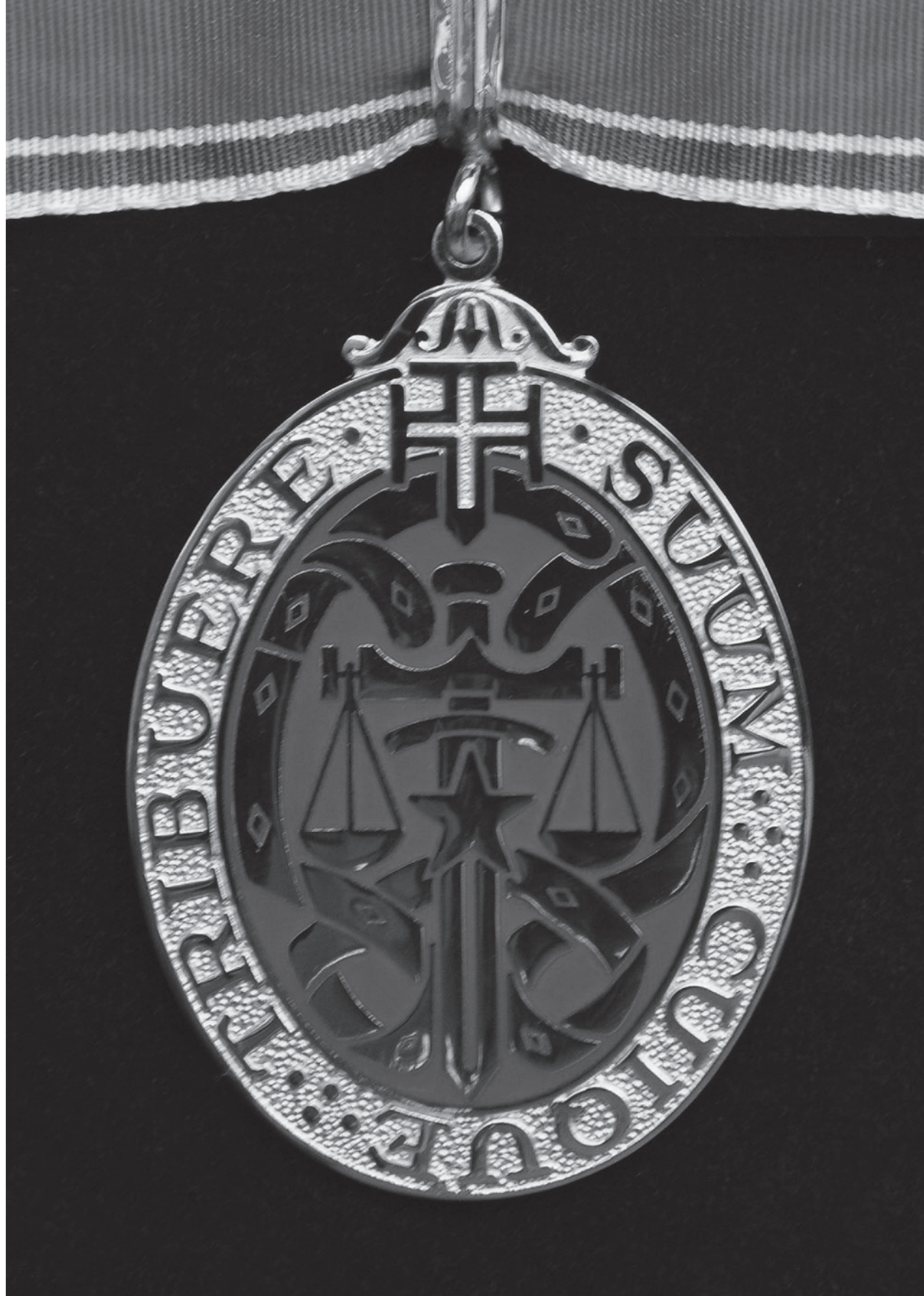
- Plano de saúde. Carência *394*
- Má prestação do serviço bancário *397*
- Ação de Revisão Contratual *404*

Direito Civil

- Responsabilidade Civil. Desastre ambiental *408*
- Responsabilidade Civil. Negligência médica *417*
- Responsabilidade Civil. Acidente causado por falha na prestação do serviço *426*
- Responsabilidade Civil. Dano à imagem *430*
- Responsabilidade Civil. Violação do direito à honra e à intimidade *432*
- Responsabilidade Civil. Propaganda desleal *441*
- Responsabilidade Civil. Ataque animal *447*
- Registro público. Retificação de registro civil *449*
- Direito de Família. Investigação/negação de paternidade *452*
- Direito de Família. Pedido de alimentos provisórios ao ascendente do genitor *459*
- Interdição. Nulidade do negócio jurídico *462*
- Direito Imobiliário. Atraso na entrega da obra *465*

SÚMULAS

- Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia *473*


HONI SOIT QUI MAL Y PENSE

RELAÇÃO DE DESEMBARGADORES

Des. ESERVAL ROCHA
Presidente

Desa. VERA LÚCIA FREIRE DE CARVALHO
1ª Vice-Presidente

Desa. MARIA DA PURIFICAÇÃO DA SILVA
2ª Vice-Presidente

Des. JOSÉ OLEGÁRIO MONÇÃO CALDAS
Corregedor-Geral

Desa. VILMA COSTA VEIGA
Corregedora das Comarcas do Interior

Desa. SÍLVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF
Desa. LÍCIA DE CASTRO LARANJEIRA CARVALHO
Desa. TELMA LAURA SILVA BRITTO
Des. MARIO ALBERTO HIRS
Desa. IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ
Desa. SARA SILVA DE BRITO
Desa. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO
Desa. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA
Des. LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE
Des. CLÉSIO RÔMULO CARRILHO ROSA
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
Desa. CYNTHIA MARIA PINA RESENDE
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. ILONA MÁRCIA REIS
Desa. IVONE RIBEIRO GONÇALVES BESSA RAMOS
Des. OSVALDO DE ALMEIDA BOMFIM
Des. ROBERTO MAYNARD FRANK
Desa. RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES FILGUEIRAS NUNES
Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS
Desa. REGINA HELENA RAMOS REIS
Des. MAURÍCIO KERTZMAN SZPORER
Des. LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO

APRESENTAÇÃO

Parafraseando Luis Guimarães Junior, *"Depois de um longo e tenebroso inverno"*, que durou desde os idos de 2000, quando foi editada a última "BAHIA FORENSE", até a presente data, eis que surge a oportunidade de o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia voltar a dispor de uma publicação tão importante para a história jurídico-literária desta Corte de Justiça.

Com a desativação da "BAHIA FORENSE", o Tribunal de Justiça da Bahia ficou, por um longo período, sem qualquer fonte de consulta de jurisprudência, salvo através da publicação no Diário do Poder Judiciário. Contudo, fruto de um labor iniciado pela gestão anterior da Comissão de Jurisprudência, presidida pela Desembargadora Silvia Zarif, os Acórdãos passaram a ser digitalizados e indexados, criando um banco de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico desta Corte, que será otimizado com a edição eletrônica da "BAHIA FORENSE". A mesma gestão, inclusive, foi a responsável pela criação das primeiras Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que serão publicadas nesta edição e integram um plexo de medidas que objetivam consolidar, compilar e divulgar a jurisprudência desta Corte, valorizando o labor de excelência e seriedade desempenhado pelos eminentes Desembargadores na nobre tarefa de dizer o direito e propagar a justiça.

Por inusitado que pareça, a situação fática da "BAHIA FORENSE" tem um traço em comum com a existência do saveiro na cultura marítima deste Estado, mais precisamente, da região do recôncavo e da capital.

A similitude reside no fato de que ambos lutam contra a sua extinção. No caso do saveiro, a sua existência foi atacada pelo surgimento de outros meios de transporte que, inobstante mais custosos, ganharam pela rapidez. Mas, visando a preservação daquele patrimônio cultural baiano, criou-se uma ONG que o mantém vivo. Quanto à "BAHIA FORENSE", o ataque partiu da evolução da informática, surgindo várias ferramentas de consulta jurisprudencial que ganham pela praticidade de acesso. Contudo, a exemplo do que ocorreu no caso do paradigma ora abordado, a sobrevivência da referida publicação é providência que se espera de um Tribunal que é o primeiro das Américas e que se ressente com a falta de qualquer produção literária jurisprudencial, inclusive Súmulas, diferentemente do que ocorre com a maioria dos Tribunais brasileiros.

Na realidade, ainda que surja a versão eletrônica da "BAHIA FORENSE", conforme previsto, a sua edição física não restará ofuscada, na medida em que ambas se prestam a finalidades distintas: enquanto o objetivo primordial da revista digital é assegurar a ampla publicidade e acessibilidade ao conteúdo da jurisprudência desta Corte, através do dinamismo e universalidade oferecidos pela rede mundial de computadores, a edição física da revista é um registro material, que visa incrementar os acervos literários da Corte, funcionando ainda como documento de consulta, que se perpetuará no tempo, passando a integrar o patrimônio histórico deste Tribunal, servindo como referência, inclusive, para as futuras gerações.

Moacyr Montenegro Souto
Presidente da Comissão de Jurisprudência

NOTA DE AGRADECIMENTO

Não se pode olvidar que o reavivamento da Revista "BAHIA FORENSE" somente se concretizou em razão do precioso auxílio prestado por diversos agentes e órgãos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Quando a Comissão de Jurisprudência decidiu empreender esforços para retomar a publicação da revista, não imaginava a dimensão que o projeto alcançaria, além do envolvimento e compromisso que seriam desempenhados para o alcance desta meta. Entretanto, a cada passo dado e a cada contato realizado, cresciam as expectativas em torno da reedição da "BAHIA FORENSE", tanto porque descobriu-se que o projeto possuía um enorme significado para cada membro do Tribunal, como porque percebeu-se que não faltariam servidores dispostos a darem vida à publicação, assegurando o cumprimento dos prazos estabelecidos e o alcance da qualidade pretendida.

Neste sentido, vale registrar a imensa gratidão que a Comissão de Jurisprudência dispensa, primeiramente, ao Desembargador Eserval Rocha, ilustre Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, que mesmo diante de um árduo programa de contenção de despesas, compreendeu que a relevância deste projeto se sobrepõe ao seu custo, e autorizou a sua realização, bem como aos nobres pares desta Corte que, com presteza, colaboraram com o envio dos Acórdãos imprescindíveis à edição da Revista, contribuindo para a qualidade do seu conteúdo e a propagação da jurisprudência deste Tribunal.

Os nossos agradecimentos se voltam, ainda, aos Magistrados e Professores que gentilmente forneceram o material doutrinário publicado nesta edição, e que fazem a doutrina baiana se destacar no cenário nacional pela relevância e excelência do seus trabalhos.

Por fim, destaca-se a não menos valiosa colaboração dos servidores da SETIM - Secretaria de Tecnologia da Informação e Modernização; da UNICORP – Universidade Corporativa; da ASCOM – Assessoria de Comunicação e da CGRAF – Coordenação de Serviços Gráficos, da Assessora de Desembargador Belª. Juliana Aguiar Cunha, cuja dedicação e competência merecem destaque, além de outros colaboradores, cujos trabalhos proporcionaram a efetiva realização desta publicação, lembrando que este é apenas o primeiro passo de um projeto mais ambicioso na expansão dos horizontes jurídicos do Primeiro Tribunal das Américas.

A todos, os nossos sinceros agradecimentos.

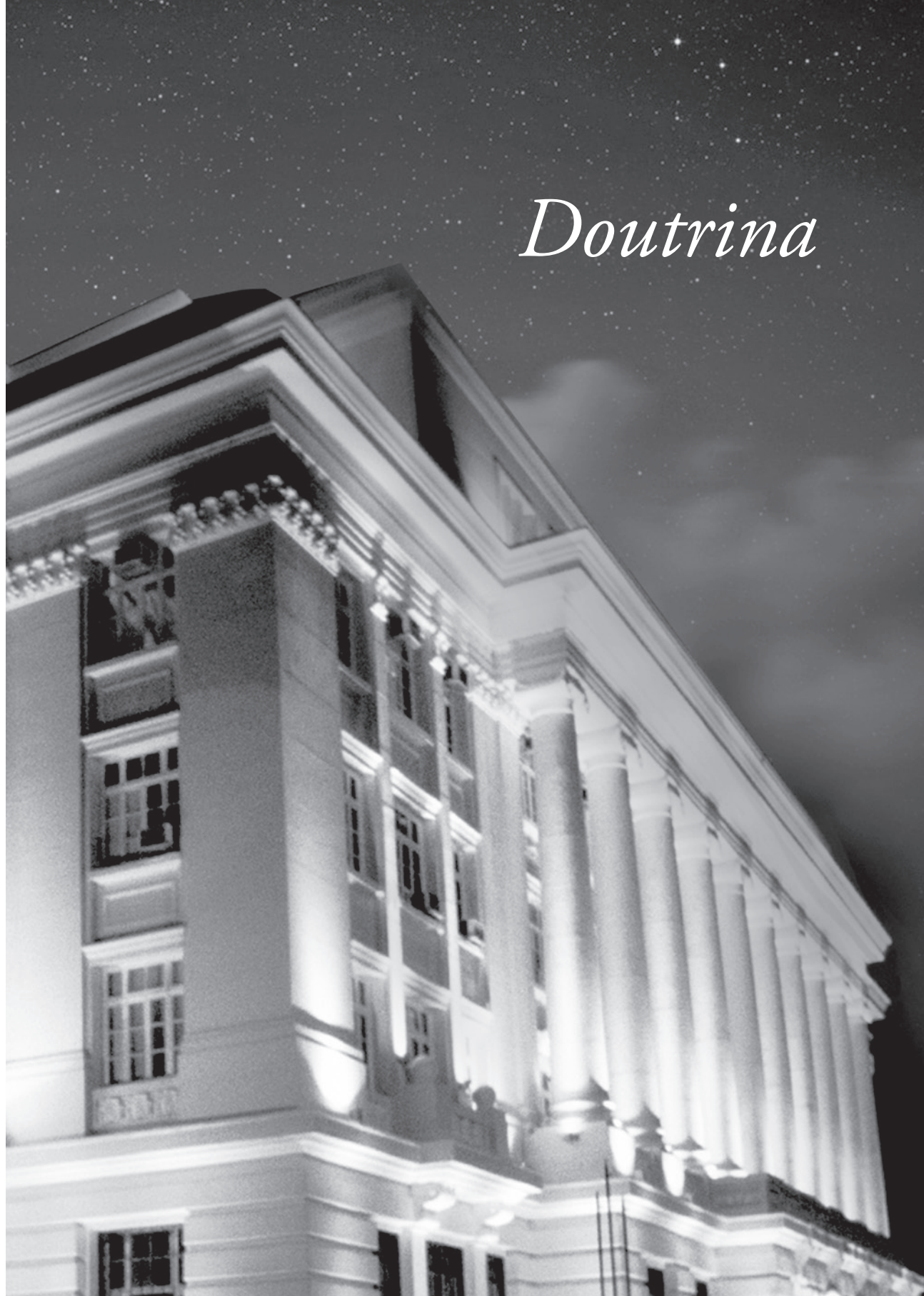
Moacyr Montenegro Souto
Presidente da Comissão de Jurisprudência

Desª. Nágila Maria Sales Brito
Vice-Presidente

Des. Carlos Roberto Santos Araújo
Membro

Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia
Membro

Doutrina



A EVOLUÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS

por Moacyr Montenegro Souto[1]

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor, definindo e ampliando os direitos nas relações de consumo, resultou inevitavelmente em uma vultosa demanda ao judiciário, surtindo efeitos colaterais nocivos na prestação jurisdicional como um todo. Com a divulgação de que a nova lei, com os privilégios postos em prol do consumidor, permite discutir em Juízo as cláusulas contratuais tidas como abusivas ou excessivamente onerosas, autorizando, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela protetora, uma verdadeira enxurrada de ações revisionais de contratos invadiu os Juizados e Varas Especializadas, que passaram a funcionar quase exclusivamente em função dessas lides, tal o vulto da procura.

A militância forense evidencia que a grande maioria dessas ações revisionais tem como objeto os contratos de financiamento para compra de automóveis, nas quais o consumidor, com base em uma planilha de cálculo das prestações mensais, exibida unilateralmente por ele mesmo, vem buscando decisões antecipatórias permitindo-lhe manter-se na posse do bem financiado, mediante depósito em Juízo das prestações mensais em valor inferior ao contratado, às vezes ínfimo, tido como *valor incontroverso*, impedindo o credor de promover restrições de crédito e de exercer a busca e apreensão com base na mora do devedor. Como era de se esperar, isso gerou insatisfação das instituições financeiras demandadas, que passaram a interpor agravos de instrumentos visando suspender os efeitos daquelas decisões, congestionando os Tribunais.

Não vejo, contudo, ilegalidade no procedimento do consumidor. Afinal, cuida-se de remédio jurídico amparado pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, que garante em seu artigo 6º, dentre outras prerrogativas, *"a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"*, determinando, ainda, que tais cláusulas devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, podendo o juiz antecipar os efeitos da tutela e ordenar as medidas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente (arts.6º, V, 47 e 84, §§ 3º e 5º), o que vem sendo seguido pelas Altas Cortes.

Neste diapasão, após vinte e quatro anos de vigência da norma consumerista, o entendimento jurisprudencial começa a tomar rumos mais flexíveis e isonômicos, de modo a promover a efetiva tutela das relações de consumo, com observância aos interesses das partes envolvidas. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui entendimento sumulado no sentido de que *"A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor"* (Súmula 382), sendo imprescindível o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 273 do Código de Processo Civil, para que se obtenha a antecipação da tutela.

Ainda de acordo com a jurisprudência daquela Corte, consolidada em sede de recurso repetitivo, *"(…) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver*

demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção."[2]

Neste sentido, o pleito do consumidor desafia um exame cuidadoso e prudente de cada caso pelo julgador de primeiro grau, a fim de coibir o uso abusivo do direito, até porque os encargos do crédito financiado variam de banco para banco, havendo casos em que os juros praticados se aproximam dos previstos no novo Código Civil (art.406), aplicáveis de maneira geral. Há, também, situações em que o consumidor firma o contrato de financiamento, paga uma ou algumas prestações e ajuíza a ação revisional visando depositar em juízo prestações em valor ínfimo, indicado como incontroverso, e continuar na posse do veiculo financiado. Neste caso, para que seja deferida a liminar em favor do consumidor e afastados os efeitos da mora, a jurisprudência exige ao menos o pagamento do valor incontroverso ou a prestação de caução idônea fixada pelo magistrado.

Nesta linha de evolução, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia firmou entendimento majoritário no sentido de que, para manter-se na posse do bem financiado e não sofrer restrições de crédito, o consumidor deve desembolsar o valor equivalente às prestações devidamente contratadas, até que seja proferida a sentença[3]. Deste modo, e assegurando-se o depósito judicial ao menos do valor controvertido, com o imediato pagamento ao banco do valor incontroverso, tanto se conserva incólume o direito do consumidor de revisar as cláusulas contratuais que entender abusivas, como se preserva o direito da instituição financeira de garantir a quitação do débito contratado, em caso de improcedência da ação.

É certo que a solução adotada por esta Corte resulta em idêntica sobrecarga da demanda recursal, agora por parte do consumidor, que se respalda em recente dispositivo legal, o art.285-B do Código de Processo Civil, incluído por força da Lei nº 12.810/2013, com a seguinte redação: *"nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso"* (grifei). O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, faz a ressalva de que o referido *"valor incontroverso"* deve continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

Em regra, as teses jurídicas favoráveis ao consumidor defendem que o novo dispositivo alberga os requisitos para o deferimento da medida liminar em ações revisionais, ao dispor sobre o dever do pagamento do *"valor incontroverso" "no tempo e modo contratados"*, conforme institui o parágrafo único deste dispositivo.

O primeiro equívoco que se extrai da aludida interpretação consiste na afirmação de que o artigo fixaria requisitos específicos para a concessão da liminar. Diz-se errônea dita interpretação, uma vez que a própria localização que se atribuiu ao artigo dentro da estrutura do Código de Processo Civil – Título VIII, Capítulo I, Seção I, que dispõe sobre os requisitos da petição inicial – revela o intuito do legislador de dispor sobre os aspectos específicos da exordial nas ações revisionais[4], e não sobre os critérios a serem observados quando da apreciação do pedido liminar, que continuam a ser aqueles disciplinados pelo artigo 273 do CPC, conferindo-se ao juiz o prudente arbítrio para a averiguação dos mesmos.

Outro fator importante que dificulta a exata compreensão da norma advém das expressões escolhidas pelo legislador na redação do citado artigo 285-B, que não primou pela lógica e técnica jurídicas, quando referiu-se ao "valor incontroverso", a ser fixado na petição inicial, sem a participação do credor demandado, ferindo conceito já solidificado na própria lei processual civil, ao dispor que *"não dependem de prova os fatos admitidos, no processo, como incontroversos"* (art.334,III), isto é, são incontroversos aqueles fatos afirmados por uma parte e não contestados pela outra.

Ora, nesta linha de intelecção, não se admite que algo seja incontroverso quando o *ex adverso* não o aceita. No caso da ação revisional, o valor indicado pelo autor da ação revisional como incontroverso não goza desta característica, porque o banco credor jamais vai aceitar uma prestação em valor bem inferior ao contratado.

O impasse pode ser solucionado através de uma interpretação sistemática do parágrafo único do citado dispositivo legal[5]. Ao dispor que *"o valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados"*, o Código de Processo Civil não restringiu a atuação jurisdicional àquela hipótese, e tampouco impôs o cumprimento daquele requisito como única condição para o afastamento dos efeitos da mora. Entende-se que, ao inserir a expressão *"valor incontroverso"*, o legislador presumiu existir um *"valor controvertido"*, que deverá ser expressamente quantificado pelo consumidor em sua petição inicial, respeitando o livre convencimento motivado, como deve ser em se tratando de antecipação dos efeitos da tutela ou de concessão de medida liminar, acerca da providência a ser adotada para a integral proteção do valor controvertido.

Partindo destas premissas, a solução supramencionada, adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia antes mesmo da alteração do Código de Processo Civil, não se torna inócua, posto que permanece adequada para a proteção do bem jurídico tutelado, ao abarcar tanto a garantia, ainda que mínima, de cumprimento do contrato, aqui representada pelo pagamento do valor incontroverso no tempo e modo contratados, como a proteção do valor controvertido, a ser depositado mensalmente em juízo, constituindo uma espécie de caução idônea, que pode ser revertida, ao final da lide, em favor de qualquer das partes.

Lado outro, voltando os olhos à máxima efetividade que se pode extrair do artigo 285-B, bem como realçando o objetivo primevo da norma, que foi instaurar novos requisitos à petição inicial da ação revisional, cumpre aos magistrados de 1º grau um rigoroso juízo de admissibilidade da ação, exigindo do consumidor que expressamente discrimine as obrigações que pretende controverter, de modo a possibilitar a exata compreensão do valor tido como incontroverso, e proporcionar a eventual revisão das cláusulas contratuais consideradas abusivas.

Por fim, ao meu ver, o questionado dispositivo legal poderia deixar de existir ou, ao menos, ser introduzido com redação mais consentânea. Primeiro porque as ações revisionais, superado o tempo em que os encargos da dívida, de fato, eram extorsivos, perderam em muito seus fundamentos, levando ao entendimento predominante nas Cortes de Justiça de que o devedor, para discutir as cláusulas contratuais, deve depositar as prestações pelo valor contratado. Segundo, porque, com sua redação dúbia e sem lógica, o novel dispositivo contribuiu para o aumento da demanda judicial e sobrecarga de um sistema jurisdicional já deficiente, salvo melhor juízo.

Bibliografia

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo Regimental nº 0000223-50.2014.8.05.0000, Relator Benicio Mascarenhas Neto, Quinta Câmara Cível, julgado em 18/02/2014, Dje 24/02/2014.

BRASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 26 set. 2014

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 26 set. 2014

BRASIL. Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 mai. 2013. Seção 1, p. 1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12810.htm>. Acesso em: 26 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1061530 do Rio Grande do Sul, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009.

DIDIER Jr., Fredie. **Nova Hipótese de inépcia da petição inicial** – art. 285-B do CPC. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-170/> Acesso em: 26 set. 2014

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 9ª ed., Rio de Janeiro. Forense. 1979.

Notas

1. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

2. REsp 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009.

3. Nesta mesma direção: AGRAVO REGIMENTAL EM DESFAVOR DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BANCÁRIO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. TAXA DE JUROS ESTABELECIDA EM PERCENTUAL SUPERIOR À TAXA 12% AO ANO. DECISÃO LIMINAR QUE DETERMINOU A MANUTENÇÃO DA POSSE DO BEM E A SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE INADIMPLENTES, CONDICIONADAS AO DEPÓSITO JUDICIAL DAS PARCELAS CONTRATADAS. ALEGAÇÃO DE CONFLITO COM JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR E RECENTE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELA LEI Nº. 12.810/2013. DECISÃO IRRETOCÁVEL. AGRAVO

CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O requerimento liminar é subsidiário, possui caráter transitório e o fito de coibir eventual lesão de direito, visando o equilíbrio das partes até que se defina o direito questionado, com o julgamento final da lide, estando condicionada ao preenchimento dos requisitos: fumus boni juris (plausibilidade do direito) e periculum in mora (perigo de mora), que devem ser apurados em summaria cognitio para ser concedida, ab initio. 2. A decisão agravada está em plena consonância com a jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal de Justiça, que tem firmado o posicionamento no sentido de que, enquanto pendente de julgamento a ação de revisão contratual, a manutenção na posse do bem financiado e a abstenção de protestos e inscrição em órgãos restritivos só são admissíveis se o devedor depositar mensalmente os valores originariamente contratados. 3. Agravo Regimental conhecido e improvido. (TJBA - 0000223-50.2014.8.05.0000 Agravo Regimental. Relator: Benicio Mascarenhas Neto. Data do Julgamento: 18/02/2014. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível.)(grifo nosso)

4. Neste sentido, Fredie Didier menciona a alteração processual como uma "Nova hipótese de inépcia da petição inicial", e esclarece: "O dispositivo cria um novo caso de inépcia, que acresce o rol do parágrafo único do art. 295 do CPC, embora isso não tenha ficado claro – o texto menciona o que o autor tem de fazer, mas não disse o que acontece se ele não cumprir este ônus." *In* DIDIER Jr., Fredie. Nova Hipótese de inépcia da petição inicial – art. 285-B do CPC. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-170/ >

5. Ao abordar o método de interpretação sistemática, Carlos Maximiliano esclarece: *"Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto" (...)Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido".In* MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., Rio de Janeiro. Forense. 1979. p. 128/129.

DIVÓRCIO LIMINAR

por Pablo Stolze Gagliano[1]

1. Introdução e Noção Básica de Divórcio

Não é novidade que o divórcio é uma medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, na extinção de deveres conjugais.

Trata-se, em outras palavras, de uma forma de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente da simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges.

Em 2010, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66, verdadeira revolução se fez sentir.

Suprimiu-se a separação judicial[2], desaparecendo, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por consentimento dos cônjuges, quanto na modalidade litigiosa.

Trata-se, como dito, de uma completa mudança de paradigma, em que o Estado buscou se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante, na perspectiva do princípio da intervenção mínima do Direito de Família.

Vigora, mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto – o qual busca inspiração no **"Zerrüttungsprinzip"** do Direito alemão (princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto) – comoa simples fundamento para o divórcio[3].É o reconhecimento do divórcio como o exercício de um **direito potestativo**[4], cujo exercício somente compete aos cônjuges[5], não afetando, porém, a sua relação com os filhos.

2. Tipologia

Convivem, atualmente, em nosso sistema, duas modalidades de divórcio:

a) o **divórcio extrajudicial ou administrativo**, previsto pela Lei nº 11. 441, de 04 de janeiro de 2007, lavrado por Tabelião, mediante escritura pública, desde que seja consensual e não haja filhos menores ou incapazes[6].

b) o **divórcio judicial** – litigioso ou consensual –, por seu turno, desafia um procedimento conduzido por um Juiz de Direito, findando-se por meio da prolação de uma sentença.

Bem, o nosso interesse, na elaboração deste texto, não é trazer à baila noções tão comuns e amplamente conhecidas.

Pretendemos ir um pouco mais além.

3. Divórcio Liminar: Possibilidade Jurídica

Nada impede que, em se tratando de divórcio litigioso – aquele que desafia um procedimento judicial contencioso –, a parte autora acrescente ao pedido de dissolução do vínculo matrimonial pleitos de natureza diversa, como a fixação de pensão alimentícia, partilha de bens e definição da guarda de filhos, caracterizando uma cumulação de pedidos, a teor do art. 292 do Código de Processo Civil, especialmente à luz do seu parágrafo segundo, com os temperamentos peculiares ao Direito Processual de Família.

Nesse contexto, embora o pedido de divórcio seja de meridiana clareza e inegável simplicidade – por não exigir exposição de motivos ou fundamento – os demais poderão exigir uma instrução mais complexa, demorada e desgastante, impedindo a solução imediata da lide.

Em nossa experiência judicante, atuando por mais de 13 anos em juízo que também detinha competência para dirimir demandas atinentes ao Direito de Família, foi marcante a solicitação formulada, em audiência, por ambas as partes, marido e mulher, que também litigavam a respeito de pensão alimentícia e partilha de bens:

"Dr. Pablo, por favor, o senhor não poderia nos divorciar logo, enquanto o 'processo corre'?".

"Por que não?", foi o pensamento que veio à mente.

O processo serve à vida.

Não haveria sentido em se manter aquele casal – cujo afeto ruiu – matrimonialmente unido, considerando-se não haver mais condição ou requisito para o divórcio, enquanto se discutiam – durante semanas, meses, ou, talvez, anos – os efeitos paralelos ou colaterais do casamento, a exemplo do valor da pensão ou do destino dos bens.

Raciocínio diverso, em uma sociedade acentuadamente marcada pela complexidade das relações sociais – no dizer profético de DURKHEIM – com todas as dificuldades imanentes ao nosso sistema judicial, é, em nosso sentir, uma forma de imposição de sofrimento àqueles que já se encontram, possivelmente, pelas próprias circunstâncias da vida, suficientemente punidos.

E este sofrimento – fala-se, aqui, em *strepitus fori* – prolonga-se, quando a solução judicial, em virtude de diversos fatores alheios à vontade do casal, não se apresenta com a celeridade devida.

Por isso, nada impede que o juiz, liminarmente, antecipe os efeitos definitivos da sentença, com amparo no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil, para decretar, ainda no curso do processo, o divórcio do casal:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
>
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
>
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
>
> (...)
>
> **§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.** (grifamos)

Empregamos, conscientemente a expressão "divórcio liminar", na medida em que se trata de providência que pode ser adotada no limiar do processo, ou seja, *in limine litis*.

E não olvidamos que, em essência, trata-se da antecipação dos efeitos definitivos incontroversos da sentença, porquanto, como dito acima, por se tratar, o divórcio, de um direito potestativo, não haveria razão ou justificativa de mérito hábil a impedir a sua decretação[7].

Nesse contexto, podemos concluir, então, ser juridicamente possível que o casal obtenha o divórcio mediante uma simples medida liminar, devidamente fundamentada, enquanto ainda tramita o procedimento para o julgamento final dos demais pedidos cumulados.

Tal conclusão vai ao encontro dos princípios fundamentais do novo Direito de Família, na perspectiva sempre presente da dignidade da pessoa humana.[8]

E que eles sejam felizes.

Notas

[1.] Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia e da Rede de Ensino LFG. Coautor das obras "Novo Curso de Direito Civil" e "O Novo Divórcio" (Saraiva).

[2.] Em um dos pioneiros (quiçá o primeiro) acórdãos brasileiros sobre o tema, o TJMG enfrentou a questão, incidentalmente, afirmando expressamente a extinção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se dos autos nº 0315694-50.2010.8.13.0000, relatado pelo Desembargador DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, com julgamento em 21/10/2010 e publicação do acórdão em 12/11/2010. Confira-se trecho do julgado: "É de se registrar que a doutrina vem entendendo que a edição da EC 66/10 extirpou do nosso ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, prevendo como forma de extinção do vínculo matrimonial apenas o divórcio, o que geraria, por certo, superveniente impossibilidade jurídica do pedido formulado na ação originária deste recurso, culminando na extinção do feito sem julgamento do mérito. Não obstante, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processuais, tenho que deve ser possibilitada às partes a oportunidade de requerer a conversão de seu pedido de separação judicial em divórcio, porquanto é cediço que a extinção do processo os obrigará a manejar novo feito, agora pleiteando o divórcio, para que seja logrado seu objetivo, no sentido do desfazimento do vínculo matrimonial (...)". No Estado da Bahia, por sua vez, em encontro promovido pela Corregedoria Geral da Justiça, os Juízes das Varas de Família da capital aprovaram, à unanimidade, proposta de enunciado no sentido do reconhecimento da supressão do instituto jurídico da separação, a partir da entrada em vigor da Emenda do Divórcio. Todavia, **registro que se trata de matéria polêmica**, havendo corrente que sustenta a mantença do instituto. Em nosso sentir, como dito, trata-se de figura obsoleta, cuja preservação, após a edição da Emenda, representaria violação ao denominado *princípio da vedação ao retrocesso* (sobre o tema, cf. O Novo Divórcio e Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional, Ed. Saraiva, obras escritas em coautoria com Rodolfo Pamplona Filho, que serviram de base para este artigo).

[3.] Sobre o divórcio na Alemanha, recomendamos a leitura das considerações de VOPPEL, *Reinheard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführunsgesezt und Nebengesetzen – Eckpfeiler des Zivilrechts*, J. Von Satudingers, Berlin, 2008.

[4.] Passamos todo o bacharelado em Direito ouvindo a expressão "direito potestativo". Mas, de fato, compreendemos o seu sentido? Trata-se de um direito de interferência. Vale dizer, cuida-se de um direito que, ao ser exercido, interfere na esfera jurídica de terceiro, sem que esta pessoa nada possa fazer, a exemplo do direito de revogação ou de renúncia, no mandato, ou, como visto acima, do direito de divórcio.

[5.] "Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.
Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão."

[6.] Outros Estados no mundo admitem a modalidade administrativa de divórcio, como se dá no Direito Português, a respeito do qual escrevem Francisco Coelho e Guilherme de Oliveira: "O processo de divórcio por mútuo consentimento 'administrativo', decidido em conservatória do registro civil, está regulado nos arts. 271-274. CRegCiv", e, mais adiante, complementam: "A decisão do conservador que tenha decretado o divórcio é notificada aos requerentes e dela cabe recurso ao Tribunal de Relação." (Curso de Direito de Família – Vol. I – Introdução – Direito Matrimonial, 2 ed., Portugal: Coimbra Editora, 2001, págs. 604-605).

[7.] De fato, formulado o pedido de divórcio, no bojo de um procedimento judicial litigioso, uma vez citada a parte adversa, este ato citatório tem, em essência, a precípua função de dar-lhe ciência do pleito formulado, para permitir a instalação da relação jurídica processual. No mérito, todavia, a parte citada não terá maior espaço de defesa, na medida em que o pedido é imotivado, dispensando-se prazo mínimo para a sua apresentação. Ao menos em tese, e para efeito de investigação acadêmica, poderia o (a) demandado (a), em defesa, alegar a invalidade do casamento. De fato, a aferição da invalidade precederia a apreciação do divórcio. Todavia, na situação tomada como referência para o desenvolvimento argumentativo deste artigo, partimos da premissa de ser válido o casamento objeto do divórcio. Em tal hipótese, a capacidade defensiva de mérito do réu queda-se esvaziada.

[8.] Devemos interpretar adequadamente a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), segundo o panorama normativo inaugurado pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, para se admitir que, não apenas em caso de sentença (como se lê em seu art. 167, II, 14), mas também de decisão interlocutória – em face da qual não haja recurso pendente – possa, o Oficial de Registro, proceder com a necessária averbação da dissolução do vínculo matrimonial.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE E A SÚMULA VINCULANTE N. 10: AVANÇO OU RETROCESSO?[1]

por Gabriel Dias Marques da Cruz[2]

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o significado da criação da Súmula Vinculante n. 10 no âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, tendo por foco, particularmente, os desdobramentos que o enunciado normativo pode trazer para a sistemática do controle difuso de constitucionalidade.

Neste sentido, em essência, o texto será dividido em duas partes principais. A princípio, o foco será voltado para o cerne da finalidade que envolveu a edição do enunciado normativo contido na SV 10, realçando, pois, o objetivo da sua expedição. A seguir, o artigo buscará sublinhar a repercussão da criação da Súmula no âmbito do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, tentando contribuir para que exista maior debate na doutrina nacional a respeito do seu próprio funcionamento, assim como sobre perspectivas de aperfeiçoamento.

2. Contexto de criação da Súmula Vinculante nº 10: a cláusula de reserva de plenário e o incidente de inconstitucionalidade no Brasil

A edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes no Brasil encontra fundamento no teor do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, o qual deve ser associado ao regramento trazido pela Lei n. 11.417/06. Neste sentido, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou provocado, editar, revisar ou cancelar enunciado de súmula vinculante, exigindo-se para tanto o quórum de pelo menos 2/3 dos seus Ministros. Uma vez editada, a súmula gera, por consequência, a obrigatoriedade de que a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário respeitem o seu conteúdo, sob pena do ajuizamento de reclamação constitucional, ação destinada a garantir a autoridade do próprio Tribunal mediante a correção das decisões que vierem a se afastar de seu entendimento.

Entretanto, no presente trabalho, será feito um recorte temático para que ocorra a análise de apenas uma das súmulas vinculantes, o que ocorrerá tendo em vista a limitação da presente abordagem. Trata-se, no caso, da SV 10, que buscou, em essência, reforçar a garantia do artigo 97 da Constituição Federal de 1988. Destarte, não abordarei a polêmica relacionada ao próprio advento do instituto, o que pode ser mais aprofundado mediante o exame de obras específicas a respeito[3]. Também não serão examinados os detalhes relacionados ao processamento e criação das súmulas[4]

De todo modo, importa registrar que o declarado intuito de criação dos enunciados com força vinculante foi o de obedecer a uma racionalização da atividade jurisdicional, no sentido de abreviar o andamento dos processos e promover, também, uma tutela que seja marcada pela efetivação do princípio da igualdade. Neste sentido, há autores[5], inclusive, que chegam a falar na existência de um conteúdo *pedagógico-institucional* nas súmulas, sendo que "(...) não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante (...)".

A Súmula Vinculante n. 10 possui conexão direta com a garantia da cláusula da reserva de plenário, conclusão que resulta evidente da simples redação do seu conteúdo: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte" (STF, DJe n. 172/2008, p. 33)

Uma primeira leitura do enunciado evidencia que o Supremo Tribunal Federal desejou reforçar o respeito ao teor do artigo 97 da Constituição, dispositivo que determina que, nos Tribunais, apenas ocorra julgamento favorável à decretação de inconstitucionalidade caso sejam reunidos os votos de pelo menos a maioria absoluta dos seus integrantes. Ademais, não apenas ocorre um reforço ao teor do aludido artigo, mas também a garantia de que a decisão final no sentido da inconstitucionalidade seja oriunda do Pleno ou Órgão Especial da própria Corte, mesmo nos casos em que não houver expressa declaração de inconstitucionalidade, mas sim o afastamento da incidência da aplicação de lei ou ato normativo concretamente.

Vale dizer que a cláusula de reserva de plenário encontra-se assentada, historicamente, na prática constitucional brasileira, tendo sido inserida quando do advento da Constituição de 1934, por força de nítida influência norte-americana. A também chamada *regra do full bench* buscou, então, assegurar que, nos órgãos de deliberação colegiada, apenas ocorra a prolação de julgamento favorável à tese de inconstitucionalidade em havendo o alcance de pelo menos o primeiro número inteiro superior à metade dos integrantes da Corte respectiva, conceito que retrata a noção numérica de maioria absoluta.

Passados os anos da evolução do constitucionalismo nacional, o mesmo preceito foi reiterado, em essência, pela Constituição de 1988, correspondendo, atualmente, ao mencionado artigo 97.

Vale dizer que a efetivação da reserva de plenário, na prática, exige o cumprimento das etapas do chamado *incidente de inconstitucionalidade*, ferramenta prevista pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Em síntese, caso surja a questão de inconstitucionalidade perante o órgão fracionário de um Tribunal, dois caminhos são possíveis: (1) caso se trate de tese *plenamente inviável*, ocorrerá a sua superação, prosseguindo o Tribunal nas demais etapas necessárias ao julgamento do conteúdo principal da causa; (2) contudo, caso realmente seja perceptível a *viabilidade* da alegação de inconstitucionalidade, cabe ao órgão fracionário respectivo sustar o julgamento da causa principal e encaminhar a questão de inconstitucionalidade para o Pleno ou Órgão Especial da própria Corte, aguardando a sua resolução. Com o término da apreciação da questão de inconstitucionalidade, haverá o encaminhamento deste entendimento do Pleno ou Órgão Especial a respeito da questão de volta ao órgão fracionário, que ficará autorizado, então, a prosseguir o julgamento da causa principal. Importa esclarecer que apenas não haverá a deflagração de tal procedimento nos casos em que já houver prévio entendimento do Tribunal ou do STF a propósito da questão, conclusão amparada no princípio da economia

processual, como prescreve o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil. Em breves linhas, seria este um breve retrato da aplicação do artigo 97 da Constituição, combinado com os artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Entretanto, ante o exposto, remanesce uma indagação: qual seria a justificativa para a edição de uma Súmula Vinculante que, na prática, repete o teor de um artigo expresso da Constituição?

O exame dos precedentes relacionados à criação da Súmula aponta para a conclusão de que o procedimento de aplicação do incidente de inconstitucionalidade não costumava ser, por vezes, respeitado por parte de alguns órgãos fracionários de Tribunais no Brasil[6]. Pretendeu-se, então, obstar a prática equivocada de alguns órgãos fracionários o sentido de não adotar a remessa da questão de inconstitucionalidade para o Pleno ou Órgão Especial da Corte respectiva sob o argumento de que não haveria declaração expressa de inconstitucionalidade, mas sim o afastamento de incidência de lei ou ato normativo. Contudo, como visto, o STF entendeu ambas as providências como *equivalentes*, sendo que tanto a declaração *expressa* de inconstitucionalidade quanto o seu reconhecimento por *via indireta* exigem a adoção da reserva de plenário[7].

Vale destacar, também, que o debate realizado pelos Ministros do Tribunal no momento de criação do enunciado teve por norte, basicamente, a sua redação, optando-se pelo emprego das expressões *lei ou ato normativo* na confecção da terminologia, por corresponderem à literalidade do texto da Constituição[8].

Destarte, a criação da Súmula teve por norte assegurar a aplicação da reserva de plenário pelas Cortes brasileiras, tornando mais rigorosa, portanto, a etapa de aferição da inconstitucionalidade, na medida em que garantiu que os órgãos mais importantes de cada Tribunal tivessem, de fato, a sua competência resguardada.

3. Perspectivas do tema no controle de constitucionalidade brasileiro

Pode-se dizer que a edição do enunciado da Súmula Vinculante n. 10 obteve repercussão positiva na doutrina constitucional brasileira, na medida em que exigiu a obediência a comando descrito pela Lei Maior e que, por vezes, era desconsiderado pela jurisprudência dos órgãos fracionários.

Em sentido contrário, importa examinar a opinião do Professor Ives Gandra da Silva Martins ao crer que o controle difuso seria aniquilado pela Súmula, já que "(...) Os magistrados – se for esta a interpretação da Suprema Corte, que não creio – terão que se julgar incompetentes para decidir questões que envolvam, direta ou indiretamente, a alegação de incidência inconstitucional de norma (...)"[9]. Trata-se de visão equivocada, contudo, por conta de a criação do enunciado da Súmula guardar relação com a garantia de respeito à deflagração da prática do incidente de inconstitucionalidade nos *Tribunais, em nada alterando a prerrogativa de Juízes declararem, em primeiro grau*, a inconstitucionalidade das leis e atos normativos que julgarem violadores da Constituição[10].

Contudo, o objetivo do presente artigo reside em chamar a atenção para a necessidade de enfrentar, de modo mais aprofundado, a própria lógica que guia o funcionamento do incidente de inconstitucionalidade, reforçada ante a criação do enunciado sumular. É habitual, no Brasil, reiterar a previsão de maioria absoluta como *quórum* a ser

alcançado nos órgãos fracionários com o fim de atingir a declaração de inconstitucionalidade, providência que demanda o recurso à ferramenta do incidente de inconstitucionalidade para a sua perfeita aplicabilidade.

O sistema brasileiro de controle continua, pois, a contemplar a viabilidade da declaração de inconstitucionalidade por parte de qualquer Juiz ou Tribunal, diante de casos concretos, traço que caracteriza o chamado controle difuso/incidental de constitucionalidade brasileiro, que teve por inspiração a construção jurisprudencial inovadora trazida pelo caso *Marbury v. Madison*, decidido pelo Juiz Marshall nos Estados Unidos em 1803. Trata-se de controle que considera a aferição da inconstitucionalidade na condição de uma *questão prejudicial*, cuja apreciação antecede, necessariamente, o julgamento da solução principal do processo.

Todavia, diante da crescente demanda por celeridade e homogeneidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, representada, por exemplo, pela criação recente, via Emenda Constitucional n. 45/04, de institutos como a repercussão geral no recurso extraordinário, assim como pelo próprio advento da súmula vinculante, torna-se importante questionar: a histórica convivência de decisões contraditórias deve continuar a prosperar no controle difuso, por se tratar de disfunção admissível e controlável na lógica brasileira de fiscalização, ou representa ponto que demanda alguma modificação em suas bases para que seja reduzido, também neste âmbito, o grau de variabilidade e incerteza das decisões?

É imprescindível que tenhamos atenção para os caracteres que marcam hoje no Brasil o funcionamento do controle difuso, o qual vem constantemente perdendo espaço no cenário nacional para os instrumentos do controle concentrado/principal de constitucionalidade, deflagrado mediante a via de ação. Particularmente, é perceptível a necessidade de privilegiar a investigação aprofundada da própria ferramenta do incidente de inconstitucionalidade, assunto que não tem merecido, em geral, atenção específica por parte dos autores nacionais. Destaco, contudo, a título exemplificativo, dois autores que escolheram a análise do incidente de inconstitucionalidade como recorte para tentar sugerir aperfeiçoamentos no funcionamento do controle difuso, contemplando, no caso, os esforços dos professores Marcelo Weick Pogliese e José Levi Mello do Amaral Júnior.

Em breve síntese, pode-se dizer que, em sua obra, o professor Marcelo Weick Pogliese defende a mudança da ordem jurídica brasileira para que ocorra a adoção de um incidente de inconstitucionalidade de natureza *metaprocessual*, e não apenas *endoprocessual*. Neste sentido, defende que "(...) a introdução no Brasil do incidente de arguição de inconstitucionalidade nos moldes europeus, com as adaptações devidas, constitui-se, assim, em uma alternativa segura e eficaz (...)"[11], o que, segundo o seu entendimento, contribuiria para reduzir o tempo de apreciação definitiva da controvérsia constitucional, assim como viabilizaria a redução na quantidade de processos idênticos em tramitação.

Por sua vez, o professor José Levi Mello do Amaral Júnior formula proposta no sentido de também aproximar a prática do incidente de inconstitucionalidade da configuração do instituto nos termos em que é desenvolvido por algumas experiências européias, mencionando que "(...) significaria praticar, no Brasil, um incidente de inconstitucionalidade muito similar àquele tão comum na Europa, trazendo para a estrutura judiciária brasileira – globalmente contemplada – instrumento há muito admitido no interior dos tribunais pátrios"[12].

Nota-se, então, que ambas as propostas têm em comum a tentativa de sugerir aperfeiçoamentos em sede do funcionamento do incidente de inconstitucionalidade no direito brasileiro, possuindo o mérito de apreciar ponto normalmente não trabalhado com maior profundidade pelos autores de Direito Constitucional no País. Não irei, neste espaço, tecer comentários mais detidos a respeito do mérito de cada sugestão, o que deve comportar apreciação em ocasião futura e demanda uma reflexão que não se amolda aos estreitos limites deste trabalho. Mas, desde logo, é necessário chamar a atenção dos estudiosos para a demanda por pesquisas mais cuidadosas a propósito do controle difuso no Brasil e as características principais do seu funcionamento.

Sendo assim, resta a pergunta: houve, afinal de contas, avanço ou retrocesso ante a criação da Súmula Vinculante n. 10?

A resposta, em verdade, depende da ótica com a qual se enfrenta o assunto. Normalmente, os autores vêem com acerto a criação da SV 10, na medida em que, de fato, estimulou o respeito ao teor do artigo 97. Pode-se dizer, ainda, que se trata de súmula vinculante verdadeiramente *eficaz*, levando-se em consideração as conclusões obtidas pela pesquisa empírica realizada por Letícia Oliveira Lins de Alencar[13], sendo, ainda, alvo de número considerável de reclamações questionando a sua inobservância.

Ocorre que existe outra abordagem urgente na mesma temática, e que diz respeito ao funcionamento do incidente de inconstitucionalidade, instrumento que, como visto, operacionaliza a reserva de plenário. O que importa reforçar é que o teor normativo trazido pela Súmula *não pode servir para que esqueçamos a necessidade de problematizar o próprio funcionamento do incidente de inconstitucionalidade* no Brasil, temática que merece um tratamento doutrinário mais cuidadoso a ponto de sugerir, se for o caso, modificações em sua utilização.

É necessário examinar qual o papel que o controle difuso de constitucionalidade deve representar no Brasil, e se, de fato, as demandas da atualidade exigem a mudança de sua compreensão no que diz respeito ao incidente de inconstitucionalidade. Tal linha de investigação permanece, no geral, inexplorada pela doutrina, representando aspecto relevante para desvendar o funcionamento do complexo controle de constitucionalidade brasileiro.

4. Conclusões

Ante o exposto, a criação da Súmula Vinculante 10 pode ser contemplada como providência bem sucedida, na medida em que ajudou a garantir o cumprimento da reserva de plenário, cláusula que demanda o respeito à competência do Pleno ou do Órgão Especial dos Tribunais para que haja decretação de inconstitucionalidade.

Entretanto, o reforço desse aspecto não pode servir para que a doutrina nacional esqueça de problematizar a lógica que guia o funcionamento do incidente de inconstitucionalidade no Brasil, sob pena de se perder a chance de entender, globalmente, os aperfeiçoamentos necessários para dotar a engenharia processual do controle de instrumentos capazes de lidar com as controvérsias que desafiam aqueles que lidam com o seu funcionamento.

A demanda por maior celeridade e uniformidade das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário encontrou resposta na criação e importação de institutos que têm por

marca característica o alcance de solução imediata, de forma a auxiliar a homogeneidade decisória. Certamente é chegado o momento de não apenas vangloriar o advento da Súmula Vinculante 10, mas também examinar, com maior detalhamento, as raízes de funcionamento do incidente de inconstitucionalidade no Brasil. O advento da Súmula Vinculante 10 representa, portanto, apenas a ponta do iceberg de uma temática que guarda consigo desafios muito maiores ante o que se mostra perceptível à primeira vista.

5. Referências

ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. **Desmistificando o instituto**: a súmula vinculante é eficaz? Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF". *In*: **Jornal Gazeta Mercantil**, 14.07.2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Marcelo. "Súmula Vinculante 10 do STF: Novidade ou um pouco mais da mesma coisa?" *In*: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 59, 30.11.2008, p. 3. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5318. Acesso em 15/01/2012.

POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade em Tribunal**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. "Súmula Vinculante n. 10". *In*: **Jornal Carta Forense**, 04.08.2008.

Notas

1. Artigo elaborado a convite do blog "Os Constitucionalistas", correspondendo a uma versão ligeiramente adaptada de publicação realizada na Revista do Fórum de Teses da Faculdade Baiana de Direito ("Incidente de Inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante n. 10: Avanço ou Retrocesso?". *In*: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, volume 4, 2012).

2. Mestre e Doutor em Direito do Estado – USP. Professor de Direito Constitucional e Ciência Política da Universidade Federal da Bahia (UFBa), Faculdade Baiana de Direito e Faculdade Ruy Barbosa. Autor do livro "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro". São Paulo: Malheiros, 2011.

3. Neste sentido, cf. síntese dos argumentos contrários à edição da Súmula, encontrada na obra de FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 755. Ademais, defendendo a edição das súmulas, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, em especial pp. 97, 208, 247, 319 e 346.

4. Para conhecer detalhes a respeito do processamento das súmulas, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, pp. 1001-1002; SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 511-522.

5. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 970.

6. Para uma síntese dos precedentes relativos à súmula vinculante 10, Cf. MENDES, Marcelo. "Súmula Vinculante 10 do STF: Novidade ou um pouco mais da mesma coisa?" *In*: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 59, 30.11.2008, pp. 2-3. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5318. Acesso em 15/01/2012.

7. Em idêntico sentido, Cf. TAVARES, André Ramos. "Súmula Vinculante n. 10". *In*: **Jornal Carta Forense**, 04.08.2008.

8. No mesmo sentido, cf. ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. **Desmistificando o instituto**: a súmula vinculante é eficaz? Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010, p. 55.

9. MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF". *In*: **Jornal Gazeta Mercantil**, 14.07.2008.

10. Em sentido similar, Cf. MENDES, Marcelo. "Súmula Vinculante 10 do STF: Novidade ou um pouco mais da mesma coisa?" *In*: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 59, 30.11.2008, p. 3. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5318. Acesso em 15/01/2012.

11. POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade em Tribunal**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 204. A proposta do autor pode ser conferida com maior profundidade no item 4.4 de sua obra, contemplando as páginas 202-210.

12. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115. A proposta formulada pelo autor tem por base o capítulo 5 de sua obra, contemplando as páginas 109-115.

13. ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. **Desmistificando o instituto**: a súmula vinculante é eficaz? Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP. São Paulo, 2010, pp. 60-61.

INCONSTITUCIONALIDADES NO IPTU E NO ITIV DE SALVADOR

***por Edvaldo Brito*[1]**

I. Ofensa ao processo legislativo

O novo regramento dos dois impostos: **ITIV** – *Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis*, na sua incidência sobre *incorporação imobiliária* e do **IPTU** – *Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, na quase totalidade de sua regulação legal, no Município da Cidade do Salvador, processou-se com *defeitos* que o inquinam com o vício da *inconstitucionalidade*.

O processo legislativo do qual resulta o regramento contido nas leis nº 8.421 de 16 de julho de 2013 que disciplina ITIV e IPTU, nº 8.464 de 10 de setembro de 2013 e nº 8.473 de 27 de setembro de 2013 está *eivado*, por ofensa à Constituição da República Federativa do Brasil.

A lei nº 8.421, de 2013, nasceu de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, mediante a Mensagem de nº 01/13, datada de 14 de março de 2013 solicitando que a apreciação fosse feita com observância do regime de urgência na forma de art. 47 da Lei Orgânica do Município.

Restou desse projeto o conteúdo dessa lei, com ampla reforma do Código Tributário do Município, incluindo disposições sobre o ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, o ITIV – Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis e o IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana.

A Lei nº 8.464, de 2013 nasceu do projeto nº 642/13, de iniciativa do Prefeito, chegado à Câmara Municipal através da Mensagem nº 16/13, datada de 30 de agosto de 2013, com pedido de urgência, na forma do art.47 da Lei Orgânica do Município. Restou desse projeto, nessa lei, o enquadramento de alíquotas pela divisão da cidade em *faixas de progressividade*, sendo 7 (sete) para imóveis residenciais, 6 (seis) para não residenciais e 5 (cinco) para terrenos.

A lei nº 8.473, de 2013 nasceu do projeto nº 643/13 chegado à Câmara Municipal através a Mensagem nº 17/13, datada de 30 de agosto de 2013, também, com pedido de urgência, na forma do art.47 da Lei Orgânica do Município.

Gizem-se, de logo, de referência a essa Mensagem nº 17/13, duas **"posições de colidência com os preceitos normativos da Constituição do Estado da Bahia, quais sejam:"**

Primeira: o **seu texto** foi publicado a partir da página 19 do "Diário Oficial do Legislativo" de 04.09.2014, sem o Anexo I, constando, à página 20, entre a indicação da assinatura do Prefeito e o Anexo II, a seguinte informação, entre parêntesis, "ver arquivo com relação completa"

Contudo, foi impossível o acesso a esse arquivo eletrônico, tendo o vereador Edvaldo Brito declarado da tribuna "que, se mantida a forma do Projeto, votaria contra. Ressaltou que não conseguiu ter acesso ao Anexo I da Mensagem nº17/13, que são

412 páginas, trata de 4.500 ruas e não se tem conhecimento suficiente da matéria..." (cf. Ata da 68ª sessão ordinária do 1º período legislativo da 17ª legislatura da Câmara Municipal de Salvador, realizada em 18 de setembro de 2013, fls.3/4)

Este fato é relevante para comprovar uma das desobediências da tramitação legislativa à disposição constitucional (art.64 da Constituição bahiana) que exige a garantia da participação da comunidade, dentre outras formas, através dos mecanismos de exercício da soberania popular, uma vez que, nem os representantes do povo, os vereadores, puderam ter acesso aos instrumentos de que resultou a lei, estes como fruto de uma das formas de exercício dessa soberania por se legitimarem pelo sufrágio universal e voto direto e secreto, (art. 14 da Constituição), imagine-se o povo impedido da audiência pública já marcada para o dia seguinte.

Tanto que o vereador Odiosvaldo Vigas, apoiando a fala do vereador Edvaldo Brito sobre o IPTU disse ter acompanhado "artigo do professor [...] por isso sugeriu a suspensão da sessão para melhor análise e aprofundamento do assunto".

A sessão, porém, continuou com o projeto na "Ordem do Dia", tendo sido colocado em votação um requerimento de urgência urgentíssima para votação de uma Mensagem Aditiva (?!), que operaria os efeitos de "Substitutivo ao Projeto de Lei nº643/13 e a matéria foi, então, para relato nas Comissões conjuntas" no próprio Plenário, sem discussão, tendo o presidente da Comissão de Constituição e Justiça emitido o parecer da tribuna, sob protesto do vereador Edvaldo Brito que teve seu pedido de vista indeferido, embora formulado com fundamento no Regimento arts.61 e 76 (cf. Ata da 68ª sessão)

Segunda: a chamada **Mensagem Aditiva** (?!) chegou à Câmara Municipal à noite, quando já se fizeram algumas das 3 (três) discussões daquela anterior, à qual ela iria servir de substitutivo, tal como se vê pelo resumo descritivo dos fatos encontrados nessa ata da sessão de 18 de setembro de 2014.

Pois bem: além da esdruxularia dessa tramitação legislativa, há, também, outro óbice à sua validade, conforme denuncia ata, nos seguintes termos: "Continuando, o vereador Edvaldo Brito [...] questionou o acréscimo de alguns artigos e a votação de matéria estranha".

É que a tramitação legislativa desta *Mensagem Aditiva à de nº17/13* feriu de morte a validez constitucional o texto normativo que dela resultou, ou seja, o da lei nº 8.473/2013, por **vício de inconstitucionalidade do procedimento ferindo direito subjetivo do contribuinte**, porque acrescentou à Mensagem original que era de, apenas, 9 artigos, mais 6, para inserir, através desses, **matéria estranha** ao seu objetivo por não guardar qualquer pertinência.

Trata-se da reestruturação da ARSAL que passaria a denominar-se Agência Reguladora e Fiscalizadora dos Serviços Públicos de Salvador e da criação de 97 (noventa e sete) cargos, **matérias estranhas** à mensagem original (cf. publicação da mensagem original no Dário Oficial do Legislativo, de 04.09.2014, pgs.19 a 23) trazidas, portanto, pela já mencionada **Mensagem Aditiva**, como se pode ver do texto da lei nº8.473/2013 (Diário Oficial do Município, pgs.6 e segs.), completamente diferente da mensagem original, mas, idêntico ao da **Mensagem Aditiva**.

Esse **histórico** é a prova da **inconstitucionalidade do procedimento** adotado durante o processo legislativo, à luz das normas que regem a matéria, como se verá a seguir.

Com efeito, a **tramitação legislativa municipal**, que tem como fonte direta a Lei

Orgânica do Município e o Regimento Interno da Câmara Municipal, deve obedecer ao regime constitucional sobre a matéria que inclui a **lei complementar que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação de leis** (cf. parágrafo único do art.59 da Constituição da República Federativa do Brasil, **norma de reprodução** obrigatória, por isso, repetida no parágrafo único do art.72 da Constituição do Estado da Bahia).

Esta Lei Complementar é a de nº95, de 26 de fevereiro de 1998 que estabelece, no seu art.18, que a norma que se edita somente não será recusada se contiver **eventual** inexatidão formal no processo legislativo regular.

Não é o caso das leis municipais aqui contestadas. A inexatidão formal nelas existentes decorre de elaboração por processo legislativo irregular, consoante a descrição, supra, do histórico; portanto, não é eventual, nem se trata de processo regular.

É que, além dos vícios apontados até aqui, há um que a fere de morte, sob esse ângulo de formação dessas leis, qual seja, o de ter-se admitida uma **Mensagem Aditiva** (?!), já quando estava adiantado procedimento do processo legislativo, sem respeitar o próprio Regimento Interno da Câmara, pois, essa **Mensagem Aditiva** não foi objeto da publicidade necessária para que fosse ao conhecimento dos próprios Vereadores, quanto mais ao da sociedade civil que àquela altura dos acontecimentos já tinha agendada, para o dia seguinte, a realização das audiências públicas, constitucionalmente, determinadas; o outro vício insuperável é, portanto, o de essa **Mensagem Aditiva** trazer matéria estranha ao objeto da original; matéria sem qualquer vinculação ou por afinidade, pertinência ou conexão com o que já se votava, os VUP do IPTU, como atesta a própria ementa da lei nº8.473/2013 que resultou dessa irregularidade.

A regra está no inciso II do art.7º dessa **lei complementar nº95/1998**:

> **"á lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade pertinência ou conexão".**

Até porque é essa mesma lei complementar que determina como tem de ser a estrutura de uma lei, dividida em três partes, destinando-se à sua parte preliminar uma ementa indicando o âmbito de aplicação das disposições normativas (art.3º, I).

A ementa da lei sob exame revela que nela se "**aprovam os Valores Unitários Padrão – VUP de terreno e de construção e altera dispositivos do Código Tributário do Município (lei nº7.186/2006)**. Esta matéria é estranha à criação de uma Agência Reguladora, a ARSAL, com os seus cargos, também, criados no bojo desta **Mensagem Aditiva** à anterior sobre matéria tributária, o **VUP**.

A **Mensagem Aditiva**, em questão, ao acrescentar artigos à mensagem original, fê-lo para criar uma Agência Reguladora e 97 cargos públicos, tudo estranho aos VUP – Valores Unitários Padrão de Imóveis que tem o efeito **exclusivo** de servir de um dos elementos constitutivos da *base de cálculo* do IPTU.

I.a. Limites da discricionariedade política do processo legislativo

Poder-se-ia pensar que o legislador municipal, dentro da **autonomia** do Município, teria **competência** para atuar, livremente, ao fazer a lei, por exercer **função discricionária**.

Não.

O Município integra a **Federação** brasileira constitutiva de um **Estado** Democrático de Direito, cujo **governo** é **republicano** (cf. arts. 1º. 3º, 18 e 29 da Constituição da República Federativa do Brasil e 2º, VI, 6º, 11, XVI e 55 e segs. da Constituição do Estado da Bahia).

Assim, a **discricionariedade** do legislador municipal é para optar pelos temas de sua atuação, na linha da outorga de competência constitucional. **NUNCA** para desrespeitar a **forma** dessa atuação em uma **Federação** caracterizada pela *descentralização política incompleta e republicana*, na qual a **audiência popular** é exigida pela Constituição do seu respectivo Estado, no processo legislativo:

> Art. 64 – **Será garantida a participação popular [...] na iniciativa de projetos de lei de interesse específico do Município [...]**

E já havia uma **audiência pública** marcada para o dia seguinte ao da apressada votação da famigerada **Mensagem Aditiva**, a qual não se realizou, obviamente, tudo porque houve um acordo entre o prefeito e cinco vereadores da oposição:

> **"pela ordem, o vereador Leo Prates disse que houve uma negociação entre o prefeito e cinco vereadores da oposição (Henrique Carballal, Moisés Rocha, Luiz Carlos Suica, Arnando Lessa e J. Carlos Filho) sobre Emendas sobre Imposto sobre Transmissão Intervivos [...]" (cf. Ata da 68ª sessão).**

Fere-se, assim, o **princípio constitucional republicano** (art.64 da Constituição do Estado da Bahia, **norma de reprodução obrigatória** do art.1º e do item II do §2º do art.58 da Constituição da **REPÚBLICA** Federativa do Brasil).

A **autonomia** do Município, como ente federado, tem os seus limites estabelecidos a partir da Constituição Federal. **Autonomia**, por definição, é a aptidão para definir auto-organização, auto-governo e auto-administração, ou seja, aptidão, respectivamente, para elaborar sua Lei Orgânica; eleger seus agentes políticos por sufrágio universal e voto direto; estruturar a sua Administração com obediência às regras específicas dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Kelsen[2] é convincente na explicação dessa categoria jurídica, a **autonomia** em uma Federação, ao estudar a estrutura espacial do Estado. Ele esclarece que as normas que compõem a ordem jurídica do Estado podem ter todas uma esfera de vigência igual, valendo **todas** para todo o território do Estado ou podem, ao contrário, umas terem vigência em todo o território e outras somente em uma parte deste.

São os vários graus de *descentralização política*. O oposto – *centralização total* – ocorre quando todas as normas do sistema valem, sem exceção, para todo o território. Há, outrossim, *descentralização* total quando todas as normas do sistema, sem exceção, valem somente para uma parte do território.

A Federação brasileira é, em linguagem kelseniana, um tipo de *descentralização política incompleta*, na qual a legislação está repartida entre um órgão central e vários órgãos locais, de modo que a lei local tem o seu conteúdo determinado pela Constituição que estabelece os princípios gerais que aquela deve observar, mas, há uma norma, também, com fundamento de validez constitucional, que tem vigência em todo o território nacional e é emitida pela União, na sua qualidade de superintendente da Federação. São as *leis de normas gerais* ou são aquelas, especificamente, chamadas de *leis federais nacionais*.

O Código Tributário Nacional é lei de normas gerais (art.146, III da Constituição **republicana** e **federativa**) e, por isso, tem vigência em todo o território nacional, não podendo ser desrespeitado, como o foi pelo processo legislativo municipal, relativamente ao parágrafo único do seu art. 33.

A Lei Complementar nº95/1998, por sua vez, pertence a essa categoria de *lei federal nacional*, até porque ela é *integrativa* da Constituição que a requereu, explicitamente, para compor uma **norma de reprodução** obrigatória, qual seja, o regime constitucional do **processo legislativo**.

Norma de reprodução e norma de **imitação** constituem, em uma Federação, o sistema rígido de distribuição das competências legislativas.

A **norma de reprodução** é, sempre, de repetição compulsória na Constituição dos Estados e na Lei Orgânica dos Municípios, porque ela veicula critério que vincula o ente federado ao seu cumprimento, ela esteja ou não repetida, reproduzida nesses respectivos textos (cf., dentre outros julgados do **Supremo Tribunal Federal**, os seguintes: **Reclamação nº370-1 MT, 09.04.1992; Reclamação nº383-3 SP, 11.06.1992; ADIN nº3.307-7 MT 02.02.2009; Ag. Reg. No Agravo de Instrumento nº809.719 MG, 09.04.2013; Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 745.811 Pará, 17.10.2013)**.

São exemplos, além do **processo legislativo** (arts.59 e SS. da Constituição da República Federativa do Brasil), o sistema e o regime de governos, a separação de poderes, o processo eleitoral, os direitos fundamentais, porque Estados e Municípios têm de observar o "**standard**" federativo, por respeito ao **princípio da** simetria insculpido nos seus arts.18 e ss. que organizam o Estado Federal brasileiro.

Ora, **discricionariedade** não se confunde com **poder discricionário** porque este é ilimitado, dirigindo-se pela própria vontade do seu titular que não se bitola de modo exógeno, mas, atua conforme seu próprio entendimento. **Discricionariedade** consiste em o agente atuar numa esfera de atribuições que lhe permite opções entre tantas alternativas, previamente, postas à sua escolha.

A Câmara Municipal, por isso, exerce função discricionária porque opera no campo da **discricionariedade** política ao ter o controle de mérito dos atos legislativos, contudo, tem obediência à **norma de reprodução** e, assim, tem bitola de modo exógeno, qual seja o regime constitucional.

Consequentemente, se na feitura das leis inquinadas, a Câmara Municipal de Salvador não respeitou o parágrafo único do art.59 da Constituição **federativa** e republicana, viciou sua ação, tornando imprestável o produto dela resultante.

Basta relatar o seguinte **incidente** procedimental:

Chegada a **Mensagem Aditiva**, diretamente, para o Plenário, já em final de procedimento de votação da mensagem original, a que essa aditiva pretendeu substituir e tendo sido encaminhada como "**substitutivo**" para votação com urgência urgentíssima, porém, **sem qualquer publicidade** do seu conteúdo, ou mesmo sem qualquer exame pela Comissão de Constituição e Justiça, da qual faz parte, o vereador Edvaldo Brito – assim, na qualidade de membro da referida Comissão – invoca os arts. 61[3] e 76[4] do

Regimento Interno, pedindo vistas da matéria nova. Foi-lhe indeferido o pedido e o presidente da Câmara e não o da Comissão – como deveria sê-lo – negou-lhe essa vista, alegando "que o Projeto estava em regime de urgência urgentíssima. O vereador Edvaldo Brito disse que a urgência urgentíssima não eliminava o pedido de vistas nem a consulta aos membros das Comissões. O Senhor presidente leu o Parágrafo Único[5] do artigo 131 do Regimento" (cf. Ata da 68ª Sessão Ordinária do 1º Período Legislativo da 17ª Legislatura da Câmara Municipal de Salvador, realizada em 18 de setembro de 2013). Esse art.131 nada tem a ver com o **incidente**. Apesar disso, o presidente prosseguiu a sessão.

A leitura desse parágrafo único do art.131 do Regimento (nota de rodapé nº5) demonstra que a decisão do presidente da Câmara – sem **competência** para a decisão – também, no mérito, não tinha fundamento, tanto mais que **usurpou competência** para a deliberação que seria do presidente da Comissão de Constituição e Justiça.

Ora, acresça-se que a inexistência de fundamento está mais evidente quando se invoca o **princípio da simetria** para buscar-se no Regimento Interno da Câmara dos Deputados a similitude orientadora, em função da **analogia**; é que esse Regimento da Câmara Federal disciplina essa matéria nos seus arts. 151 e ss. fazendo um rol **numerus clausus** daquelas que suportam regime de urgência, excluindo desse regime a hipótese, aqui, sob exame; e, no seu art.152, estabelece que, mesmo com o pedido de urgência, **não se dispensam**:

> **I – publicação e distribuição, em avulsos ou por cópia, da proposição principal e, se houver, das acessórias;**
> **II – pareceres das Comissões ou de Relator designado;**
> **III – quorum para deliberação.**

Mayr Godoy, reconhecida autoridade no assunto, aponta para a fase da Constituição de 1946 o avanço das Câmaras Municipais na participação do **processo legislativo**, aduzindo que "é dessa fase que se lhe emprestou o nome de Poder Legislativo Municipal, na **simetria** com os de outras esferas de governo da Federação, **simetria** que se acentuou após 1964, chegando em 1988 ao grau de quase **identidade**".

E conclui: "a competência privativa decorre da aplicação, na esfera do Município, das mesmas disposições endereçadas à Câmara dos Deputados pelo Constituinte (Const., Art.51)"[6].

Tem razão essa conclusão, pois, o art.29 da Constituição da República Federativa do Brasil, ao outorgar competência à Câmara Municipal para elaborar a Lei Orgânica, estabelece que dela deve constar a organização das funções legislativas (inciso XI), mas, "atendidos os princípios estabelecidos na (própria) Constituição, na Constituição do respectivo Estado". O **processo legislativo** é um desses princípios e, como já acentuado, por ser **norma de reprodução**, tem **simetria** com o da Câmara dos Deputados.

A Analogia é um dos critérios utilizados pela *Ciência do Direito* para colmatar lacunas deixadas pela fonte normativa, considerando que há a **plenitude hermética do ordenamento jurídico**.

Pode-se, assim, afirmar: o *Direito*, enquanto *objeto cultural* do mundo do conhecimento humano, não tem *lacunas*. Estas são próprias do chamado *direito positivo*, por isso, o Código Tributário Nacional – lei de normas gerais de direito tributário – forrou-

se dessa **plenitude hermética**, ao estabelecer que, em face da ausência de norma expressa, o aplicador da legislação tem de utilizar um dos quatro critérios, na ordem sucessiva, a que se refere o seu art.108.

O primeiro desses quatro critérios tem de ser a **analogia**.

Consequentemente, se o Regimento Interno da Câmara Municipal de Salvador é carente de norma expressa para disciplinar o **processo legislativo** na hipótese ocorrida, há de ser colmatada essa *lacuna* com a busca de **paradigma** válido, como o é o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O Direito brasileiro não admite **anomia**, nem o "**non liquet**" dos romanos.

Por conseguinte, a regra (art.108) da lei de normas gerais em matéria de legislação tributária, o Código Tributário Nacional, é, também, cogente, por força do art.146 III da Constituição da República Federativa do Brasil, quando se tratar do fazimento (**processo legislativo**) das normas tributárias. A **analogia** somente não é possível, em matéria tributária, para exigência de tributo, porque, entre nós o **tipo** tributário é **cerrado**, no sentido de que somente a lei pode, de modo estrito, defini-lo. Mas, fora desse caso (exigência de tributo), a **analogia** é cabível para a hipótese, aqui, falada.

I.b. Inconstitucionalidade (formal) do procedimento. Interpretação Autêntica

Todo o exposto, enfim, que demonstra a imprestabilidade das leis municipais examinadas, constitui uma interpretação autêntica.

Kelsen[7], pioneiramente, traz à reflexão o tema da **interpretação autêntica** dizendo que o Direito ao ser aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tendo de interpretar essas normas por ser o único legitimado a fazê-lo a ponto de criar Direito novo.

Betti[8] segue na esteira desse pensamento e esclarece o tema dizendo que é **autêntica** a **interpretação** que provém do **mesmo autor** do preceito ou da declaração preceptiva que se trata de entender, seja pelo órgão competente para regular a matéria do preceito (poder legislativo, executivo ou judicial), seja pela mesma parte legitimada para regular a relação que a declaração preceptiva tenha dado vida. E completa dizendo que a característica da **interpretação autêntica**, em todas as suas formas, é a **identidade do autor**, no sentido jurídico de sujeito ou de órgão ao qual a declaração ou o preceito vem referido pela ordem jurídica e, portanto, identidade institucional do órgão, identidade de posição do sujeito.

A incerteza sobre o significado normativo ou sobre a pluralidade de interpretações divergentes constitui o pressuposto da **interpretação autêntica**, a qual, aqui, configura-se, pois, o autor falado é o subscritor deste trabalho, também, protagonista do **processo legislativo**, como vereador.

Pois bem: as respectivas lições desses dois clássicos fazem com que as palavras que se contêm nesta parte deste trabalho sejam um testemunho do sujeito que participou (**autor**) da elaboração do preceito e, assim, este PARECER, no qual este preceito coloca-se sob análise, serve para eliminar a **incerteza** em torno de sua validade.

As duas supra mencionadas "posições de colidência com os preceitos normativos da Constituição do Estado da Bahia", demonstradas, à saciedade, por essa **interpretação**

autêntica, são suficientes para a comprovação da imprestabilidade dessas leis municipais votadas pela Câmara Municipal de Salvador com desobediência total ao processo legislativo que é norma de reprodução compulsória, "ex-vi" do parágrafo único do art.59 da Constituição da República Federativa do Brasil que é disposição **repetida**, de modo necessário – dado que não precisa ser pedida para ser adotada, é **oficiosa** – pelo **parágrafo único do art.72 da Constituição do Estado da Bahia**.

Ferir essa norma é incidir, portanto, em **inconstitucionalidade formal**, adotada a terminologia de Bilac Pinto, antes anunciada.

Foi o que aconteceu, enfim, com a **burla ao processo legislativo**, tanto mais quanto **inexiste discricionariedade**, nesses casos.

II. Sistema constitucional tributário brasileiro. Mecanismo de incidência da norma tributária. Elementos constitutivos do tributo. Integração da norma tributária com a norma de direito privado

II.a. Sistema constitucional tributário brasileiro

O *sistema constitucional tributário brasileiro* fornece os **elementos constitutivos** de todos os tributos (imposto, taxa, contribuição de melhoria e algumas contribuições que têm natureza tributária), obviamente, também, os do IPTU – *imposto* **sobre** *a propriedade predial e territorial urbana*.

Este *sistema* pode ser classificado **quanto** às *fontes* que emitem as normas jurídicas que o compõem e **quanto** ao *conteúdo* delas, valendo esta discriminação, também, para o entendimento dos **elementos constitutivos** do IPTU.

Quanto às fontes que as emitem, o sistema prevê um sub-sistema hierarquizado dessas fontes normativas porque repete a *forma piramidal* kelseniana, já de notório conhecimento. Assim, a *Constituição* capitaneia a estrutura dessa *forma*, seguida, sucessivamente, da *lei complementar de normas gerais*, da *lei ordinária* federal, estadual, municipal ou distrital (lei *orgânica*, respectiva, de cada tributo), do *decreto-regulamento* e dos *atos administrativos normativos*. Aqui, não se inclui a *Medida Provisória*, porque só a lei formal e material, ou seja, a lei saída do processo legislativo regular estabelecido na Constituição pode instituir tributo; nem se inclui a *lei delegada*, porque a limitação constitucional quanto ao seu conteúdo não permite que veicule matéria tributária.

A *fonte* normativa leva ao entendimento de que pode haver uma norma federal, uma norma estadual, uma norma municipal ou uma norma distrital, porque o Distrito Federal, hoje, é entidade política já faz norma jurídica a nível de lei, então, impõe-se a pergunta: será que a norma federal é superior à norma estadual e a norma estadual à municipal ou à distrital? Negativo.

Aqui, a hierarquização se faz em razão da *matéria*, então, cada um tem a sua área de competência, porque a Constituição outorga a cada qual das entidades políticas estatais a *matéria* que ela pode tratar e aí, quando é a União, ela pode emitir duas espécies de lei: a primeira é chamada de *lei federal nacional* e a segunda, *lei federal propriamente dita*.

Consequentemente, sob este último ângulo, a União opera duas atribuições legislativas. Uma consiste em ela legislar para toda a Federação; ela é, portanto, a entidade

política intra-estatal, na qual está, exatamente, o corpo legislativo que se incumbe de emitir as normas para a Federação, inclusive aquelas, constitucionalmente, requeridas com a natureza de *lei complementar*. Essa norma toma o nome de *lei federal nacional* porque ela se aplica a toda a Nação, em qualquer das relações que possa existir, da União com os administrados, entre os administrados, entre si, dos administrados com as outras entidades intra-estatais que não a União, assim, por exemplo, o Código Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, são exemplos de *leis federais nacionais* e todas as *leis complementares* que a Constituição designa a União como fonte que vai emitir. Então, essas leis, sim, têm uma hierarquização sobre qualquer outra, não porque foram emitidas pela União, mas, porque elas vinculam, instrumentalizam *matéria* que a Constituição estabeleceu como único e exclusivo veículo a lei respectiva. Mas, a União, também, emite a *lei federal simples* ou *propriamente dita*, que é uma lei que rege, somente, as relações entre a União e outras partes.

Obviamente, que a lei estadual ou a lei municipal, é, apenas, instrumento de veiculação de *matéria* que a Constituição defere, respectivamente, ao Estado ou ao Município. Em regra, a *lei* dessas entidades, no *campo tributário*, organiza *tributo* de suas respectivas competências, por isso, no caso sob exame, Salvador tem de obedecer o já falado parágrafo único do art.33 do Código Tributário Nacional.

Quanto ao conteúdo de cada norma componente do sistema, os respectivos documentos normativos instrumentalizam a matéria a si reservada: a *Constituição* agasalha as normas fundamentais do sistema tributário, nelas incluídas as *normas-princípio*. A *lei complementar*, aqui, sem dúvida, tem hierarquia superior às outras normas tributárias, porque na Constituição de 1988, há o *princípio da eficácia da lei complementar*, pelo qual todo *tributo* que consta da discriminação constitucional de rendas tem de ter, nessa lei, a definição do seu fato gerador, de sua base de cálculo e dos seus contribuintes, porque se não houver *lei complementar*, dispondo sobre essas *matérias*, o *tributo* não pode ser instituído pelo titular da competência (cf. art.146 da Constituição **federativa** e republicana). Por outro lado, salvo nos casos de designação constitucional específica, a *lei complementar* não institui tributo.

O IPTU tem sede na *lei complementar* denominada *Código Tributário Nacional*[9] (cf. arts.32 a 34) e nas leis de sua organização editada pelo Município respectivo; portanto, a interpretação sobre a constitucionalidade dessas leis municipais não se presta a *lucubrações claustrais*, *teorético-abstratas*, típicas das teses e das dissertações de conclusão de cursos de pós-graduação acadêmica. Aqui, tem-se de ser compatível com os "*procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* à luz da Constituição. Essa interpretação de legitimação significa que certas situações se tornariam metas privilegiadas até mesmo acima ou para além de uma conformidade constitucional estritamente formal", como seriam os *procedimentos interpretativos de bloqueio*[10].

Ora, se é emitida a *lei complementar tributária*, torna-se necessário que cada qual dos titulares da competência para instituir o *tributo*, baixe sua respectiva lei de organização do tributo que seja de sua atribuição exigir, mas, compatível com essa *lei complementar*.

Por conseguinte, a *lei complementar*, nessa *hierarquização específica* do *direito tributário*, é superior às outras leis sobre essa mesma *matéria*.

Abaixo da *lei complementar* vem a *lei orgânica* de cada tributo. Logo, essa *lei orgânica* terá de ser fiel às *normas fundamentais* que estão na Constituição e às *normas gerais*

que estão na *lei complementar tributária*. Essa *lei orgânica*, em princípio, deve ser uma para cada tributo.

Abaixo da *lei orgânica* vem o *decreto* que é mero *regulamento*. Esse *decreto* tem a natureza, evidentemente, de ato administrativo e de acordo com o que consta no art. 99 do *Código Tributário Nacional*, esse ato, apenas, desdobra as normas legais. Não pode criar, não pode modificar, não pode extinguir *direitos subjetivos*.

Por fim, os *atos administrativos de natureza normativa*, emitidos em grau de autoridade menor do que o daquela que tem a função de *regulamentar leis*. Aqui, nós temos as *normas* que o *Código Tributário Nacional* denomina de *complementares*: circulares, avisos ministeriais, pareceres normativos, convênios, portarias, etc.

Em conclusão: quanto à natureza da norma, ou seja quanto ao conteúdo que veicula, a hierarquização no *sistema constitucional tributário* brasileiro, especificamente, é essa: *Constituição* veiculando *normas fundamentais* que podem ser, também, *normas -princípio*, sobre tributação; *lei complementar* veiculando as *normas gerais*; *lei orgânica* de cada tributo, emitida de acordo com as competências que cada um dos entes infra estatais federados tem; *decreto regulamento* que serve para desdobrar, para explicitar as regras da lei e os *atos administrativos normativos* não regulamentares, que têm a função de complementar as leis e os decretos, mas sem ultrapassá-los.

De logo, adotando-se o exposto, reclame-se, por ser **inconstitucional**, que o **Decreto** municipal nº24.194, de 30 de agosto de 2013, publicado no dia 31 subsequente, tenha-se ousado a regulamentar metodologia para a fixação dos VUPs quando a referência a esses elementos, nos termos do art.66 do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador, ainda não existiam (?!)

Veja-se que esse **Decreto** nº24.194/2013 disciplina "**setores fiscais**" e "**zonas fiscais**" que são elementos estranhos à regra legal, sua contemporânea, porque esses elementos somente vieram a ser veiculados pela **lei posterior**, a de nº8.473 de 27 de setembro de 2013, publicada no Diário de 28 a 30 subsequentes, portanto, esse **Decreto** é **imprestável** porque quis operar efeitos de lei e, óbvio, **não está valendo** para o objetivo a que se propõe, ou seja, dá "os critérios técnicos utilizados na avaliação das unidades constantes do Cadastro Imobiliário, para fins de fixação dos VUPs" (cf. seu art.1º), isto porque esse **Decreto nasceu morto**.

Muito menos, ainda, terá **validez**, a **Instrução Normativa nº12/2013**, publicada n Diário Oficial do Município de 20/12/2013 – ato administrativo normativo subalterno – estabelecendo as **alíquotas** do IPTUI (?!) e acrescentando dispositivos à Tabela de Receitas nº1, anexa à lei nº8.464, de 10 de setembro de 2013, publicada no dia 11 subsequente, de si, também, **inconstitucional** porque aprova tabelas de receitas com **alíquotas progressivas** por **faixas** tendo como referência **intervalos de valor venal**, descumprindo, assim, regra do Código Tributário Nacional que manda apurar valor venal individual, além de deferir ato legal a ato administrativo subalterno, uma vez que essa lei nº8.464/2013 **remete** para **31 de dezembro de cada ano** (§2º do art.73 da lei nº7.186 de 27 de dezembro de 2006, com essa nova redação) o conhecimento das tabelas de **alíquotas**, pelo contribuinte (sujeito passivo), ferindo-se de morte, por desrespeito à "**espera nonagesimal**" (art.150, III, "c" da Constituição) que somente está liberada para a base de cálculo (cf. §1º do art.150 da Constituição, redação da Emenda nº42 de 19 de dezembro de 2003), mas, nunca para a fixação de alíquotas.

II.b. Mecanismo de incidência da norma tributária. Elementos constitutivos do tributo

A tributação, procedimentalmente, observa um mecanismo, a que se pode chamar de *técnica da tipicidade* e que consiste na *dissecação* dos elementos constitutivos da *hipótese do fato gerador de um tributo*, toda vez que ocorre um acontecimento ao qual se quer atribuir o efeito de *fato gerador* da obrigação tributária, a fim de verificar se esse acontecimento realiza aquela *hipótese*. Por isso, impõe-se a distinção entre essas duas entidades: *hipótese e fato*.

A noção de *hipótese do fato gerador de um tributo* distingue os seus dois núcleos: *hipótese* e *fato gerador*. Se é *hipótese* é um *juízo*. Se é *fato* é *acontecimento* da vida. Se é *juízo*, deve ser sempre o *juízo* de *dever ser*, que, no caso do tributo, somente pode ser formulado pelo legislador. Porque, entre nós, existe o *princípio da legalidade* que consiste em o legislador ter de exercer a competência privativa para descrever, em *hipótese*, o *fato gerador* da obrigação de pagar um tributo, debuxando o acontecimento social que desencadeia uma consequência no plano jurídico.

Essa atribuição do legislador é expressa por um discurso e, por isso, é uma mensagem que tem de ser decodificada pelo receptor – o intérprete – que não deve utilizar-se de uma linguagem formalizada que se socorra de fórmulas lógicas, pois, estas fórmulas não resolvem os desafios desse discurso quando debuxa o *tipo*.

Todos nós sabemos que o *tipo* é importante no Direito, não somente no direito penal – crime é a ação humana culposa, antijurídica e *típica* – ou no direito civil – contratos *típicos* e *atípicos* – mas, também, no direito tributário; aqui, há, também, referência ao *princípio da tipicidade*, tanto que o *Código Tributário Nacional* estabelece que não se pode exigir tributos por *analogia* e não se pode dispensá-lo por *equidade*. É porque se tem de respeitar o *tipo* legal *cerrado*. Portanto, existe um *tipo tributário*, que o legislador fornece quando desenha a *hipótese* do *fato gerador* ou *hipótese* do *tipo*.

A *figura* desse *tipo* (*facti species*) é descoberta no acontecimento da vida, através da *técnica da tipicidade* que consiste, pois, na decodificação do discurso *hipotético* do legislador. E a fórmula de dissecar este discurso, esta *hipótese*, foi Kelsen que nos deu quando procurou mostrar os aspectos diversos que tem o *acontecimento* que passa a ser jurídico (*fato jurídico* gerador do dever de pagar o tributo), ao examinar o seu âmbito de validez *pessoal*, *temporal*, *espacial*. Em matéria tributária, Giannini leva a palma. Aqui, acrescenta-se o âmbito de validez *material*.

Por esta *técnica da tipicidade*, há de identificar-se quatro elementos para decodificar o discurso do legislador tributário:

Elemento *pessoal* ou *subjetivo* corresponde à parte da hipótese do fato gerador que indica quem são os sujeitos, as pessoas, que estão envolvidas naquele acontecimento debuxado pelo legislador e, como o *tipo* é cerrado, essas pessoas não podem ser definidas em desacordo com os demais elementos do *tipo*. Portanto, estamos no campo do *fisco* e do *contribuinte*. Ao descrever este elemento pessoal, considerando que se cuida de uma relação jurídica obrigacional, o legislador está dispondo sobre o polo ativo, de um lado, – *sujeito ativo* da obrigação – e, do outro lado, sobre o polo passivo – *sujeito passivo*.

A norma jurídica tributária caracteriza, também, o *objeto* da própria obrigação: o bem jurídico, isto é, a *matéria* que está submetida à regra de tributação. Este elemento é

chamado de *objetivo* ou *material* e, exatamente, porque existe o *princípio do não confisco*, há necessidade de dimensionar o *quanto* desse *objeto* servirá de *base de cálculo* à tributação. Esta *base de calculo* é sub-elemento do *elemento* objetivo ou material, tem, também, a função jurídica de ser o aspecto que fornece a dimensão da tributação, evitando o *confisco*. Enquanto medida deste *elemento*, ela é medida de objeto jurídico pouco importando se o *objeto* é físico, material ou se é um *atributo* de uma pessoa, como é exemplo: a *propriedade*.

Um outro, além deste sub-elemento (*base de cálculo*), há inserido no elemento material: a *alíquota* que é a grandeza ou a unidade de medida utilizada para encontrar o *quanto* de tributo. São expressões matemáticas, designadas por percentuais; por exemplo, tantos por cento sobre alguma base.

Esse elemento *material*, que revela a *base de cálculo* e a *alíquota*, é estabelecido pelo legislador como decisivo para a identificação da *natureza jurídica do tributo*. Assim, desde a Constituição, até o art.4º do *Código Tributário Nacional*, está escrito que a *base de cálculo* não pode ser *idêntica* para mais de um tributo porque, se o fosse, estar-se-ia medindo o mesmo tributo ao qual se estaria dando, apenas, nomes diferentes.

Repita-se: a *base de cálculo* não somente mensura o elemento *material*, mas também, *identifica* a natureza jurídica do tributo. Esse art.4º do *Código Tributário Nacional* estabelece que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação. O fato gerador é o *tipo* todo, mas, no *tipo* o núcleo é a *base de cálculo*. Logo, basta partir dela para atingir o objetivo a que se refere o dispositivo. Repita-se, outrossim, que não pode haver uma mesma *base de cálculo* para mais de um fato gerador, por isso o inciso I desse art.4º do Código diz que a denominação e as demais características meramente formais adotadas pela lei pouca importância tem para determinar essa natureza.

A Constituição de 1988 é muito mais clara do que a sua antecedente quando ela vislumbra a importância da *base de cálculo*, dizendo que as taxas não poderão ter *base de cálculo* própria de impostos (§2º do seu art.145). E, adiante, para demonstrar que a *base de cálculo* é decisiva, dispõe no inciso I do seu art.154 que ela é elemento indubitável para distinguir os impostos, que estão discriminados na Constituição, daqueles impostos *residuais* atribuídos à competência da União.

O *elemento espacial* corresponde à escolha do espaço, feita pelo legislador, no qual o fato vai ocorrer. Se o fato for acontecer dentro do território no qual o legislador exerce a respectiva soberania que gera a compulsoriedade do cumprimento da prestação, a tributação é *territorial*, como é o caso do IPTU. Mas, é possível uma tributação *extra territorial*.

O elemento *temporal* indica qual é o momento, qual é o instante em que o *tipo* está caracterizado; vale dizer, esse elemento fixa o tempo no qual o fato, efetivamente, ocorre e, tendo ocorrido, a partir daí o contribuinte já é devedor da prestação pecuniária. O legislador da *hipótese do fato gerador* do IPTU tem de identificar em que *momento* o sujeito passivo revela o seu atributo de proprietário, até para que respeite o princípio da *anterioridade* da lei aplicável.

O legislador escolheu o dia 1º de janeiro de cada ano, para a fixação deste *momento*, exatamente porque a propriedade é um direito perpétuo e porque há um histórico sobre a incidência desse tributo, no Brasil, como se verá adiante.

Vê-se que há uma rigidez da *hipótese do fato gerador* do tributo. Assim, a exigência do tributo, no contexto dessa linguagem jurídica, pressupõe uma *norma* emitida por uma *fonte*, especificamente legitimada, componente do monopólio oficial da coerção. Essa *fonte* é legitimada pela norma de outorga de competência esculpida na Constituição e desdobrada pelas *normas gerais* constantes do *Código Tributário Nacional* e pelas normas de *organização* de cada tributo veiculadas na lei que o institui editada pelos respectivos titulares (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios).

Logo, é um ato jurídico complexo esse que debuxa a *hipótese do fato gerador* do tributo. A sua função é descrever os elementos *tipificadores* do fato tributável que, no mundo da realidade, é de ocorrência subsequente ao debuxo dessa *hipótese*.

A noção desse fato tributável, ou seja, *fato gerador* da obrigação tributária, é a de que se trata de qualquer episódio descrito pelo legislador como necessário e suficiente para realizar o *tipo* descrito pela *hipótese*, por isso, denominada de "*hipótese do fato gerador*".

Fato (jurídico) *gerador*, enfim, é o acontecimento da vida ao qual a lei atribui o efeito de fazer nascer para o sujeito passivo da obrigação o dever jurídico de cumprir a *prestação* tributária. Este fato é representado por qualquer acontecimento que a ordem jurídica caracterize como *fato jurídico*, tal como se observa no esquema seguinte:

1. *acontecimentos naturais* (fatos jurídicos, "*stricto sensu*")
   - ordinários. A morte, por exemplo
   - extraordinários. O caso fortuito, por exemplo
2. *acontecimentos volitivos* (ações humanas: atos jurídicos – fatos jurídicos "*lato sensu*")
   - lícitos
      - ato jurídico "*stricto sensu*"
      - ato jurídico "*lato sensu*". O negócio jurídico, por exemplo
   - ilícitos

O esquema supra esclarece que o *fato* não é a mesma entidade que a *hipótese do fato*. A identificação do acontecimento (*fato*) com o *tipo* descrito na *hipótese* exige a falada *integração* da norma tributária com a norma jurídica inserida em outro ramo do Direito, permitindo que se evitem os conflitos de competência, face a discriminação constitucional de renda.

A *hipótese do fato gerador*, como foi dito, é debuxada a partir da norma constitucional de outorga de competência que vem enclausurada por critérios que se caracterizam como *princípios* constitutivos do chamado "Estatuto do Contribuinte".

O *sistema constitucional tributário*, enfim, agasalha *normas-princípio*, algumas explícitas na Constituição e que estão sistematizadas compondo esse "*Estatuto*"; outras tantas que, embora estejam expressas no texto, não se incluem nessa sistematização, mas, aplicam-se às relações tributárias; alguns, até, que não constam da Constituição, porém, fazem parte do patrimônio jurídico das pessoas em todo o tempo e em todo lugar. Referimo-nos aos *princípios* da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*. Nem sempre, distinguem-se com precisão, daí que muitos consideram-nos como idênticos[11].

Contudo, o *princípio da segurança jurídica* é inconfundível e consiste na existência de um sistema de *princípios* e de normas jurídicas para a proteção dos direitos e liberdades, conforme valores sociais condicionantes das funções estatais. É o maior de todos, daí que é comum a todos os *sistemas jurídicos* dos Estados Democráticos de Direito. Não está

escrito em lugar nenhum de nenhuma Constituição do mundo, mas, existe na consciência jurídica do mundo democrático. O titular de um direito subjetivo necessita estar seguro do seu exercício e há de haver quem lhe assegure as prerrogativas, por isso o pressuposto desse princípio é o juiz natural. O *princípio da segurança jurídica* pressupõe uma estrutura judiciária que sustente o cumprimento das regras do Estado Democrático de Direito.

A Doutrina espanhola tem vinculado a esse princípio o da *irretroatividade das leis*, porque o art.9.3 da Constituição da Espanha consagraria simultaneamente os dois; mas, os seus comentaristas têm consciência que cada qual deles tem a sua função própria, ainda que definam a *segurança jurídica* como soma de *certeza* e legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade da norma não favorável e **proibição da arbitrariedade**. De tal sorte a *segurança* é a soma destes outros *princípios* que, esses autores, apontam-na como soma equilibrada que permite promover, na ordem jurídica, a justiça e a igualdade, em liberdade[12].

Uma das obras pioneiras sobre o tema da *segurança jurídica* é a de Flavio López de Oñate publicada na Itália, em 1942, na atmosfera totalitária da época nazi-fascista, intitulada "*La certezza del diritto*". Apesar do título e das considerações sobre a *segurança jurídica*, o autor demonstra não confundir o conceito desta com o da *certeza do direito*. Trabalhamos com uma tradução de 1953[13].

López de Oñate lembra que desde HOBBES – o primeiro grande teórico do Estado como soberania absoluta do mundo humano – que a exigência da *securitas* vem a ser motivo central que não se dispersará jamais e o conceito de Estado de Direito surge alimentando-se em suas raízes. E cita CÍCERO – *legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus* – para recordar que todos somos servos das leis para que possamos ser livres, por isso, a lei deve fazer saber a cada qual o que pode querer. Justamente, nesses postulados realiza-se o benefício que vem a ser possível pela sua *certeza*. A previsibilidade dos comportamentos, isto é, de sua valoração, é o motivo de que a lei cuida de coisas futuras e gerais. "A abstração, a rigidez e a firmeza da norma, contra as quais de tantos arcos se lançam milhares de flechas, somente tendem simplesmente a garantir de maneira certa e inequívoca a ação, em forma que possam os homens contar com o que há de ocorrer". Esses são os elementos do *princípio da certeza do direito*, inclusive com um aparato judiciário capaz de operar a sustação do *arbítrio*, seja o do legislador desobediente da Constituição, seja o do administrador ganancioso.

Enfim, este *princípio* revela que as normas do sistema positivo são notas que dão ao destinatário delas a tranquilidade do conteúdo que elas evidenciam; isto é a *certeza* de que a norma de direito é a bússola das ações humanas e não um estorvo, causado por ambiguidades no conteúdo da norma em si mesma e nas suas relações com as demais componentes do sistema jurídico. Neste sentido, as normas tributárias do *sistema jurídico* brasileiro não podem ficar desprovidas dos elementos constitutivos desse *princípio da certeza do direito* quando se agasalha na Lei Maior a proteção do sujeito passivo.

O exame do "*Estatuto do Contribuinte*", como repositório de *normas-princípio*, segue-se a este sobre a *segurança jurídica* e a *certeza do direito*.

Esse repositório, em regra, está expresso nesse "*Estatuto*" que se insere na Constituição que é a lei que disciplina os direitos fundamentais da pessoa. A Constituição jurídica brasileira, desde a primeira (1824), vem evoluindo na conformação desse núcleo, ensejando que se examine a natureza do seu conteúdo que é jungido, afinal, ao conteúdo de todo o texto do estatuto político.

O "*conceito princípio tributário*" especifica-se cada vez que o critério atinar com a preservação do patrimônio do particular em relação a qualquer transferência sua, que ofenda ao núcleo porque não esteja revestida das características com as quais se compõem os elementos constitucionais da proteção do contribuinte[14].

O "*conceito*" tributo é um juízo sobre essa transferência compulsória do patrimônio do particular para o coletivo e fica melhor aprimorado, para o efeito, aqui, pretendido, com as lições do magistério do saudoso Micheli[15] nas quais se encontra a advertência de que, hoje, "não é possível reduzir o elemento descritivo da noção jurídica de tributo à *coatividade* da prestação, visto que, de um lado, tal *coatividade* pode caracterizar, também, outras prestações devidas pelo particular ao ente público e, de outro lado, a mesma *coatividade* pode ser compreendida (sempre num plano jurídico) de diversos modos e com diferentes significados: *seja como falta de liberdade de escolha no sentido de cumprir ou não a prestação; seja como falta de liberdade de escolha na utilização de um serviço da entidade pública*".

Por isso, é que sempre se inicia a análise da natureza jurídica dessas prestações pelas disposições constitucionais que pressupõem a nucleação de uma prestação com natureza tributária, porque essas disposições têm, inclusive, a forma de *princípios-garantia* toda vez que no texto constitucional foram inseridas com evidente grau de abstração, visando instituir para o particular uma garantia de que o acesso ao seu patrimônio, pela via da tributação, será feito com respeito a esse "*Estatuto do Contribuinte*", ao qual respeito se vinculam todos os entes políticos e administrativos do Estado e, por isso, eles se constituem em prerrogativas dos particulares na categoria dos *direitos subjetivos públicos*[16] e, assim, são oponíveis "*erga omnes*" são invocáveis, pois, perante e contra o legislador, o juíz ou a autoridade administrativa estreitamente vinculados na sua aplicação[17].

A Constituição brasileira sistematiza esses *princípios*, componentes do "*Estatuto do Contribuinte*", da forma seguinte:

1. *Competência tributária da entidade intra-estatal:* arts.145, 147, 148, 149, 153, 154, 155 e 156
2. *Legalidade:* art.150, I
   - irretroatividade: art.150, III, "a"
   - anterioridade: art.150, III, "b"
   - anualidade: art. 165, §2º
   - tipicidade: art.145, I a III e 146, III
   - eficácia da lei complementar: art. 146
3. *Isonomia*: art.150, II
   - capacidade contributiva: art.145, §1º
4. *Proibição do efeito tributário confiscatório*: art.150, IV
5. *Garantia da unidade econômica e social*: arts.150, V, 151, I e II, 152
6. *Imunidade*: art.150, VI.

A norma jurídica elaborada pelo titular da competência tributária e que consubstancia a *hipótese do fato gerador* do tributo, tem de refletir todos esses *princípios-garantia* para que tenham legitimidade os **elementos** que ela venha a descrever como sendo **constitutivos** do tributo e, por isso, identificadores dessa prestação coativa.

Em consequência, a *espécie* tributária, que essa norma venha a descrever, somente pode ser *instituída* ou *aumentada*: I – por **lei** da entidade competente; II – **lei** que seja aplicável a *fatos geradores* seus contemporâneos ou aos posteriores a ela; III – **lei** que tenha sido publicada no ano *anterior* à ocorrência desses *fatos* por ela *tipificados* em todos os seus **elementos** (material, pessoal, espacial e temporal); IV – **lei** que não institua tratamento desigual quando sujeitos passivos encontrem-se em situação equivalente; V – **lei** que não descreva **elementos constitutivos** capazes de gerar *efeito confiscatório*, nem que venham a prejudicar a unidade econômica e social do país, por causa das características continentais propiciadas pela extensão territorial brasileira, pela sua formação étnica diversificada e pela composição diferenciada de suas regiões geográficas; VI – **lei** que respeite sujeitos e objetos excluídos, constitucionalmente, do alcance da competência tributária.

Portanto, a **lei** do titular da competência tributária, que, ao descrever os **elementos constitutivos** do tributo, venha a ofender esses princípios, é *natimorta* ou, se tem vida aparente, está *moribunda*, face à expectativa de sua inevitável declaração de **inconstitucionalidade**.

Os *fatos tipificados* por essa **lei** do ente competente terão de evidenciar, de modo correto, todos os **elementos** (material, pessoal, espacial e temporal) da *hipótese do fato gerador*, contidos na formulação constitucional ou explicitados na *lei de normas gerais*, *integrativa* da Constituição.

Daí porque o princípio da *tipicidade*, um dos corolários do princípio da *legalidade*, tem sido destacado, porque é de gizar-se a característica do *tipo* tributário, como *tipo cerrado*, semelhante ao *tipo* criminal, especialmente em face de não admitir a *analogia* como meio de exigência de tributo não previsto em *facti species* descrita em norma legal.

Ives Gandra da Silva Martins[18] festeja o princípio da *tipicidade* lembrando que "à estrita legalidade, à indelegabilidade de competência deve-se acrescentar a *tipologia cerrada*, fechada, inelástica, contendo a norma toda a configuração pertinente e própria à imposição pretendida", razão porque Alberto Xavier[19] afirma que o órgão de aplicação do direito encontra-se "submetido, quer aos *tipos legais de fatos tributários*, quer aos *tipos* de efeitos jurídicos decorrentes da verificação dos fatos, abrangendo a medida do tributo. No Direito Tributário a técnica da tipicidade atua não só sobre a *hipótese* da norma tributária material, como também sobre o seu *mandamento*".

Enfim, afirme-se: a *hipótese* **normativa** do *fato gerador* está tão imbricada com os **elementos** do *tipo* que cumpre descrevê-los – como se fará infra em relação aos do IPTU – para que possam ser identificados, de modo inelástico, nos acontecimentos da vida real, tal como recomendado pela Doutrina, cada vez que se tiver de buscar, nesses acontecimentos, o conjunto de caracteres debuxados na *facti species* **normativa**, a fim de assegurar a perfeita incidência da respectiva norma, tal como se acaba de descrever esse seu **mecanismo**.

II.c. Integração da norma tributária com a norma de direito privado

Essa integração é outra componente do *sistema* que interessa ao exame dos **elementos constitutivos** do IPTU, na busca do exame de validez do **mecanismo de incidência** das normas tributárias debuxadas pelo Município de Salvador.

É que, até aqui, não se especificou o discurso jurídico em direito privado e direito tributário. É, contudo, necessário fazê-lo, inclusive na ótica das relações que devem

manter os dois campos na caracterização dos elementos (constitutivos) da **hipótese do fato gerador** do referido imposto.

Linhas atrás foi dito que a *fonte* normativa leva ao entendimento de que pode haver, no campo do direito tributário uma norma federal, uma norma estadual, uma norma municipal ou uma norma distrital e que a norma federal não é superior às das outras *fontes*, salvo se se tratar de *lei complementar*, porque esta é *integrativa* da Constituição. Já no campo do direito privado a preeminência é da União porque é sua competência privativa para legislar sobre direitos civil e comercial.

Por outro lado, tem a União competência para a superintendência legislativa mediante a edição de *normas gerais* de direito tributário, normas *dirimentes* conflitos de competência entre esses entes federados (ela incluída) e normas *definidoras* de elementos *tipificadores* dos *impostos* (dentre outras atribuições), uma vez que os demais tributos têm a sua "*facti species*" debuxada, integralmente, pela própria norma constitucional de outorga de competência, impossibilitando os conflitos.

O veículo dessas *normas gerais* é a *lei* já especificada como *complementar* (da Constituição) cujo processo de elaboração exige um "*quorum*" específico de aprovação: a maioria absoluta dos membros de cada Casa legislativa.

Esse fundamento constitucional de validez dá a essas *normas gerais* gabarito de hierarquia superior às normas tributárias emitidas para regrar as matérias da competência dos entes federados titulares de tributo, tem, em termos de *integração*, preeminência sobre as normas do direito privado, mas, somente no que toca aos *efeitos* tributários, quando norma desse conteúdo (tributário) definam relações jurídicas disciplinadas pelo direito privado, mas, geradoras desses *efeitos*.

Contudo, não se tratando de condicionante para os *efeitos* tributários, isto é, para afastar a *eficácia* que o legislador tributário atribui às próprias *normas* que ele emite, no exercício da competência que lhe outorgou a Constituição para instituir o tributo, as normas do legislador do campo privado são consequentes quando a *integração* é pedida pelo próprio legislador tributário, como no caso do IPTU (cf. art.32 do Código Tributário Nacional) em que ele diz como se *integram* com o Código Civil, não só as suas normas, mas, também, as demais normas em matéria de legislação tributária.

Ainda que esteja em nível hierárquico idêntico ao desse seu congênere, por serem ambos normas infra-constitucionais, o *Código Tributário*, tendo sede de validez na Constituição, a sua atribuição para definir gêneros tributários, tem legitimidade para estabelecer, com exclusividade, as regras dessa *integração* e *subordinam* as leis municipais.

Integração é o que fazem os seus arts. 109 e 110. O primeiro, como fundamento da *integração* como forma de interpretação, autorizando o aplicador da norma a utilizar-se dos conceitos, institutos e formas do direito privado para identificar-lhes as características e o segundo é um dispositivo que condiciona a atuação do legislador aos termos da competência outorgada pelas *fontes* normativas aptas. Assim, por exemplo, no caso dos impostos sobre *transmissão* da **propriedade**, um estadual e o outro municipal, a lei tributária, respectiva, de *organização* de cada qual deles, terá de respeitar conceitos privatísticos de *ato oneroso* para não o confundir com *doação modal*, porque o *encargo* não configura *onerosidade* em termos jurídicos, isto quando for a hipótese dos impostos de *transmissão* que são da titularidade do Estado e do Município, respectivamente.

Consequentemente, é no Código Tributário Nacional onde se encontram as regras sobre as **relações entre o direito privado e o direito tributário** no sistema jurídico

positivo brasileiro, especialmente, quando se trata de impostos sobre a **propriedade**, a exemplo do IPTU.

Essas regras são, em **resumo**, duas. *Uma* dirigida ao intérprete que seja autoridade competente para aplicar normas tributárias; a *outra*, ao legislador dos quatro entes intra-estatais incumbido de instituir as espécies tributárias de que são titulares, conforme a *discriminação de rendas*.

Assim, o intérprete pode utilizar os *princípios* gerais do direito privado para pesquisar: a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, dos conceitos e das formas desse ramo do direito, mas, para a definição dos *efeitos* tributários que eles produzem, o intérprete terá de utilizar-se dos *princípios* e das normas do direito tributário, salvo quando esse próprio legislador tributário condiciona esses *efeitos* às regras do direito privado, como acontece com o IPTU (art. 32 do Código Tributário Nacional).

Da mesma forma, os legisladores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são livres para atribuir a esses institutos, conceitos e formas do direito privado, a definição, o conteúdo ou o alcance que lhes aprouver, salvo se, fazendo-o, alterem-nos para definir ou limitar competências tributárias, expressa ou implicitamente, outorgadas pela Constituição com a utilização desses elementos em que a significação tenha sido diverso da alterada ou salvo se ocorrer a condicionante falada no final do parágrafo anterior.

Tudo isto, enfim, confirma que há uma rigidez da *hipótese do fato gerador* do tributo, impondo-se a sua *dissecação* processada segundo o ***mecanismo*** típico, acima descrito.

III. Hipótese do fato gerador do IPTU. Elementos constitutivos deste tributo e o "Estatuto do Contribuinte": A história do IPTU: a origem do valor venal. Concepções sobre progressividade. Inconstitucionalidade material nas leis municipais inquinadas

A *hipótese do fato gerador* do IPTU é formulada – conforme explicada supra sobre essa categoria jurídica – a partir da sua norma constitucional de outorga de competência tributária ao Município para instituí-lo.

Essa *hipótese* – também, como explicado supra – desdobra-se, por determinação constitucional (art.146, III e suas alíneas), pela lei (de *normas gerais*) *integrativa* que é o Código Tributário Nacional.

Então, a *hipótese* normativa *do fato gerador* do IPTU tem de ser descrita assim:

> "Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, considerados os elementos constitutivos do respectivo direito, isto é, o *domínio útil* e a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, tal como definidos na lei civil, localizado na zona urbana de Município, excluído de sua *base de cálculo* o valor dos bens móveis, mantidos em caráter permanente neste imóvel, para o efeito de sua utilização exploração, aformoseamento ou comodidade"

Essa *hipótese*, enfim, está debuxada a partir do art.156, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, desdobrado pelos arts.32 a 34, do Código Tributário

Nacional, o qual, expressamente, requer *integração* com normas do direito privado, considerando-se a invocação que ele faz da *lei civil* para a definição de bem imóvel e, portanto, aceitando-a para os *efeitos tributários*.

De logo, lembre-se, aqui, do que se disse supra quanto à importância da *técnica da tipicidade*, mediante a qual se verifica a *natureza jurídica específica* de um tributo, a partir das normas constitucionais que veiculam *princípios* componentes do "*Estatuto do Contribuinte*", incluídas as de outorga de competência tributária, passando pelas *normas gerais de direito tributário* e chegando às de *organização* do tributo, formando-se, assim, um sistema piramidal hierarquizado.

Essa *natureza* é encontrada mediante a análise da *materialidade* (elemento material) da respectiva *hipótese do fato gerador da obrigação tributária*, nele, elemento material, incluída a definição da *base de cálculo* e da *alíquota*. A *técnica da tipicidade*, pela qual se faz a dissecação da *hipótese*, permite a necessária comparação entre esta *materialidade*, com os seus demais elementos constitutivos da *hipótese* e as características do acontecimento da vida real, a que se quer atribuir a qualidade de *fato gerador*, a fim de verificar-se se essas características identificam todos os elementos constitutivos descritos pela *hipótese*, ou seja, se ele se enquadra, ou não, na *facti species*.

O acontecimento da vida real há de revestir uma ação humana enquadrável como ato jurídico caracterizador da *categoria* proprietário ou possuidor de bem imóvel por natureza ou por acessão física, localizado na zona urbana do Município, zona esta, devidamente, definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em dois dos incisos do §1º do art.32 do Código Tributário Nacional, os quais sejam construídos ou mantidos pelo Poder Público.

Analisem-se, de imediato, dois dos elementos constitutivos do IPTU: o pessoal do lado ativo (o Município) e do lado passivo (o proprietário ou o possuidor de bem imóvel assim entendido nos termos descritos supra) e o *material* que é a propriedade, ou seja, um atributo dessa pessoa.

Essa *hipótese* do imposto, aqui, em dissecação, já revela que o legislador municipal tem de obedecer o "*Estatuto do Contribuinte*" plasmado na Constituição federativa e republicana, incluídas as *normas gerais de direito tributário*.

Destaque-se desse "*Estatuto*", desde agora, o *princípio constitucional da capacidade contributiva*, corolário do princípio da *isonomia* e seu consectário da *progressividade*, pela vinculação direta com a situação objeto deste tema.

III.a. Capacidade Contributiva

É um *princípio* constitucional componente do "*Estatuto do Contribuinte*" que consiste em identificar-se no sujeito passivo a *aptidão* para contribuir com os gastos públicos mediante parcela do seu patrimônio que não implique em sacrifício de sua vida com *dignidade humana*, que é um dos fundamentos da República Federativa (cf. art.1º, III da Constituição) aliado a um outro, o *bem-estar social* (cf. todos os itens do art.3º, da Constituição).

Ora, pela disposição do §1º do art.145 da Constituição da República Federativa do Brasil, salvo excepcionalidade insuperável, todos os impostos do sistema tributário nacional têm de ter *caráter pessoal*.

Essa excepcionalidade está na prudência adotada pelo legislador constituinte ao iniciar a descrição do principio da capacidade contributiva, nesse §1º do art.145, utilizando a expressão "*sempre que possível*" para, assim, dar espaço a impostos que, não incidindo sobre *atributos* da pessoa, não necessitam de contemplar a *capacidade econômica do contribuinte*.

Não é outra a razão da "*reflexão*" que invocou o Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, dizendo que o fazia para a sua "*tranquilidade maior quanto à conclusão*" de julgador no voto que proferiu no RE nº234.105-3 SP, buscando no preceito (§1º do art.145 da Constituição) o arrimo para afirmar, com acerto, não existir nesse dispositivo "*qualquer distinção, qualquer limitação quanto ao alcance do que nele se contém*", não cabendo distinguir a espécie de imposto para o objetivo de aplicá-lo.

Então, aqui, esse trabalho insiste que a única distinção deve ser a possibilidade apreciada em razão da estrutura constitucional do imposto; se esta estrutura não for incompatível com a aferição de *atributos* da pessoa, qualquer **imposto** comporta o respeito à **capacidade contributiva** até para fazer-se a justiça visada pela norma, também, a do art.3º da Constituição, por isso que o IPTU é calculado em razão do ***valor venal*** e não em razão do ***valor de mercado*** do objeto *material* envolvido por esse *atributo*, isto porque, no caso do IPTU, revela-a, a ela *capacidade*, quem tiver o atri*buto* "*ser proprietário*", o que ensejaria imbricar os dois elementos (pessoal e material da *hipótese*), tal como se está fazendo, aqui, porque esse *atributo* difere, por exemplo, quando ele se imbrica com a *transmissão da* **propriedade**, onde esse *atributo*, "*ser proprietário*", não é mais caracterizado por uma *situação jurídica continuada* que inclui a *perpetuidade* entre os seus caracteres, tal como ocorre quando o bem imóvel é, simplesmente, objeto de aferição pelo *valor venal* e não o é pelo ***valor de mercado*** porque este, por definição, corresponde ao preço composto em *ambiente de competição* entre oferta e procura do bem.

O pensamento do Ministro Marco Aurélio ajuda o raciocínio de que:

> 1º – no sistema constitucional tributário brasileiro, a capacidade contributiva é apreciável em função da estrutura do tributo dada pelo próprio legislador constituinte, "ao prever – considerado o justo, e o Direito está direcionado ao justo – seja levada em conta a capacidade econômica do contribuinte, ou seja, ao eleger esse elemento como fundamental para estabelecer-se o quantum devido" (cf. o voto do Min. Marco Aurélio, RE nº234.105-3 SP);
>
> 2º – no Brasil, não cabe o apelo doutrinário que oferece uma categoria de imposto como sendo imobiliário e a inclui na espécie dos impostos reais, para concluir que nestes não cabe a progressividade porque esta somente teria pertinência com aqueles impostos para os quais se referencia a capacidade contributiva. A própria Constituição, no caso do IPTU, contempla o princípio da progressividade, por via de consequência, contempla a capacidade contributiva do sujeito passivo.

Vale, por tudo isto, a observação de que "a distinção entre impostos *pessoais* e *reais* decorre do fato de que para determinados *tipos* pode prestar-se atenção à *capacidade econômica pessoal* do sujeito passivo, enquanto para outros conta <u>*só*</u> a existência de um determinado objeto de imposto"[20].

Entendido o que seja, efetivamente, um *imposto real* como sendo aquele que leva em conta, unicamente, a matéria tributável[21], pode-se afirmar que a Constituição federativa e **republicana** adotou, apenas, um imposto com estrutura na qual se conta ***só*** a existência do *objeto* do imposto, por ser, esse *objeto* um *bem material*, não se considerando *atributo* da pessoa. Trata-se do IPI – imposto sobre ***produtos*** industrializados. Esse bem é o *produto industrializado*.

Outrossim, pode-se afirmar, nessa mesma linha de fundamentação, que não se confundem *imposto real* e *obrigação real*[22], pois a obrigação tributária pode revestir-se dessa qualificação e, no entanto, o imposto ser *pessoal*, porque se admite que a tributação enquadre-se na *circulação*, circunstância que ocorre quando há pluralidade de pessoas referenciadas a um bem que se movimenta economicamente. Carnelutti[23] adverte que, no caso, deve-se distinguir entre circulação *física* e circulação *econômica*, a fim de que se aceite o "fenômeno", no plano jurídico, para que se possa falar, nesse âmbito, de *circulação* de um bem imóvel.

Por outro lado e em razão disto, nada impede que a obrigação tributária tome a feição de obrigação *ambulatória*, da qual a obrigação *real* (*ob rem, propter rem, in rem*) é uma espécie.

Consequentemente, enquanto o IPI é um *imposto rea*l, porque grava um bem do mundo físico, o IPTU, o ITR, o ITIV são *impostos pessoais* porque têm como propulsor um fato (*jurídico*) que desencadeia uma relação jurídica cujo objeto é *bem imaterial*: a **propriedade**, que é um *atributo* da pessoa, qual seja o "*ser proprietário*".

A **propriedade** imobiliária é um direito que se adquire por um *modo*. Neste caso, o gravame não recai no bem imóvel sobre o qual se exerce o domínio, mas, sim sobre o *atributo* "*ser proprietário*", tanto que o legislador complementar pode estabelecer a *circulação*, nos termos da lição de Carnelutti, elegendo o sujeito passivo na *pessoa* de quem estiver exercendo o domínio, pouco importando a época em que a incidência ocorreu: "*os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, (...) sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes*" (art.130 Código Tributário Nacional).

Aqui é que se encontra a *caracterização* da obrigação *propter rem*[24] (em razão da coisa), portanto, *ambulatória* porque o vínculo *circula* – onde for a coisa, aí estará, dentro dela [*in rem*] o direito de crédito e a respectiva prestação – sem que se possa reduzir essa situação à de *imposto real*, que consiste em uma outra, considerando que neste tipo de imposto a tributação recai sobre a *propriedade* do imóvel e não sobre o *imóvel* (a coisa).

Sacha Calmon Navarro Coelho, no trabalho citado na nota de rodapé nº22 mostra-se perplexo com essa confusão, atribuindo-a à "a) má assimilação de lição de ciências das finanças; e b) a insuficiente acuidade de análise jurídica, decorrente de repetição, sem espírito crítico, de avelhantadas afirmações[25].

O magistério de Misabel de Abreu Machado Derzi[26] é propício para fortalecer a conclusão sobre a natureza de *imposto pessoal* do IPTU, no sistema constitucional tributário brasileiro que, por isso, deve contemplar um lançamento feito imóvel por imóvel, como é próprio da **história da natureza** do IPTU e não como estabelecem as leis municipais nºs8.464/2013 e 8.473/2013, por *faixas*, adotando como parâmetro o VUP de logradouro do setor fiscal; a localização da unidade imobiliária construída estabelecido por zonas fiscais e as instalações e equipamentos especiais da unidade imobiliária ou do condomínio edilício (cf. art.3º da lei nº8.473/2013).

Entende essa professora mineira, que sendo o IPTU lançado de oficio, é função da Administração organizar o chamado "cadastro imobiliário fiscal", tomando-se os va-

lores genéricos constantes das plantas e os dados cadastrais relativos a **CADA** imóvel em particular, fazendo-se uma avaliação individualizante como requer a lei.

Todo o exposto há de aclarar-se, com mais nitidez, analisando-se o *elemento material*, especificamente, do imposto sobre a **propriedade** predial e territorial urbana – IPTU.

Elemento material da hipótese do fato gerador do IPTU, tal como já esclarecido, indica qual a matéria tributável e ele é identificado na norma constitucional de outorga de competência, quando o legislador constituinte, logo após a palavra "*sobre*", coloca o *signo* que o exprime: "compete a (....) instituir imposto *sobre* (....).

Contudo, essa norma constitucional de outorga de competência não fornece, em qualquer dos casos, o conteúdo semântico desse *signo* que exprime o *elemento material*. A hipótese sob exame não foge à regra e, por isso, não dá o significado de cada *signo* de que se utiliza no discurso constitucional.

Mas, como dito supra, essa *norma de competência*, que descreve a *hipótese*, não se cinge a um só artigo que, no particular, seria o 156, I, da Constituição, então há de buscar-se esse significado nos outros componentes dessa norma.

E essa norma do IPTU contém, dentro da Constituição, mais os arts. 3º; 145, §1º; 146, I e III "a" e "b"; 153, III; 155, I; 156, I e II e seu §1º, porque a *hipótese* deste imposto debuxa uma "*facti species*" que engloba, também, a *progressividade*; acentuando a natureza *pessoal* do IPTU e que disciplina possíveis conflitos de competência em razão da matéria tributável pelas entidades às quais foi outorgada, até como similitude.

Enfrente-se, então, a análise do *núcleo* do *elemento material* deste imposto e, com isto, a compatibilidade da *base de cálculo* e a *progressividade* adotadas, pelas leis municipais inquinadas, com a estrutura constitucional que está conferida a este tributo.

O magistério de Orlando Gomes[27] passa a lição de que a propriedade – *núcleo* do elemento material da hipótese do fato gerador do IPTU – comporta três formas de conceituação: *sintética* que exprime a concepção de Windscheid, segundo a qual assim se entende a submissão de uma coisa a uma pessoa; *analítica* que revela a *propriedade* como o direito de usar, fruir, dispor e reavê-lo da posse injusta; *descritiva* que a apresenta como um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo pelo qual a coisa fica, legalmente, submetida à vontade de uma pessoa.

As três formas demonstram que no conteúdo desse direito há vários elementos, dentre os quais se assinalam, para a finalidade deste estudo: o *domínio útil* destacado do domínio direto, na enfiteuse e a *posse*.

A *enfiteuse* é uma situação na qual os direitos do titular do domínio direto (o senhorio ou nu proprietário) "condensam-se no direito à substância da coisa"; enquanto fica evidente o direito do enfiteuta (titular do *domínio útil*) de usar, fruir e dispor da coisa.

A *posse* é situação na qual se tem a sujeição direta e imediata da coisa a uma pessoa.

Ora, em qualquer dessas duas situações (*domínio útil* e *posse*) o titular do domínio direto não tem consolidada, em si, a plenitude dos elementos do direito de propriedade, daí não teria fundamento jurídico uma tributação que o designasse como sujeito passivo da obrigação tributária que tenha a *propriedade* como *núcleo* do *elemento material* da *hipótese do seu fato gerador*.

O legislador tributário *complementar* acolheu, com acerto, na *materialidade* da hipótese do fato gerador da obrigação tributária, relativa ao imposto sob exame, todo

esse conteúdo, remetendo, para a lei civil, a coleta semântica dos *signos* que a compõem.

Esse legislador exerce, desse modo, corretamente, a sua função constitucional, porque fornece as regras da *integração* das normas tributárias com as do direito civil, inclusive dispondo que, se a lei tributária *não pode* alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos civilistas, para disto resultar exercício de competência que não lhe foi outorgada, *pode*, ao revés, autorizar o intérprete a utilizá-los para a pesquisa desses aspectos (definição, conteúdo e alcance), salvo se, neste caso, tal utilização resultar em desvio dos *efeitos tributários* estabelecidos por ela (lei tributária) ou em *invasão de competência* já falada supra.

Enfim, até este ponto, todo o exposto tem o condão de demonstrar que a Constituição debuxou, para o IPTU, uma *hipótese de fato gerador* cujo *núcleo* do *elemento material* é a *propriedade* do imóvel e não o próprio bem imóvel e o fez de modo a imbricar esse *elemento* com o *elemento pessoal*, dando-lhe, assim, a natureza de *imposto pessoal* ao conferir pertinência à *capacidade econômica do contribuinte*, quando adota a *progressividade* em razão do valor do imóvel, sem prejuízo do disposto no inciso II, do §4º do seu art.182 (progressividade no tempo), bem assim, permite a adoção de *alíquotas* diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Ora, tudo isso conspira contra a constitucionalidade das leis municipais que adotam *faixas*, *setores fiscais* e *zonas* fiscais, ao arrepio dessa determinação constitucional.

É impossível com esses elementos (*faixas*, *setores fiscais*, *zonas fiscais*) atender a determinação constitucional do *caráter pessoal* e da *graduação* segundo a *capacidade econômica do contribuinte*, mediante lançamento tributário feito em imóvel por imóvel, como já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia na ADIN 1/1991.

Tanto mais quanto, nem se alegue, em Salvador, que é tarefa difícil cumprir a *individualidade* da aplicação da norma, para avaliar CADA propriedade imobiliária de milhares de contribuintes, porque já está implementado o CTM – *Cadastro Técnico Multifinalitário*, no Município de Salvador (cf. Portaria nº511/2009 do Ministério das Cidades), institucionalizando-se o *Sistema Cartográfico e Cadastral do Município do Salvador* – SICAD, através do Decreto Municipal nº16.781/2006.

Dois Seminários – um em 2006 o outro nos dias 10 e 11 de junho de 2010 – foram realizados para articular os órgãos produtores de cadastro no Município, integrar os sistemas e aplicativos e ampliar e capacitar as equipes de trabalho.

Foram feitas parcerias, mediante Convênios, e Termos de Cooperação Técnica entre o Município e a CONDER – Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia; a EMBASA – Empresa Baiana de Águas e Saneamento; Ministério Público estadual, através do Núcleo Mata Atlântica – NUMA; Secretaria de Segurança Pública do Estado; Gerência Regional do Patrimônio da União – GRPU e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA/Ba.

Toda essa atividade administrativa, por ser de interesse público está submetida à publicidade, por isso, encontra-se ao alcance de todos os órgãos, inclusive os judiciários.

É inadmissível que, sob a inconstitucional delegação de competência do Legislativo Municipal para o Poder Executivo, perpetrada por essas leis municipais, faça-se interpretação errônea da norma constitucional da *hipótese do fato gerador* do IPTU para, através, de pautas e tabelas de valores, fazer-se proibida retificação ou modificação dos critérios determinados pela Lei Maior, estabelecendo presunções de valor.

A Constituição da **República Federativa** do Brasil dispõe que a *lei de normas gerais*, no caso o Código Tributário Nacional, é que define a *base de cálculo* do IPTU (alínea "a" do item III do seu art.146), coerente com a lição de Kelsen exposta linhas atrás, no sentido de que a Federação brasileira é um tipo de *descentralização política incompleta*, na qual a legislação está repartida entre um órgão central e vários órgãos locais, de modo que a lei local tem o seu conteúdo determinado pela Constituição que estabelece os **princípios** gerais que aquela deve observar, mas, há uma norma, também, com fundamento de validez constitucional que tem vigência em todo o território nacional e é emitida pela União, na sua qualidade de superintendente da Federação a qual, aqui, é o Código Tributário Nacional. É a lei de normas gerais ou são aquelas, especificamente, chamadas de *leis federais nacionais* que são *integrativas* da Constituição e por esta requeridas, explicitamente, para compor uma **norma de reprodução** obrigatória, qual seja, o regime constitucional da tributação que disciplina a transferência do patrimônio do particular para o coletivo, segundo o "*Estatuto do Contribuinte*".

Consequentemente, a lei tributária municipal, em desacordo com esse Código, ofende a Constituição "ex-vi" do seu art.146.

É o que acontece, expressamente, em mais uma análise jurídica, com o art.3º da lei nº8.473/2003, ao dar **nova redação** aos arts. 67 e 68 da lei nº 7.186 de 27 de dezembro de 2006, adotando uma *base de cálculo* variável, à "forfait", incompatível com o IPTU (§8º, novo, introduzido ao art.67 da lei nº7.186/2006, pelo inconstitucional art.3º da lei nº8.473/2013) e adotando o fator "**instalações e equipamentos especiais da unidade imobiliária ou do condômino edilício**" como elemento de valorização à base de percentuais até de 300% como estão nos Anexos IV, p.87 e VIII, p.89 do Diário Oficial do Município de 28 a 30 de setembro de 2013.

A existência de elevador social e de serviço; de cerca elétrica, portão eletrônico; de central de ar condicionado; de câmaras de segurança; de sistema anti-incêndio; etc. acresce enormemente a *base de cálculo* do IPTU.

O Supremo Tribunal Federal afastou essa errônea ideia de que são categorias idênticas ***valor venal*** e ***valor de marcado***, na decisão proferida na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº745 São Paulo, renegando indicadores referenciados ao PIB para aferir valor do IPTU.

Eis mais uma das inconstitucionalidades, porque o Código Tributário Nacional é explícito:

> "art.33. .....
>
> Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade".

Por conseguinte, na apuração da *base de cálculo* há de identificar o *valor venal* de **cada** imóvel o que não se confunde com o ***valor de mercado***. Este consiste no preço composto pelas circunstâncias da oferta e da procura (mercado)[28], às vezes, decorrente da chamada *bolha imobiliária*. É variável ao sabor dessas circunstâncias.

O Supremo Tribunal Federal afastou essa errônea ideia de que são categorias idênticas ***valor venal*** e ***valor de marcado***, na decisão proferida na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº745 São Paulo, renegando indicadores referenciados ao PIB para aferir valor do IPTU.

Obviamente, logo que o legislador das *normas gerais* resolveu mudar a *base de cálculo* desse imposto, com o advento do Código Tributário Nacional em 1965, ele teria de adotar critério *objetivo*, mantido por um período de *tempo* razoável – adotado, então, o ano civil, fixando-se o *elemento temporal* a cada 1º de janeiro – a fim de que a incidência da norma de tributação realize **justiça fiscal**, para que se faça o **lançamento tributário**, de imóvel por imóvel, identificando, nessa data, o **valor**, a **localização** e o **uso** de cada imóvel, como o determina, agora, o §1º do art.156 da Constituição **federativa** e republicana, compatível, assim, com a tradição de incidência desse imposto, como se vê a seguir:

III.b. A história do IPTU demonstra a procedência dessa reflexão:

Esse **imposto** nasceu em Portugal pelo Decreto de 27 de outubro de 1762 e foi trazido para o Brasil pelo Alvará de 27 de junho de 1808, sob a denominação de **décima urbana** porque era calculado em 10% **sobre** o *rendimento* líquido obtido pelos prédios urbanos. A *base de cálculo* era o *valor locativo*, ou seja, o valor do aluguel obtido no período da *locação*, mas, havia o problema de sujeitar-se à tributação prédios sem renda provada ou declarada, ao arbítrio dos **lançadores**, que era um tipo de agente público administrativo, com formação específica.

Então, "foi criado o arbitramento para os prédios que servem de residência aos proprietários, para aqueles cedidos gratuitamente e ainda para outros cuja renda o lançador não pode conhecer"[29]. Aqui, já é por volta de 1911.

Todas as leis até, mais ou menos, 1932, faziam incidir esse imposto **sobre** a renda do prédio. Assim, diz Dr. Antonio da Silva Corrêa: "o que lhe empresta o prejuízo da oscilação, modificando de um ano para outro, as quotas respectivas; embora seja o mais justo e equitativo é entretanto inconveniente para o Poder Público devido à incerteza do quantum de arrecadação. E para esse serviço fica a Prefeitura na obrigação de manter um crescido número de lançadores que poderiam ser empregados em outro mistér. E como anualmente se procede à revisão dos valores locativos para a cobrança no exercício imediato, é óbvio o inconveniente."[30] É essa incerteza que gerou o critério *objetivo*, o *valor venal*, falado supra.

O imposto desdobrou-se dois, em uma certa época: um **sobre** o prédio e outro **sobre** o terreno (Constituições de 1934 e de 1937). O **predial**, em 1934, era cobrado sob a forma de **décima** ou de cédula de renda.

Voltou a ser um só, na Constituição de 1946, alcançando os dois tipos de prédio: o edificado (construção) e o não-edificado (terreno).

Chega-se à reforma tributária de 1965, com a Emenda nº18 de 1º de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, a qual modifica o *elemento material* da *hipótese* do fato gerador, debuxada no seu art.10, passando o imposto a incidir **sobre** a **PROPRIEDADE** predial e territorial urbana e não sobre o **prédio**, em si. O **prédio** serve, apenas, para medir a *capacidade contributiva* do **proprietário**, em 1º de janeiro de cada ano, para mais ou para menos, dependendo do *valor*, da *localização* e do *uso*, veda, pois, a *forma* como as duas leis municipais adotaram.

Muda tudo.

Muda, inclusive, por óbvio, a definição da *base de cálculo*, com o advento do Código Tributário Nacional que institui o *valor venal* do imóvel como sendo essa base, modificando, portanto, "substancialmente, os procedimentos administrativos do lançamento[31].

É que, em vez do **lançador**, o *procedimento de lançamento* tributário tem de ser feito mediante a **tecnologia da informação**, hoje, à disposição da Administração Fazendária, porque Salvador já tem o já referido SICAD – *Sistema Cartográfico e Cadastral do Município do Salvador* capaz de identificar, em tempo real, as características de qualquer imóvel, individualmente.

A **Cidade do Salvador**, por exemplo, na sua lei nº1.934, de 28 de novembro de 1966, portanto, editada um ano após o surgimento do Código Tributário Nacional, ainda falava em *arbitramento* quando o contribuinte impedisse o levantamento dos elementos necessários à apuração do valor venal (art.144, II, combinado com o 146) ou em *avaliação especial* para situações como as de terreno alagadiços (art.147).

As leis municipais nºs 4.261, de 20 de dezembro de 1990 e 4.279 de 28 de dezembro de 1990, que sofreram a **impugnação judicial**, ainda, mantiveram esses **tipos de avaliação**, embora carreassem uma **tabela** que classificava os imóveis, inconstitucionalmente, em **padrão alto luxo**, **luxo**, **bom**, **médio**, **simples**, **precário**, situação rechaçada pela decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na Adin nº1/1991, mas, que, estranhamento, a Prefeitura fez permanecer até 2013, embora perdendo, sempre, cada vez que o contribuinte reclamou em juízo.

Pretendeu alterar, portanto, em 2013, mas, o critério adotado pelas leis nºs 8.464/2013 e 8.473/2013 é uma "**emenda pior do que o soneto**" porque não propicia uma **avaliação individual**, ou seja, de **cada** imóvel (cf. Adin 1/1991), mas, sim, **inconstitucionais** apurações de *valor venal*, mediante *faixas* que **agrupam** quantidades de imóveis, setores fiscais e zonas fiscais.

A **forma** dessa apuração de *valor venal* é tão esdrúxula que a própria lei nº8.473/2013, no seu **inconstitucional** art.4º, estabelece um **piso de 35%** para ser admitido a partir de 2014, porém, sem teto, o que transforma o *valor venal* em objeto resultante de uma técnica **cumulativa**, banida no Brasil, para impostos, desde 1965, com a adoção do valor acrescido para aqueles que, antes, a lei permitia, como os recém chegados, então, ICMS e IPI, ex-impostos, respectivamente, sobre vendas e consignações e **sobre** consumo.

A própria Administração Fazendária Municipal distribuiu uma tabela com o "**Demonstrativo de Aplicação dos Limites de Aumento do IPTU 2014**", a seguir reproduzida e que bem comprova a extorsão inconstitucional:

DEMONSTRATIVO DE APLICAÇÃO DOS LIMITES DE AUMENTO DO IPTU 2014

USO	ÁREA (M2)	IMÓVEIS		LIMITE AUMENTO	IPTU A PAGAR (*)	DESCONTO RECADAS TR. (R$)	IPTU A PAGAR C/ DESC. (R$)	VAR. EM RELAÇÃO A 2013		VAR. EM RELAÇÃO A 2013 c/ pagamento à vista		
		QTE.	(%)					NOMINAL (%)	REAL (%)	IPTU A PAGAR (R$)	NOMINAL (%)	REAL (%)
Residencial	Qualquer	530.692	100,0	1,35	1.350,00	135,00	1.215,00	21,50	14,08	1.080,00	8,00	1,41
Não Residencial (81.054 imóveis)	até 300	72.835	89,9	1,50	1.500,00	150,00	1.350,00	35,00	26,76	1.200,00	20,00	12,68
	de 300,01 a 1.000	5.784	7,1	2,00	2.000,00	200,00	1.800,00	80,00	69,01	1.600,00	60,00	50,23
	de 1.000,01 a 2.000	1.241	1,5	3,00	3.000,00	300,00	2.700,00	170,00	153,52	2.400,00	140,00	125,35
	mais de 2.000	1.194	1,5	4,00	4.000,00	400,00	3.600,00	260,00	238,03	3.200,00	220,00	200,47
Terreno (40.858 imóveis)	até 301	21.508	52,6	1,50	1.500,00	150,00	1.350,00	35,00	26,76	1.200,00	20,00	12,68
	de 300,01 a 1.001	12.837	31,4	2,00	2.000,00	200,00	1.800,00	80,00	69,01	1,600,00	60,00	50,23
	de 1.000,01 a 2.001	2.447	6,0	3,00	3.000,00	300,00	2.700,00	170,00	153,52	2.400,00	140,00	125,35
	mais de 2.001	4.066	10,0	s/limite	s/limite							

(*) Tomando-se por base IPTU de R$ 1.000,00 em 2013.

A lei nº8.464/2013 não se salva da inconstitucionalidade, também, porque dispõe sobre alíquotas progressivas, de forma ofensiva ao que estabelece a Constituição, tal como se verifica, nas linhas seguintes:

III.c. Concepções sobre progressividade: natureza – técnica ou princípio?

A ideia de progressividade, às vezes, integra-se com a ideia de *seletividade* e, até mesmo, com a de *proporcionalidade*. É o que se chama de *progressividade oculta*. Assim a concepção de progressividade pode ser *ideológica* como pode ser uma concepção *técnica*.

Ideologicamente, tem-se a posição de Karl Marx[32] quando propôs, para revolucionar todo o modo de produção vigente à sua época, *imposto fortemente progressivo*.

Ao revés, há quem considera a progressividade uma ofensa ao *princípio da isonomia* porque a *proporcionalidade* é que seria correta e, pela qual, cada pessoa deveria pagar na proporção daquilo que aufere. Essas correntes *ideológicas* não chegam a conclusão nenhuma porque na *ideologia* está a liberdade de pensar, na *ideologia* está a capacidade de opinar sobre essa ou aquela forma de valor. A ideologia é *axiológica*.

Examine-se, então, uma noção *técnica*. E no século XVIII, Condorcet, por volta de 1793, construiu o mais antigo conceito de progressividade. Por ele, entende-se que há progressividade quando a base econômica sobre a qual deve incidir a norma tributária cresce a partir de um limite, de um piso, que o legislador estabeleceu por alguma razão e, quanto maior for a massa econômica do objeto tomado como razão, maior será a tributação. Aqui se poderá falar de *progressividade explícita*.

Para evitar *valoração*, (noção *ideológica*), tome-se essa noção (*técnica*) de progressividade e se examine qual é a natureza jurídica desse critério a partir do regime constitucional do IPTU.

A progressividade, sem dúvida, é, ontologicamente, uma técnica[33], mas, sob o ângulo jurídico-constitucional é, entre nós, um *princípio*. Aqui, já foi, também, somente, uma *técnica*. Lembre-se da *progressividade oculta* ou *indireta*, camuflada por uma formal *proporcionalidade*, em que se estabeleceu uma *alíquota* uniforme, mas, manipulou-se a *base de cálculo*, tal como ocorreu no imposto de capitação graduada, cuja *base de cálculo* era o valor locativo dos prédios (lei nº1.607 de 26 de setembro de 1867). A *alíquota* era de 3% (três por cento) quando excedia de 480$ na Corte, 180$ nas capitais das províncias do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco, Maranhão e Piauí, 120$ nas demais cidades, 60$ em qualquer outro local. Além disso, não alcançava muitos prédios, conforme fosse a sua utilização[34].

É uma *técnica* oculta, quando há *progressividade oculta*; o Brasil, portanto, já teve isso. Ou é uma *técnica* explícita quando o legislador determina a *técnica* na estrutura do imposto. Mas, diga-se, de logo, que, no Brasil, como se encontra disciplinada na Constituição, não é *técnica*, é um *princípio*.

E o que é, então, um *princípio*?

Reitere-se: o *princípio* é uma norma – tanto de direito público, como de direito privado – que veicula um *critério básico* de organização de uma *situação jurídica*, de tal sorte que é um *critério básico* que dele decorrem os *critérios específicos*. Portanto, entre nós, a progressividade é assim.

E, no caso do IPTU, esse critério tem um corolário que, por sua vez, é outro princípio, o já falado princípio da capacidade contributiva e, por isso, não fere o *princípio da isonomia*, muito pelo contrário, confirma-o, impedindo a ocorrência do *confisco*, que a Constituição busca evitar pelo outro corolário, o *princípio do não-confisco*. É um princípio-garantia, porque a capacidade contributiva respeita a aptidão da pessoa para participar dos gastos públicos, na medida em que se preserve a *dignidade*. Assegura um critério de justiça do *caráter pessoal* do imposto e de sua *graduação* segundo a capacidade econômica do contribuinte. (§1º do art.145 da Constituição).

O regime da progressividade na Constituição não é idêntico — como já se disse antes — para todos os impostos. Ela contém, na sua composição dentro da Constituição, os arts. 3º; 145, §1º; 146, I e III "a" e "b"; 155, I; 156, I e II, porque a *hipótese* do IPTU debuxa uma "*facti species*" que ao englobar a *progressividade*, comporta regras que disciplinam possíveis conflitos de competência em razão da matéria tributável pelas entidades federadas às quais foi outorgada, até como similitude.

A progressividade, como situação jurídica, é regrada na Constituição sob três aspectos: a) *geral*; b) *específica* de alguns impostos; e c) *sanção*.

> *Geral* está descrita nos arts.3º e 145 §1º, pois todo e qualquer imposto tem de guardar compatibilidade com a construção de uma sociedade justa, onde se garanta o desenvolvimento nacional para a erradicação da pobreza, promovendo o bem-estar social, tudo isto, no plano tributário, mediante a personalização da incidência pelo critério da "gradação que leve à justiça tributária".
>
> *Específica* é aquela que atribui, por diversos métodos, a gradação segundo a capacidade econômica dos contribuintes do ICMS, do IPI, do IR e do IPTU.
>
> *Sanção* consiste na gradação do IPTU como penalidade por descumprimento da regra do art.182 da Constituição que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade para a garantir o bem-estar de seus habitantes.

Ora, o art. 2º da lei municipal nº8.464/2013, ao dar nova redação ao art.73 da lei nº7.186/2006, consegue, ao mesmo tempo, ofender o princípio da espera nonagesimal (alínea "c" do item III do art.150) e o da progressividade em razão do valor ou através de alíquotas diferentes, de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Veja-se:

A Emenda Constitucional nº42, de 19 de dezembro de 2003 introduziu o princípio da espera nonagesimal, pelo qual, não se pode cobrar tributo "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou" e, mesmo assim, ter-se-á de respeitar o princípio da anualidade (§2º do art.165, da Constituição) e da anterioridade (alínea b do item III do seu art.150), a fim de que, diferentemente, da contribuição social, não se cobre *imposto* que não seja noticiado pela lei de diretrizes orçamentárias – LDO, nem se cobre, no mesmo exercício de sua criação.

O legislador dessa emenda, ao excepcioná-la em relação à *base de cálculo* do IPTU, teve o cuidado de aplicar essa espera, no caso das *alíquotas progressivas* desse imposto.

Pois bem: a lei municipal nº8.464/2013 colide frontalmente com essas disposições da Constituição porque passa para 31 de dezembro de cada ano a data limite para a publicação das tabelas das alíquotas progressivas, a serem veiculadas por ato subalterno, o da Secretaria Municipal de Fazenda e passa o conhecimento sobre os intervalos de valores venais necessários à fixação dessas alíquotas, para 30 de novembro de cada ano.

Essa lei, além de não respeitar a espera nonagesimal, também, ofende jurisprudência do **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**.

É que a **inconstitucionalidade** de critério igual ao veiculado por essa lei nº8.464/2013, já foi declarada pela **unanimidade** do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, quando do julgamento da ADIN nº1/1991, relator Des. Luiz Pedreira, "in verbis":

> "Logo, se a Constituição diz que a lei de diretrizes orçamentárias '**disporá** sobre as alterações na legislação tributária' (§2º do art.165), dúvida não há de que essa lei terá de conter preceitos, normas, artigos sobre essas alterações. Portanto, o art.4º da lei municipal nº4.104/90 não satisfaz a exigência constitucional.
>
> Resta saber qual a vinculação entre esta lei de diretrizes e as duas outras inquinadas de vício de inconstitucionalidade. Essa vinculação existe, na medida em que se verídica a circunstância de não ser possível o contribuinte ser surpreendido em uma sexta-feira, praticamente, o ultimo dia útil do ano, 28 de dezembro, com essas alterações. Por isso, a Constituição estabeleceu o limite de até 30 de junho, data em que a lei de diretrize3ss orçamentárias deve estar editada, para que o contribuinte conheça as normas legais alterando a legislação tributária para o ano em que vai ter aplicação o orçamento, cuja elaboração, ela orienta (§2º do art.165). Essa é a **interpretação constitucional de legitimação de aspirações sociais** a que se refere a doutrina moderna e a que se deve adotar para uma Constituição como a de 1988, que se insere entre as que consagram o bem-estar social, como princípio fundamental (art.3º).
>
> Assim, tem razão o autor quando alega que 'as alterações introduzidas pelas leis nº4.261/90 e 4.279/90 no IPTU ferem, também, o disposto no §2º do art.165 da Constituição e, então, não podem prosperar por configurarem inconstitucionalidade'."

O **acórdão**, com que o Tribunal reafirmou esse seu entendimento, proferido já em sede de Embargos de Declaração, também, é explícito:

> "O acórdão decidiu que a fixação de alíquotas e a definição dos seus critérios de enquadramento são matérias de reserva legal e, assim, decidiu mais, que as inovações à legislação tributária vigente introduzidas depois da Lei de Diretrizes Orçamentárias e publicadas no último dia do ano, 28 de dezembro, ferem princípio constitucional que a lei tributária municipal deve obedecer, ex-vi do art.29 da Constituição Federal combinado com os 149 e segs. da estadual, tendo pois este Tribunal competência para, em decisão definitiva, julgar a matéria, nos termos do art.123, I, d, da Constituição estadual combinado com o §2º do art.125 da federal (cf. **Gilmar Ferreira Mendes** "Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos", São Paulo, Saraiva, 1990- p.326)"

REVISTA BAHIA FORENSE

Em **CONCLUSÃO**: o **Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia** não mudou seu entendimento, já passados todos esses longos anos e, assim, vem procedendo, não só em nome dos *princípios* da ***segurança jurídica*** e da ***certeza do direito***, mas, também, porque, mantida a Constituição sobre a qual, assim, fez a **interpretação**, há de se invocar, para que ele se mantenha na mesma linha, esses dois *princípios*.

A **progressividade do IPTU** está englobada na "*facti species*" debuxada pela *hipótese* do seu *fato gerador*, quando a respectiva norma constitucional de outorga de competência autoriza a adoção de **progressividade** "*em razão do valor do imóvel*" (cf. item do §1º do art.156, redação da Emenda Constitucional nº29 de 13.09.2000).

Agora, a *manipulação* das alíquotas adotadas em razão do valor do imóvel, ao revés do que fizeram as leis municipais contestadas, somente é possível para adotá-las "*diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel*" (cf. item II do §1º do art.156, redação da mesma Emenda nº29).

Logo, pecam, também, essas duas leis municipais inquinadas de vício, especialmente a de nº8.464/2013, quando **aprova** Tabela de Receita com *alíquotas progressivas* e despreza, para isto, essas duas regras constitucionais.

Então:

Se o legislador municipal quer adotar **progressividade**, somente, pode fazê-lo para depois que for apurado o *valor* do imóvel e não o inverso, como está feito, ou seja, fixar tabela de **progressividade** para depois encontrar **faixas de valor de imóveis** (cf. Anexo Único da Lei nº8.464/2013 introduzindo alterações no Anexo II da Lei nº7.186/2006), com os famigerados "*setores fiscais*" e "*zonas fiscais*", antes inexistentes (cf. redação original do art.67 da Lei nº7.186, antes da modificação introduzida pelo art.3º da lei nº8.473/2013, ora contestada), tudo isto ao arrepio da determinação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na *Adin* 1/91, no sentido de que os critérios legais devem reger

> "o procedimento de lançamento a ser feito de referência a CADA IMÓVEL"

Então, por esse regime constitucional de alíquotas do IPTU:

> 1º se se for adotar a *progressividade*, mediante a técnica de *alíquotas*, ter-se-á, *primeiro*, de adotar critérios para apurar o valor do imóvel, individualmente, e estabelecê-las em razão desse valor que terá de ser o de CADA IMÓVEL, conforme a decisão (Adin 1/91) do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia;
>
> 2º se se quiser adotar *alíquotas diferentes* de acordo com a *localização* e o *uso*, então, ter-se-á de proceder, primeiro à classificação delas em razão do valor.

Há lógica nessa disciplina jurídica constitucional, dado que a **urbanização** no Brasil não é uniforme nas cidades, sobretudo em Salvador, onde "convivem" taperas com "bangalôs", quase parede-meia, por isso, a existência, na Administração municipal de Salvador, do SICAD, anteriormente, anunciado e que a sua Secretaria da Fazenda não o utiliza porque não quer.

Isto posto, lembre-se, agora:

O *elemento material* tem como consectário, além da *alíquota*, também, a *base de cálculo*, cujo núcleo, no caso do IPTU, é o *valor venal do imóvel*, aferido com respeito à **capacidade contributiva**, especialmente, por ser um *imposto pessoal*. Assim, a onerosidade excessiva na apuração dessa *base*, resulta em ***confisco*** proibido, constitucionalmente.

IV. Hipótese do fato gerador do ITIV. Elementos constitutivos deste tributo e sua incompatibilidade com a reforma tributária municipal de Salvador

A *hipótese do fato gerador* do ITIV é formulada a partir da norma constitucional que outorga ao Município a competência tributária, para instituí-lo.

Então, a hipótese normativa do *fato gerador* do ITIV tem de ser descrita assim:

> Imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física e de direitos sobre imóveis, exceto os direitos de garantia (anticrese, hipoteca e penhor) bem como cessão de direitos e sua aquisição.

Impõe-se dissecar esta *hipótese*, a fim de identificar os seus elementos constitutivos, os quais fornecem o desenho do *tipo*. São eles:

Elemento pessoal:

Sujeito ativo: o Município (art. 156 da Constituição Federal) ou o Distrito Federal (art. 147, "*in fine*" da Constituição Federal)

Sujeito passivo: tanto pode ser o transmitente como pode ser o adquirente do direito de propriedade; depende da lei municipal (art. 42 do Código Tributário Nacional), a qual, em Salvador, elegeu o adquirente, como regra geral, listando as exceções (cf. art. 119 do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador).

Elemento espacial:

O território do Município de Salvador onde se localizem os imóveis objeto de transmissão do respectivo direito de propriedade de bem imóvel.

Elemento material:

É a *alienação* do direito de propriedade imobiliária.

Este fato jurídico ocorre, no direito brasileiro, com a transcrição (*Modus Acquisitions*), no respectivo Cartório do Registro de Imóveis, do título translativo (*Titulus Adquirendi*) É a regra do art. 1.227, combinado com os arts. 1.245 a 1.247, todos do Código Civil Brasileiro.

Esses dispositivos da lei civil são *aplicáveis* por dispositivos do próprio Código Tributário Nacional (art.35) que determina a utilização da definição dessa lei civil (art.35.II combinado com os arts. 109 e 110, todos do Código Tributário Nacional).

Assim, além dos arts. 1227, 1245 a 1.247 do Código Civil, definindo o signo *transmissão*, colhe-se desse ramo do Direito a noção de *ato oneroso*, pelo qual se entende toda e qualquer ação humana à qual a *ordem jurídica* outorga o efeito de um ato pelo qual se faz atribuição patrimonial recíproca. Colhe-se, também, o conceito de *bem imóvel por natureza* (aquele que se encontra no seu estado natural. Ex. um terreno) ou por *acessão física* (aquele que se acresce ao de estado natural).

Nesse elemento material encontram-se dois aspectos decisivos para a apuração do imposto:

a) *base de cálculo*, que é a porção do elemento material admitida pelo legislador para aferir o "***quanto***" sobre a qual porção aplica-se uma unidade de grandeza;

b) a ***alíquota*** que é definitiva para chegar-se a esse "***quanto***".

Elemento temporal:
Este elemento é identificado no momento em que se completa a situação definida como fato gerador a qual é integrada com a efetividade dos outros três elementos constitutivos.

O caso do ITIV tem que esse momento nunca pode ser o da **construção**, porque, então, não há, ainda, direito de transferir domínio, porque **inexistente**.

Interpretação Integrativa. O caso sob exame obriga a *integração* dos **elementos material** e **temporal** desse imposto, também, porque o valor de um imóvel varia no *tempo*, para mais ou para menos.

Daí, o **Supremo Tribunal Federal** já decidiu, há anos, que a incidência do **ITIV** é sobre o valor do imóvel ao tempo da *alienação* e não ao da *promessa* (ERE nº 41346-SP).

Ainda, na ótica dessa *integração* de elementos constitutivos, lembre-se que o **Supremo**, também, já decidiu, há tempo, que o **ITIV** não incide sobre a **construção** ou parte dela, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da *alienação* (SÚMULA 110 e, por exemplo, RMS nº 18.623-SP).

Essa posição da Corte Suprema decorre da boa interpretação do direito brasileiro, a partir da Constituição, porque essa lei não autoriza cobrar imposto sobre **contrato de construção**.

Com efeito, a lição de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA[35], autor do ante-projeto de que resultou a lei nº4,591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre as *incorporações* imobiliárias, é a de que o negócio jurídico celebrado pelo *incorporador* com aquele que lhe aceita a atividade, é, efetivamente, um **contrato de construção** situação que não é, no Brasil, geradora de tributo.

V. Conclusão

V.a. IPTU

Inconstitucionalidade material nas leis municipais inquinadas.

Invoque-se, por fim, novamente, a lição de Bilac Pinto sobre **inconstitucionalidade material**, transformada em decisões do Supremo Tribunal Federal[36], segundo a qual, diferentemente da *inconstitucionalidade formal*, que somente pode ser conclamada em tese, ou seja, tendo em vista exclusivamente os conflitos dos termos de uma norma com os da Constituição, a *material*, verifica-se em face da *aplicação da lei a determinadas situações*, quando se evidenciará seu confronto ofensivo com as normas constitucionais, sobretudo, as principiológicas, v.g. a *dignidade da pessoa humana*, a *capacidade contributiva*. etc.

Há, aqui, a, constitucionalmente, proibida **utilização do tributo com efeito de confisco** (inciso IV do art.150 da Constituição).

Confisco é uma sanção que consiste na apreensão do objeto resultante de um delito e a apreensão dos instrumentos com os quais o agente efetivou-o.

Utilizar o tributo com tais ***efeitos*** é a apreensão do objeto tributável, total ou parcialmente.

O *efeito* existe, aqui, porque as referidas leis municipais, ao fixarem o *valor venal* em montante percentual tão elevado, operam a apreensão indireta do imóvel, além de adotar a *progressividade-sanção* do item II do § 4º do art.182 da Constituição cuja regulação, feita pela lei nº10.257 de 10 de julho de 2001, (Estatuto da Cidade), limita em 15 % (quinze por cento) a alíquota máxima e limita o **tempo** de aplicabilidade da sanção (progressividade).

Lembre-se, então que as leis municipais inquinadas não dão limites, dão ***piso***, sem ***teto*** e, também, não respeitam o §1º do art.156 da Constituição, uma vez que a ***progressividade*** que adotam não o é em razão do *valor* do imóvel, e nem o é em razão de desobediência ao plano diretor – que nem existe – que deveria estabelecer essa sanção por causa de "*solo urbano não edificado, subutilizando ou não utilizando*", que não é o caso.

Lembre-se, outrossim, a decisão na Medida Cautelar na suspensão de liminar nº745 – São Paulo, (30.12.2013) proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, onde registra ser **inadmissível** "*aumento superior ao crescimento do **PIB** nos últimos cinco anos calculado nos termos do instrumento oficial* (IBGE – 16.81 %)" porque

> "as condições econômicas do país não permitiram aos trabalhadores privados nem servidores públicos, aumentarem os rendimentos derivados do trabalho em grau tão elevado com o que se pretende impor à propriedade imóvel, o que configuraria o efeito confiscatório"

Todo o exposto conforma-se com a referida lição de Bilac Pinto[37]:

> "Um imposto demasiadamente elevado, deixa de ser um imposto para ser convertido em uma usurpação, a qual facilmente se confunde com o confisco da propriedade individual.
>
> Do exposto se deduz que a inconstitucionalidade das leis impugnadas depende, principalmente, do grau de intensidade com que o imposto grava a indústria.

.....

A confiscatoriedade de um imposto não deve ser julgada tão somente pelo seu montante, senão pela matéria, atividade ou comércio que grava.

.....

A verificação da inconstitucionalidade *material* é feita em face da aplicação da lei tributária a determinado caso particular e ocorre quando se constata que a carga fiscal, lançada de acordo com as determinações legais, alcança pressão exagerada sobre a atividade tributada, de modo a perturbá-la no seu ritmo."

Já na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Bilac Pinto aplicou a lição, com sucesso conforme se verifica nos REs nº72071 – Guanabara (1º. 09. 1971) e 72 054 – Guanabara (11.10.1971).

V.b. ITIV

O exposto permite **concluir**:

a) que o **ITIV** somente é devido, por força da efetividade do **elemento temporal** com a ocorrência do "*modus acquisitions*", isto é, com a transcrição do "*títulus adquirendi*" (a escritura pública) qual seja, o registro do imóvel. "A aquisição da propriedade imobiliária por *transcrição* verifica-se no *momento* em que o título translativo é registrado" (Cf. ORLANDO GOMES. Direitos Reis. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.170).

b) que a exigibilidade do **ITIV** *antes* desse *momento* é ***inconstitucional*** porque, ainda, não se completou o fato gerador. Assim, deve-se considerar **inconstitucional** o art. 122, I, e seu §1º do Código Tributário e de Rendas do Município que determina essa **antecipação**. Vejam-se as decisões do **Supremo** antes evocadas.

c) que a *substituição tributária* adotada pelo parágrafo único do art. 119, acrescentado ao Código Tributário Municipal pela lei nº 8.421/2013, também, padece do vício de **inconstitucionalidade** porque essa norma estabelece que, a partir de 16 de julho de 2013, a *incorporadora imobiliária é responsável* pelo pagamento do imposto, na qualidade de *substituto tributário*, em relação às unidades imobiliárias para entrega futura que negociar.

d) que a *substituição tributária* somente é legitima quando o *substituto* e o *substituído* têm atuação *integrativa*. O caso não o revela, porque *incorporação imobiliária* é uma atividade *típica* disciplinada por lei especial (lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964), por isso, não participa do *ato de alienação*, isto é, do *ato de atribuição patrimonial recíproca* (compra e venda do imóvel **construído**) que é jurígeno do **ITIV**.

Há defeitos nas leis municipais que disciplinam o **ITIV** e o **IPTU**, a ponto de já se vir obtendo **ganho de causa**, nas ações judiciais individuais, sob os fundamentos aqui expostos.

Notas

1. Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia, em cuja Faculdade de Direito leciona no Curso de Doutorado. Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo), em cuja Faculdade de Direito leciona Direito das Obrigações. Advogado na Bahia e em São Paulo.

2. cf. Kelsen, Dr. Hans. Teoria general del estado. Decimaquinta edicion. México. Fuentes Impresores, S. A., 1979, p.214 e segs.

3. art, 61 – É da atribuição das Comissões o exame técnico dos assuntos submetidos a seu estudo e parecer de acordo com a competência atribuída a cada qual por este Regimento.

4. art.76 – Qualquer componente da Comissão poderá pedir vista da matéria em discussão, que lhe será concedido, imediatamente, pelo presidente. Não poderá, entretanto, retê-la em seu poder por mais de 48 (quarenta e oito) horas, 02 (dois) dias".

5. art.131 [....] Parágrafo Único – Quando a proposição for relatada em Plenário: I – 15 minutos para o Relator; II – 05 minutos para os demais membros das Comissões; III – 03 minutos para vereadores não integrantes das Comissões.

6. cf. A lei orgânica do Município. In. Martins, Ives Gandra da Silva & Godoy, Mayr (coord.) – Tratado de Direito Municipal – volume I – São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp.61 e 62

7. cf. Hans Kelsen. Teoria pura do direito. 3ª ed. Trad. de Dr. João Baptista Machado. Arménio Amado – Editor, Sucessor – Coimbra, 1974, pp.463 e ss.

8. cf. Emilio Betti. Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos. Trad. y prólogo por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1975, p177

9. Por força do art.7º do Ato Complementar nº36, de 13 de março de 1967, a Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966, passou a ser denominada de Código Tributário Nacional

10. cf. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Interpretação e estudos da Constituição de 1988: Aplicabilidade; congelamento, coisa julgada fiscal, capacidade contributiva; ICMS; empresa brasileira, poder constituinte estadual, medidas provisórias, justiça e segurança, servidor público. São Paulo: ATLAS, 1990, p.12

11. cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1991, p.20

12. cf. José Mª Suárez Collía. *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, 2ª ed. Madrid: Actas, 1994, p.14

13. cf. *La certeza del derecho*, trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América , 1953, especialmente ps.73 e segs.

14. Cf. Edvaldo Brito. *Princípios constitucionais tributários*. In. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 18. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: co-edição: Editora Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária, 1993, os.553 e segs.

15. cf. Gian Antonio Micheli, *Curso de direito tributário*, trad. Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr. São Paulo: Resenha Tributário, 1978, p.65.

16. cf. Eduardo Espinola e Eduardo Espínola Filho. "*Direito Subjetivo*". São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1962, ps.

17. cf. José Joaquim Canotilho. "*Direito Constitucional*", 4a. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1987, ps.199 e 122.

18. cf. "*Teoria da Imposição Tributária*", São Paulo: Saraiva, 1983, p.32

19. cf. "*Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.73.

20. cf. Blumenstein, Sisteme di diritto delle imposte. Trad, Francesco Forte. Milano: Dott A. Giuffré Editore. 1954 cit. no acórdão proferido no RE nº153.771-0 MG, rel. (para o ac.) Min. Moreira Alves.

[21.] cf. Edvaldo Brito. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.77

[22.] cf. Edvaldo Brito. Imposto territorial rural e progressividade. In. Edvaldo Brito e Roberto Rosas (Coord.). Dimensão jurídica do tributo: homenagem ao professor Dejalma de Campos. São Paulo: Meio Jurídico, 2003, pp.258 e ss.; Sacha Calmon Navarro Coelho. O IPTU na Constituição. In. Ives Gandra da Silva Martins e Mayr Godoy (Coord.). Tratado de direito municipal, volume II – São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 395/396

[23.] cf. Francesco Carnelutti. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1933 – XI, p.2

[24.] cf. Ernesto C. Wayar. *Derecho civil – Obligaciones I*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p.98: "se llama 'obligación real' a la obligación que le incumbe a uma persona *en razón de una cosa*. Es ésta la acepción más apropiada de la expresión 'obligación real' "

[25.] cf. ob. cit. p.395

[26.] cf. Princípios fundamentais no direito tributário municipal. In. Ives Gandra da Silva Martins e Mayr Godoy. Tratado de direito municipal. Volume I – São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 277 e ss.

[27.] cf. Direitos reais, 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 109 e ss.

[28.] cf. Edvaldo Brito. Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico. São Paulo: Saraiva, 1982, p.36: *Mercado* é um fenômeno resultante da *decisão* dos consumidores sobre aquilo que deve ser produzido, ou seja, resultante das preferências manifestadas quanto ao que pretendem adquirir, abstraídas aqui as *técnicas*, modernamente, conhecidas na sociedade de consumo, *de condução* de tais preferências.

[29.] cf. Dr. Antonio da Silva Corrêa. Impostos Municipais. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº (Editor), 1932, p.80

[30.] cf. autor e ob. citados p.80

[31.] cf. Misabel de Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho. Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. São Paulo: Saraiva, 1982, p.343

[32.] cf. Karl Marx e Friedrich Engels. Manifesto do partido comunista, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editorial Vitória Ltda., 1954, p.46

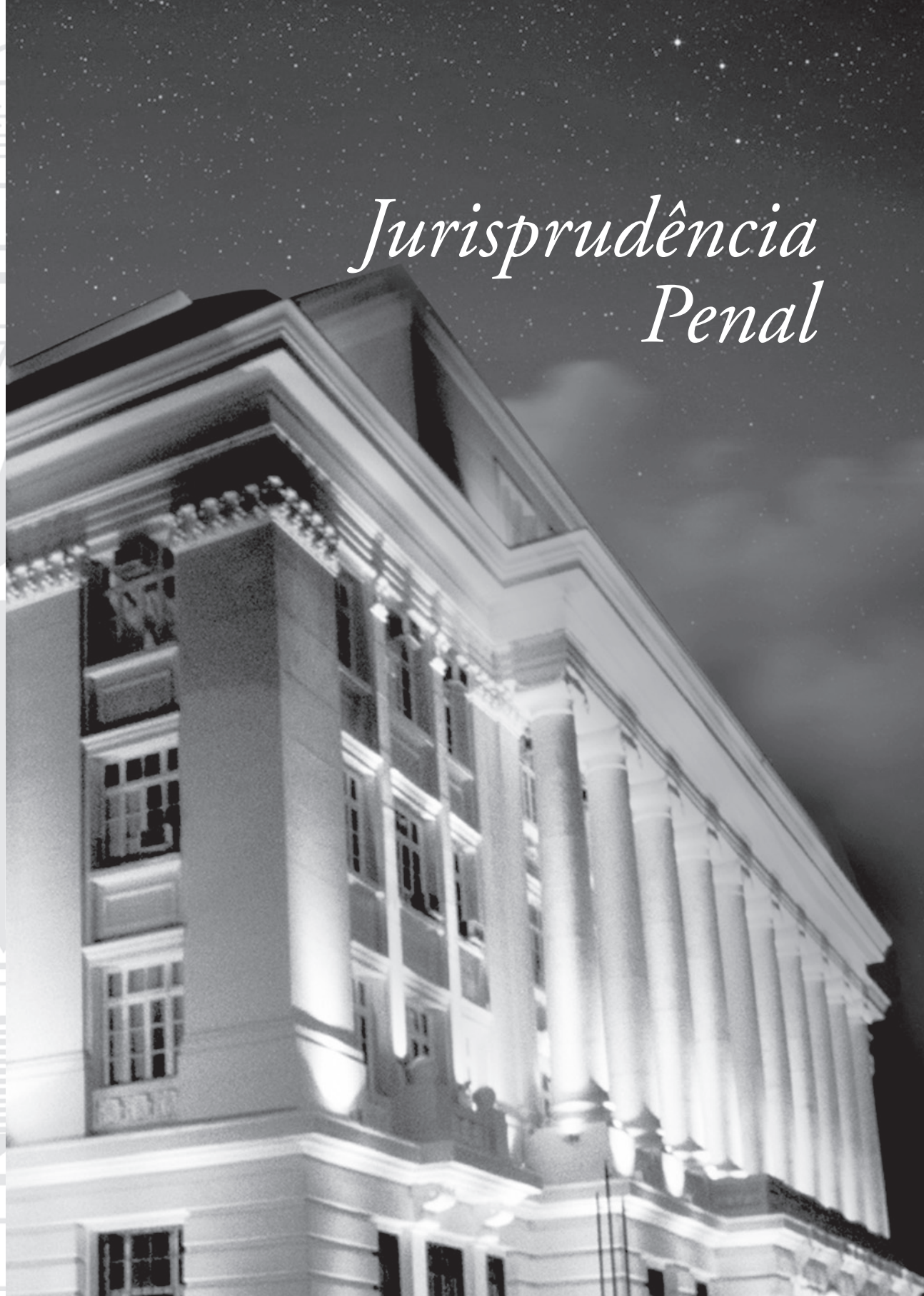
[33.] cf., por exemplo, Fritz Neumark. Princípios de la imposición. Trad. José Zamit Ferrer. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974, 476p.

[34.] cf. Edvaldo Brito. Princípios constitucionais tributários. In. Martins, Ives Gandra da Silva. *Cadernos de Pesquisas Tributárias* – vol.18, São Paulo: co-edição Editora Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, 1993, ps. 553-569

[35.] cf. Condomínio e incorporações. 6ª ed.atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro, Forense, 1991, pp.231 a 249

[36.] cf. nota de rodapé nº1

[37.] cf. ob. cit. pp. 23 e 25.



TJBA – Ação Penal Originária nº 0002995-59.2009.8.05.0000, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Eserval Rocha, julgado em 01.11.2012.

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – CRIME DE RESPONSABILIDADE – PREFEITO MUNICIPAL DENUNCIADO COMO INCURSO NAS PENAS DO ART. 1º, II, DO DECRETO LEI Nº 201/67 – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE VERBA PÚBLICA PARA PUBLICIDADE AUTOPROMOCIONAL, EVIDENCIADA PELA EDIÇÃO DE REVISTA ENALTECENDO A FIGURA DO GESTOR, POR MEIO DE NOTÍCIAS DE OBRAS E ATOS – CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL NÃO CONFIGURADO – DOLO EVIDENCIADO – CONDENAÇÃO – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

I – O Prefeito denunciado autorizou o pagamento da quantia de R$ 77.000,00 (setenta e sete mil reais) à empresa Bureau Comunicação e Marketing S/C Ltda, destinada à impressão de 20.000 (vinte mil) exemplares de uma revista, contendo 48 (quarenta e oito) páginas coloridas e capa envernizada, que projetou a imagem e o nome do denunciado, fazendo o liame com obras e serviços realizados em 2005.

II – Examinados os exemplares da revista, verifica-se que os trechos destacados pelo *parquet* apresentam desconformidade com a lei, evidenciando inobservância aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e legalidade. Constatou-se que o réu se utilizou do periódico para se autopromover entre os cidadãos do Município de Eunápolis. Há menções explícitas à administração do denunciado e as publicações não contêm conteúdo de caráter educativo, informativo ou de orientação social, pois enalteceram a figura do gestor, fazendo comparações com a gestão anterior.

III – O dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar o ato, com consciência de sua ilicitude, pode ser facilmente extraído das circunstâncias fáticas demonstradas nos autos. Apesar de os depoimentos das testemunhas de defesa terem afirmado que o acusado não participou da elaboração da revista, não é crível que a Secretaria responsável não tenha dado notícia ao Prefeito sobre o processo de elaboração e sobre a publicação da revista. Se não participou da elaboração, o denunciado deu causa ao resultado com sua omissão, porque declarou expressamente ser ‘’possível que a revista, ao noticiar o fato, tenha dado conotação de que fora um ato pessoal e não do gestor”. Tal declaração demonstra que, se o réu não examinou o informe publicitário antes da divulgação, pelo menos admitiu a possibilidade e tinha a consciência de que a revista poderia desvirtuar, de alguma forma, a propaganda institucional, não tendo feito nada para impedir que tal fato ocorresse.

IV – Pedido julgado procedente, para condenar o réu à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime descrito no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, substituindo-a pelas penas de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, no importe de 50 (cinquenta) salários-mínimos, sem prejuízo da reparação civil dos danos causados ao patrimônio público.
V – Decretação da perda do mandato eletivo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, pelo prazo de 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado desta decisão, nos termos do § 2º do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Ação Penal Originária nº 0001734-93.2008.805.0000, sendo Autor o MINISTÉRIO PÚBLICO e Réu JOSÉ ROBÉRIO BATISTA DE OLIVEIRA – PREFEITO MUNICIPAL DE EUNÁPOLIS.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em julgar procedente a Ação Penal, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

I – Trata-se de ação penal originária ajuizada contra JOSÉ ROBÉRIO BATISTA DE OLIVEIRA – PREFEITO MUNICIPAL DE EUNÁPOLIS, acusado de infringir as disposições do art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67.

Consta da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia, de fls. 02/06, que:

> […] Conforme representação do Tribunal de Contas dos Municípios, o denunciado, a pretexto de divulgar as ações governamentais desenvolvidas no ano de 2005, utilizou-se, indevidamente, de rendas públicas em proveito próprio, ao promover publicidade autopromocional, desvirtuando o caráter informativo e vinculando as obras e serviços realizados pela Prefeitura Municipal de Eunápolis ao nome e à imagem pessoais, consoante comprova a documentação acostada ao procedimento administrativo nº 003.0.146552/2008, violando, assim, princípios constitucionais que norteiam a administração pública.
> O Prefeito denunciado autorizou o pagamento da quantia de R$ 77.000,00 (setenta e sete mil reais) à empresa BUREAU COMUNICAÇÃO E MARKETNG S/C LTDA, segundo comprova o empenho datado de 02/01/2006, sendo a despesa liquidada em 17/04/2006, consoante se verifica da nota de liquidação, autorização de pagamento, nota fiscal nº 00645 e cópia do cheque nº 00381, da Caixa Econômica Federal (processo de pagamento – fls. 0014 a 0024).
> A verba pública acima indicada foi destinada à impressão de 20.000 exemplares de uma revista, contendo 48 (quarenta e oito) páginas coloridas e capa envernizada,

> que projetou a imagem e o nome do denunciado, fazendo o liame com obras e serviços realizados em 2005.
> O encarte publicitário contém indevidas menções promocionais ao nome do gestor denunciado, segundo se extrai dos trechos abaixo:
> ''A atual administração encontrou a saúde de Eunápolis em situação de total abandono. […]. Atendendo a toda a normatização preconizada pelo Sistema Único de Saúde, a administração do prefeito Robério Oliveira […]" – p. 13 – Revista.
> ''Agentes Comunitários de Saúde de Eunápolis tiveram seus direitos reconhecidos pelo Município. O Prefeito Robério Oliveira […]" (mensagem ladeada por fotografia do denunciado – p. 16 – Revista).
> Por outro aspecto, as páginas 30 e 39 da mencionada Revista abordaram a matéria intitulada ''Eunápolis, o antes e o depois", desnaturando, mais uma vez, o cunho informativo, tendo em vista o nítido viés político emanado da publicidade veiculada, posto que feitas comparações indevidas com a gestão antecedente.
> De igual modo, a ostentação autopromocional destaca-se nas fotografias insertas na página 45 da citada revista (fls. 0113/0201), nas quais o gestor denunciado aparece com figuras proeminentes das políticas estadual e federal, inclusive, com referências expressas ao seu nome, situações fáticas que destoam da natureza informativa da publicidade institucional. [...]

O réu apresentou resposta, às fls. 284/291, aduzindo, em síntese, a atipicidade dos fatos narrados na denúncia, sob o argumento de que não houve propaganda autopromocional, e sim informativa, com o intuito de prestar contas à população de Eunápolis acerca dos serviços prestados nas diversas áreas de atuação da Prefeitura.

A denúncia foi recebida por decisão unânime dos membros da Primeira Câmara Criminal, consoante as fls. 302/309.

Em seguida, o réu foi interrogado, como se verifica às fls. 410/411, tendo oferecido defesa prévia às fls. 420/431.

Não foram arroladas testemunhas pela acusação e as testemunhas de defesa foram ouvidas, conforme gravação audiovisual de fls. 496 e fls. 517.

Em face da nova redação do art. 400, do CPP, o réu foi novamente interrogado, ratificando as declarações prestadas no interrogatório anterior.

O Ministério Público não requereu novas diligências (fls. 533), enquanto a defesa pugnou pela juntada de documentos (fls. 534/535).

A acusação ofereceu alegações finais, às fls. 582/596, reiterando os termos da denúncia.

O réu, por sua vez, apresentou suas alegações finais, aduzindo, em síntese, que as testemunhas de defesa afirmaram que o Denunciado não participou da elaboração da revista, cujo caráter era meramente informativo e tinha como único propósito atender ao princípio da publicidade, ressaltando a atipicidade dos fatos narrados na denúncia.

Pugnou, ao final, pela absolvição do réu.

Lançado o presente relatório, seguiram os autos à apreciação do Revisor.

É o relatório.

VOTO

II – Cuida-se de ação penal originária ajuizada contra JOSÉ ROBÉRIO BATISTA DE OLIVEIRA – PREFEITO MUNICIPAL DE EUNÁPOLIS, acusado de infringir as disposições do art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67.

Entendo que a acusação formulada pelo Ministério Público merece acolhimento.

A materialidade exsurge dos autos pelo simples exame do informativo da Prefeitura Municipal de Eunápolis (fls. 329/352).

A autoria também restou comprovada. A revista em questão foi produzida por ordem do Prefeito, José Robério Batista de Oliveira, que declarou o seguinte em seu interrogatório (fls. 461/462):

> [...] O interrogado formulou um pedido ao então Secretário de Comunicação do Município de Eunápolis, salvo engano, Josemar Siquara ou João Batista, para que fosse elaborado um informativo institucional, no qual deveriam ser abordados os atos da administração, tais como obras que o governo estava realizando; o propósito desse informativo era o de ''elevar a autoestima do povo e divulgar o Município na região"; o interrogando limitou-se a indicar que deveria constar no informativo ''como o município estava progredindo e como estaria bem na parte social, ou seja, destacando o progresso"; que o conteúdo, os aspectos técnicos da revista ficaram a cargo da empresa que detinha o contrato na época, ou seja, Bureau Comunicação e Marketing S/C Ltda"; que essa atribuição de elaborar o formato da revista ficou a cargo da mencionada empresa porque o interrogando naquela época estava realizando viagens para Brasília, a fim de promover sua defesa em processos eleitorais que lhe foram movidos pelo seu adversário; que antes de ser publicada a revista não chegou a ser submetida ao crivo do interrogado exatamente por ter sido num período em que esse estava viajando; que a tarefa de aprovar o formato final da revista ficou a cargo do Secretário de Comunicação; que não tomou conhecimento da decisão do TCM, que, segundo a denúncia, determinou o ressarcimento do montante pago aos cofres públicos; ressalta que suas contas foram aprovadas [...].; é possível que a revista ao noticiar o fato tenha dado a conotação de que fora um ato pessoal e não do gestor; [...].

Dispõe o inc. II do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67:

> Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
> [...]
> II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; [...].

Sustentou o réu a atipicidade da conduta, tendo afirmado que a finalidade do encarte era de caráter meramente informativo sobre os atos da administração pública. Contudo, entendo que esse argumento não deve ser acolhido.

A revista induvidosamente fora paga com verba pública e a publicidade autopromocional restou caracterizada pelo seu conteúdo, cujo enfoque constitui a figura e os atos do prefeito e não a figura da administração ou os atos públicos em si.

Reza o art. 37 da Constituição Federal:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].
> § 1º – A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos […].

Ensina Alexandre de Moraes:

> Esse princípio completa a ideia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo governamentais não são do agente político, mas da entidade pública em nome da qual atuou. (Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 786).

As ações da administração não podem ser veiculadas de forma a enaltecer a figura do administrador público, e, se assim ocorrer, haverá violação ao princípio da impessoalidade.

Uadi Lammêgo Bulos explica:

> O princípio da impessoalidade, consectário natural do princípio da finalidade, impõe que o ato administrativo seja praticado de acordo com os escopos da lei, precisamente para evitar autopromoções dos agentes públicos. Sua palavra de ordem é: 'banir favoritismos, extravios de conduta, perseguições governamentais, execrando a vetusta hipótese do abuso de poder'.
> A impessoalidade possui um objetivo bastante nítido: coibir o desvio de finalidade de ato comissivo ou omissivo na Administração Pública. Visa, portanto, impedir que o administrador pratique ação ou omissão para beneficiar a si próprio ou a terceiros.
> O vetor da impessoalidade recai, também, sobre a figura do administrado. Assim, os atos e provimentos administrativos não são imputados unicamente aos órgãos ou entidades administrativas em nome dos quais os agentes públicos agem. Imputam-se, também, aos administrados, que devem ser tratados sem discriminações, nem favoritismos, a impessoalidade constitui um desdobramento do pórtico geral da igualdade (art. 5º, caput) espraiando, a fortiori, sua força centrípeta sobre outras normas constitucionais, v.g., as insculpidas nos arts. 37, II e XXI, e 175." (Constituição Federal Anotada. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.627-628).

José dos Santos Carvalho Filho também esclarece:

> [...] objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente pra o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. (Manual de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p.17).

De fato, as fotografias (páginas 9, 16, 27, 29, 41, 45 e 47) e a menção ao nome do réu no encarte publicitário, caracterizaram marketing pessoal, uma vez que vincularam a pessoa do Prefeito às concretizações realizadas em sua gestão, implicando verdadeira personificação da Administração e, consequentemente, ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade pública.

Há no impresso, além disso, quadro comparativo entre a gestão do acusado e a gestão que o antecedeu (fls. 24), constando, ainda, matéria intitulada 'Eunápolis, o antes e o depois", que, realmente, descaracterizou o cunho informativo, reforçando a vinculação da imagem do Prefeito às obras e serviços realizados.

Nota-se que a revista utilizou o dinheiro público com objetivos políticos, defenestrando o rival político que o antecedeu no governo municipal.

Os trechos da revista citados pelo Ministério Público tornam induvidosa a prática do crime. Confira-se (fls. 13,16 e 28):

> [...] A atual administração encontrou a saúde de Eunápolis em situação de total abandono. O caos instalado nesta área essencial para a população exigiu medidas enérgicas para humanizá-la. [...] Atendendo a toda a normatização preconizada pelo Sistema Único de Saúde, a administração do prefeito Robério Oliveira [...]
> [...] Agentes Comunitários de Saúde de Eunápolis tiveram seus direitos reconhecidos pelo Município. O prefeito Robério Oliveira assinou o contrato de trabalho dos agentes [...]
> [...] Para estimular o funcionalismo, o Prefeito Robério Oliveira determinou o pagamento de 50 % do décimo terceiro [...]

O material acima destacado demonstra claro intuito de promoção pessoal paga com recursos públicos. Ao contrário do que sustentou a defesa, a revista que deveria, exclusivamente, servir para informar a população sobre seus direitos e sobre a efetivação de políticas sociais, acabou por beneficiar o denunciado.

O próprio réu admitiu que teve a ideia de elaborar o "informativo institucional" e solicitou à Secretaria de Comunicação que o fizesse. Apesar de os depoimentos das testemunhas de defesa terem afirmado que ele não participou da elaboração da revista, não é crível que a Secretaria responsável não tenha dado notícia ao Prefeito sobre o processo de elaboração e sobre publicação da revista.

Se não participou da elaboração, o denunciado deu causa ao resultado com sua omissão, porque declarou expressamente ser "possível que a revista, ao noticiar o fato, tenha dado conotação de que fora um ato pessoal e não do gestor".

Tal declaração demonstra que, se o réu não examinou o informe publicitário antes da divulgação, pelo menos admitiu a possibilidade e tinha a consciência de que a revista poderia desvirtuar, de alguma forma, a propaganda institucional, não tendo feito nada para impedir que tal fato ocorresse.

Frise-se que a impessoalidade da publicidade institucional se traduz, verdadeiramente, apenas na menção do órgão, instituição e poder, em detrimento do agente, chefe, mandatário ou administrador.

Examinados os exemplares da revista, verifica-se que os trechos destacados pelo *parquet* apresentam desconformidade com a lei, evidenciando inobservância aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e legalidade. Constatou-se que o réu se utilizou do periódico para se autopromover entre os cidadãos do Município de Eunápolis. Há menções explícitas à administração do denunciado e as publicações não contêm conteúdo de caráter educativo, informativo ou de orientação social, pois enalteceram a figura do gestor, fazendo comparações com a gestão anterior.

Está evidente a vontade livre, consciente e deliberada de utilizar-se indevidamente de bens e serviços públicos, em proveito próprio.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

> Todos os crimes definidos nessa lei são dolosos, pelo que só se tornam puníveis quando o prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem. O que se dispensa é a valoração do resultado, para a tipificação do delito. Mas, tratando-se de crime contra a Administração municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro - São Paulo, Editora Malheiros Ltda., 1.996, p.564).

Sobre o tema, entende o STF:

Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. Art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal.
1. O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.
2. Recurso extraordinário desprovido. (RE n. 191668, Min. Menezes Direito).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 37, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PUBLICIDADE DE ATOS E OBRAS PÚBLICAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA SEGUNDA PARTE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL. DECISÃO PROFERIDA À LUZ DAS PROVAS CARREADAS PARA OS AUTOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE: SÚMULA 279/STF.

1. O art. 37, § 1º da Constituição Federal preceitua que "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos."

2. Publicidade de caráter autopromocional do Governador e de seus correligionários, contendo nomes, símbolos e imagens, realizada às custas do erário. Não observância do disposto na segunda parte do preceito constitucional contido no art. 37, § 1º. Decisão proferida à luz das provas carreadas para os autos. Reapreciação da matéria fática em sede extraordinária. Impossibilidade. Súmula 279/STF. Agravo regimental não provido (RE n. 217025 AgR, Min. Maurício Corrêa).

Assim, julga-se procedente a denúncia para condenar o réu José Robério Batista de Oliveira como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso II, de Decreto-lei nº 201/67.

Passo à dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do acusado, entendida como juízo de reprovabilidade, não merece relevo. Não possui antecedentes criminais. Nada há nos autos que desabone sua conduta social e personalidade. Os motivos e as circunstâncias foram normais à espécie. O comportamento da vítima, no caso, a coletividade, em nada influiu. As consequências mostraram-se relevantes, tendo em vista o prejuízo causado pela utilização de verba pública para propaganda autopromocional.

Considerando tais circunstâncias e buscando um critério objetivo a ser adotado em todas as situações para a fixação da pena-base, entendo que:

"O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo – mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitiva parte (1/8), ou seja, dividir o resultado obtido por 8 (oito), em vista de ser este o número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal.

Com este raciocínio, chegamos ao patamar exato de valoração de cada uma das circunstâncias judiciais (com absoluta proporcionalidade), o qual servirá de parâmetro para o julgador promover suas análises individuais." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p.115/116).

Subtraindo o máximo do mínimo da pena cominada em abstrato para o crime em tela (12 - 2 = 10 anos), convertendo o resultado em meses (120) e dividindo pelo número de circunstâncias judiciais (120/8 = 15 meses), chega-se ao valor a ser atribuído a cada uma das circunstâncias judiciais: 15 (quinze) meses.

Deste modo, tendo em vista que apenas uma das circunstâncias judicias foi valorada de forma negativa (as consequências), a pena mínima (2 anos) deve ser aumentada em 15 (quinze) meses, pelo que se tem a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, que torno definitiva, ausentes agravantes e atenuantes, causas de aumento e de diminuição.

À vista do art. 33, §§ 2º e 3º, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade é o aberto.

Uma vez que o réu preenche os requisitos subjetivos e objetivos inseridos no art. 44, do Código Penal, substituo a pena de reclusão por duas penas restritivas de direito, a saber, uma pena de prestação pecuniária e uma pena de prestação de serviços à comunidade, por serem as mais adequadas à prevenção/reprovação do delito, tendo em vista que tais sanções incutirão no meio social a sensação de que o réu estará devolvendo à sociedade, de alguma forma, o mal causado à frente do Poder Executivo Municipal.

Observando-se os mesmos parâmetros fixados no sistema trifásico de dosimetria da pena privativa de liberdade, fixa-se o pagamento em 50 (cinquenta) salários mínimos.

A propósito:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CONVERTIDA EM DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO DO QUANTUM.

DISPENSA ANÁLISE DO ART. 59 DO CP. PENA DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PROPORCIONALIDADE NA SUA APLICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A pena de multa e a prestação pecuniária são institutos que possuem naturezas jurídicas distintas. Nos termos do art. 43, I, do CP, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz. A pena de multa, por sua vez, de acordo com o art. 49, caput, do CP, consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e deve ser calculada pelo sistema de dias-multa.

2. A pena de suspensão ou proibição de se obter habilitação ou permissão para dirigir veículo automotor deve guardar proporção com a gravidade do fato típico, dentre os crimes de trânsito que preveem essa penalidade, observadas as circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, nos limites fixados no art. 293 do CTB, além de eventuais causas de diminuição ou aumento de pena.

3. Recurso conhecido e improvido. (STJ. REsp 1075211/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 02/08/2010).

Impõe-se, ademais, a perda do mandato eletivo de Prefeito Municipal, uma vez que o § 2° do artigo 1º do Decreto-lei nº 201/67 determina que ''A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular".

Da doutrina:

> Ao motivar a imposição da perda de cargo, função ou mandato, o juiz deve levar em consideração o alcance do dano causado, a natureza do fato, as condições pessoais do agente, o grau de sua culpa etc., para concluir sobre a necessidade da medida, no caso concreto (FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui (Coord). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 2, p. 2.768).

Como restou comprovado nos autos, não há a menor dúvida de que a conduta do denunciado comprometeu a dignidade e o decoro da função pública, ao se utilizar de verba pública para fazer publicidade autopromocional.

"Tal comportamento, evidentemente, é incompatível com o que se espera daquele que, por meio de um processo democrático, foi eleito pelo povo para exercer a boa administração do município e justifica, em uma análise de proporcionalidade, a imposição da pena em comento." (TJSC. Terceira Câmara Criminal. PC 157760 SC 2009.015776-0. Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. j. 16/08/2011)

Assim, decreta-se a perda do mandato eletivo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública pelo prazo de 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado desta decisão, sem prejuízo da reparação civil dos danos causados ao patrimônio público – considerando que já há título extrajudicial do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia determinando o ressarcimento da verba pública indevidamente empregada pelo réu (fls. 222).

CONCLUSÃO

III – Por todo o exposto, julgo procedente o pedido, para condenar o réu à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime descrito no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, substituindo-a pelas penas de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de 50 (cinquenta) salários-mínimos, sem prejuízo da reparação civil dos danos causados ao patrimônio público, além de impor-lhe a perda do mandato eletivo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, pelo prazo de 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado desta decisão.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais.

Por força das inovações trazidas pela Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que dispensa o trânsito em julgado da decisão colegiada para a declaração de inelegibilidade, oficie-se, de imediato, ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia, para a adoção das providências cabíveis.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, oficiando-se novamente ao Tribunal Regional Eleitoral, bem como ao CEDEP, fornecendo-lhes cópia da decisão e informações sobre o julgamento do feito.

*****

TJBA – Habeas Corpus nº 0021514-43.2013.8.05.0000, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 06.02.2014.

HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, INCS. I E II, E ART. 180, CAPUT, DO CP. DECRETO PRISIONAL DECORRENTE DE REPRESENTAÇÃO POLICIAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO ART. 311, PARTE FINAL, DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE MOTIVADA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. EMPREGO EFETIVO DE ARMAS DE FOGO. TROCA DE TIROS COM A POLÍCIA. PACIENTE RESPONDE A OUTROS DOIS PROCESSOS. DELITO, EM TESE, COMETIDO DURANTE O GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de habeas corpus impetrado com o fito de obter a revogação da prisão preventiva do paciente, acusado da prática dos crimes de roubo majorado e receptação, alegando a ausência de capacidade postulatória da autoridade policial para requerer a prisão preventiva, a falta de provas da participação do paciente na empreitada delitiva, a desfundamentação do decreto prisional e a possibilidade de aplicação das medidas cautelares menos gravosas do que a prisão.

2. Inicialmente, refuta-se, de pronto, a alegação de ilegitimidade da autoridade policial para formular pedido de prisão preventiva, uma vez que inexistem sequer dúvidas acerca dessa possibilidade, tendo em vista a autorização expressa contida na parte final do art. 311 do CPP.

3. No que tange ao argumento da existência de contradições nos reconhecimentos realizados na fase indiciária, o que conduziria à falta de provas acerca da participação do paciente nos delitos apurados, cabe ressaltar que a análise da questão exige indispensável e profundo revolvimento das provas até então coletadas, procedimento esse totalmente incompatível com a via eleita, por ser uma ação de cognição sumária e rito célere.

4. As circunstâncias que rodeiam o evento supostamente delitivo, mais especificamente o emprego efetivo de armas de fogo de grosso calibre, o concurso de agentes, o uso de violência física contra os funcionários da agência bancária e o fato de tratar-se de assalto a um estabelecimento de acesso público, em plena luz do dia, tornam ainda mais acentuada a reprovabilidade da conduta e a periculosidade do paciente, tendo em vista a exposição a risco de um elevado número de pessoas, restando, desse modo, demonstrado, a contento, o preenchimento dos pressupostos e requisitos exigidos pela legislação processual penal para a decretação e manutenção da custódia cau-

telar do paciente, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade ou ausência de fundamentação do decreto prisional.

5. Ademais, em consulta ao sistema SAJ, constatou-se que o paciente foi condenado, em 11/01/2013, à pena de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas, no processo nº 0312728-65.2012.8.05.0001, que tramitou na 1ª Vara de Tóxicos desta capital, além de responder a outra ação penal, de nº 0406286-91.2012.8.05.0001, em curso na 5ª Vara Crime de Salvador, pelo cometimento, em tese, do delito de roubo majorado, na qual obteve, no dia 03/05/2013, o benefício da liberdade provisória, restando, assim, demonstrado, por mais estes motivos, o preenchimento de um dos requisitos exigidos no art. 312 do CPP, qual seja, a garantia da ordem pública, evitando a reiteração delitiva, tendo em vista que, em outra oportunidade, quando obteve a antecipação da liberdade, o paciente, aparentemente, voltou a violar dispositivos penais, o que evidencia a sua periculosidade e a imperiosa necessidade da manutenção da prisão preventiva.

6. Segundo entendimento jurisprudencial já pacificado, restando satisfatoriamente motivada a constrição corporal do paciente, diante da presença dos requisitos autorizadores exigidos no art. 312 do CPP, mostra-se descabida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, razão pela qual se afasta o pleito formulado na impetração.

7. Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, e com base no Parecer Ministerial, CONHEÇO deste habeas corpus para DENEGÁ-LO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* de nº 0021514-43.2013.8.05.0000-0, da comarca de Salvador, tendo como impetrante CLEITON CRISTIANO MENESES PINHEIRO e paciente AGNALDO GOMES.

Acordam os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DENEGAR a ordem.

RELATÓRIO

O BEL. CLEITON CRISTIANO MENESES PINHEIRO INGRESSOU COM *HABEAS CORPUS* EM FAVOR DE AGNALDO GOMES, APONTANDO COMO AUTORIDADE COATORA O MM. JUIZ DE DIREITO DA 16ª VARA CRIME DA COMARCA DE SALVADOR/BA.

Inicialmente, pleiteou o deferimento da medida liminar, sustentando a existência de vício na decisão que decretou a prisão preventiva caracterizado pela ausência de capacidade postulatória da autoridade policial para formular pedidos de natureza cautelar e pela falta de elementos concretos para justificar a imposição da prisão preventiva.

Sustentou a ocorrência de irregularidades no inquérito policial, destacando as divergências e contradições constantes nos depoimentos prestados pelas testemunhas, bem como a impossibilidade de reconhecimento do paciente como autor do delito, uma vez que este, segundo a versão dos autos, estaria com o rosto encoberto por uma touca.

Relatou que o paciente nega qualquer participação na empreitada criminosa.

Aduziu a possibilidade de aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Por fim, pugnou pela concessão, em caráter liminar, do *mandamus*, no sentido de revogar o decreto prisional, requerendo que a ordem seja confirmada no julgamento do mérito.

Juntou os documentos de fls. 15/16.

A medida liminar foi indeferida (fls. 18/20), oportunidade na qual foram solicitadas as informações judiciais à autoridade impetrada, que as prestou às fls. 37/56.

A impetração foi emendada, consoante se afere às fls. 25/36, no sentido de acrescentar como causa de pedir a ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva.

A Procuradoria de Justiça, em opinativo de fls. 58/62, da lavra do ilustre Dr. Adalberto Dórea, pugnou pela denegação do ordem.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o fito de obter a revogação da prisão preventiva do paciente, acusado da prática dos crimes de roubo majorado e receptação, alegando a ausência de capacidade postulatória da autoridade policial para requerer a prisão preventiva, a falta de provas da participação do paciente na empreitada delitiva, a desfundamentação do decreto prisional e a possibilidade de aplicação das medidas cautelares menos gravosas do que a prisão.

A pretensão do impetrante não merece acolhimento, estando totalmente divorciada das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora.

Inicialmente, refuta-se, de pronto, a alegação de ilegitimidade da autoridade policial para formular pedido de prisão preventiva, uma vez que inexistem sequer dúvidas acerca dessa possibilidade, tendo em vista a autorização expressa contida na parte final do art. 311 do CPP, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, **caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz**, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou **por representação da autoridade policial**.

Dessarte, em relação à matéria suscitada, não há qualquer ilegalidade a ser sanada nesta via mandamental.

No que tange ao argumento da existência de contradições nos reconhecimentos realizados na fase indiciária, o que conduziria à falta de provas acerca da participação do paciente nos delitos apurados, cabe ressaltar que a análise da questão exige indispensável e profundo revolvimento das provas até então coletadas, procedimento este totalmente incompatível com a via eleita, por ser uma ação de cognição sumária e rito célere.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA FUNDADA NA NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. ILEGALIDADE INEXISTENTE. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO.
> (...)
> 4. **A pretensão de revogação da prisão cautelar fundada na negativa de autoria – ou na falta de provas desta – não é passível de análise em sede de *habeas corpus*, por demandar amplo reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com o rito célere e sumário do presente remédio constitucional.**
> (…)
> 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 257.076/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013)
> CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. PERICULOSIDADE E MODUS OPERANDI. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. VIA INCOMPATÍVEL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.
> (...)
> IV. **A negativa de autoria é pleito que não encontra espaço no *writ*, caracterizado pela estreiteza cognitiva e incompatível com análise da matéria fático-probatória, necessária para o deslinde da questão.**
> (...)
> VI. Ordem denegada.(HC 225.606/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

Insubsistentes também as arguições de ausência de fundamentação do decreto preventivo e de inexistência dos elementos de sustentação exigidos no art. 312 do CPP.

A autoridade policial, ao representar pela decretação da prisão preventiva (fls. 40/43), asseverou que:

> "De tudo quanto exposto, não restam dúvidas de que os representados possuem envolvimentos no roubo em apuração, que se associaram a outros indivíduos com o fito de praticar roubos contra agências bancárias, causando terror na população que vive assustada ao sair de casa, ao dirigir-se a uma agência bancária, diante dos fatos que vêm ocorrendo diariamente na nossa cidade. (…)
> O crime em comento foi praticado por um grupo armado que utilizava arma de fogo de grosso calibre, composto de seis homens, que agiu de forma violenta, causando pânico não somente aos clientes e funcionários do banco como também à comunidade onde o fato aconteceu, e por conseguinte a nossa sociedade, demonstrando tratar-se de um bando já contumaz na prática de crimes contra o patrimônio. Justifica-se, por outro lado, o presente pedido de constrição cautelar dos representados pela necessidade de reunir maiores provas acerca do ocorrido, tais como o reconhecimento pessoal a ser realizado pelas vítimas, a ser feito em sede apropriada, afastando-se de qualquer possibilidade de equívoco e possível injustiça."

A ilustre Promotora de Justiça, ao opinar favoravelmente pela imposição da medida excepcional (fls. 44/45), frisou que *restou apurado que os Representados integram bando criminoso, fortemente armado, que executou uma violenta ação criminosa no escopo de subtrair valores da agência do Banco Bradesco, localizado no bairro do Cabula, nesta capital, tendo rendido funcionários e clientes do estabelecimento, além de destruir a porta de vidro da localidade. Ainda, atiraram contra a guarnição policial, criando enorme pânico, em plena luz do dia, em local de grande movimentação e defronte a instituição de ensino infantil.*

Afere-se, às fls. 35/36, que a autoridade impetrada, ao decretar a prisão preventiva dos pacientes, motivou satisfatoriamente a decisão, considerando o preenchimento dos requisitos autorizadores, utilizando-se, inclusive, da técnica da fundamentação *per relationem*, conforme se observa dos trechos abaixo transcritos:

> "5 – Constata-se pois o real potencial ofensivo do custodiado e a sua conduta "in concreto", adequa-se ao quanto estabelecido no citado art. 312 do vigente Código de Processo Penal, porquanto imprescindível a decretação de sua prisão preventiva, a um só tempo, em prol da garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, de modo a assegurar a efetiva aplicação da lei penal, sobremodo por existirem indícios da ação praticada pelo custodiado em tema; (…)
> 6 – Ante ao quanto exposto, haveremos de considerar o parecer ministerial aqui constante, cujo teor ratifico e reitero, como se aqui estivesse transcrito, para converter a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA, na melhor forma de direito e com base nos dispositivos legais elencados (...)."

As circunstâncias que rodeiam o evento supostamente delitivo, mais especificamente o emprego efetivo de armas de fogo de grosso calibre, o concurso de agentes, o uso de violência física contra os funcionários da agência bancária e o fato de tratar-se de assalto a um estabelecimento de acesso público, em plena luz do dia, tornam ainda mais acentuada a reprovabilidade da conduta e a periculosidade do paciente, tendo em vista a exposição a risco de um elevado número de pessoas, restando, desse modo, demonstrado, a contento, o preenchimento dos pressupostos e requisitos exigidos pela legislação processual penal para a decretação e manutenção da custódia cautelar do paciente, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade ou ausência de fundamentação do decreto prisional.

Convém registrar que o número de crimes contra o patrimônio cometidos em locais públicos, tais como agências bancárias, restaurantes, ônibus, farmácias, supermercados, casas lotéricas, vem crescendo vertiginosamente tanto na capital quanto nas cidades do interior, causando medo, indignação e insegurança na população, que se vê acuada e privada de usufruir os serviços em geral. Diante desta constatação, torna-se evidente que ações criminosas desta natureza, por si sós, afrontam a ordem pública, razão pela qual se mostra impositiva a autuação do Poder Judiciário no sentido de impedir a reiteração delitiva, devendo, para tanto, determinar a segregação antecipada de agentes voltados ao cometimento destas infrações penais.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar casos semelhantes aos ora analisados, adota o mesmo entendimento:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ASSALTO A BANCO. FUGA COM QUATRO REFÉNS E TIROTEIO COM A POLÍCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. CONTRADITÓRIO PRÉVIO À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 282, §3.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO RESTRITA A MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.
> (...)
> 2. **O Paciente, participando de roubo a banco, teria feito quatro reféns durante a fuga e trocado tiros com os policiais. Conforme bem salientaram as instâncias ordinárias, o *modus operandi* dos delitos demonstra a especial gravidade da conduta e a periculosidade concreta do acusado, a justificar a medida constritiva.**
> 3. A gravidade concreta do delito desaconselha a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, nitidamente insuficientes para o acautelamento da ordem pública.
> (...)
> 6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. (HC 272.769/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 25/11/2013)

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DANO QUALIFICADO. INCÊNDIO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. DISPARO DE ARMA DE FOGO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. PEDIDO DE EXTENSÃO. SIMILITUDE DE SITUAÇÕES. INEXISTÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
> (...)

> 4. **No caso concreto, a necessidade da segregação cautelar encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, decorrente da periculosidade do paciente, caracterizada pelo *modus operandi*, visto que, em associação com vários outros agentes, assaltou a agência do Banco do Brasil de Uruçuí/PI, ocasião em que ocorreram inúmeros disparos de arma de fogo, que causou pânico na população local, além de haver ateado fogo em dois veículos durante a fuga.**
> (...)
> 7. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC 210.213/PI, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013)

> *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA E NA MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA
> (...)
> 2. **No caso concreto, o paciente revelou destemor fora dos parâmetros rotineiramente aceitáveis e maior periculosidade, notadamente diante do emprego de arma de fogo para intimidar a vítima, durante o dia, em local com várias agências bancárias e horário de grande movimentação de pessoas.**
> (...)
> 4. *Habeas corpus* denegado. (HC 208.367/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 30/11/2011)

Ademais, em consulta ao sistema SAJ, constatou-se que o paciente foi condenado, em 11/01/2013, à pena de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas, no processo nº 0312728-65.2012.8.05.0001 que tramitou na 1ª Vara de Tóxicos desta capital, além de responder a outra ação penal de nº 0406286-91.2012.8.05.0001, em curso na 5ª Vara Crime de Salvador, pelo cometimento, em tese, do delito de roubo majorado, na qual obteve, no dia 03/05/2013, o benefício da liberdade provisória, restando, assim, demonstrado, por mais estes motivos o preenchimento de um dos requisitos exigidos no art. 312 do CPP, qual seja, a garantia da ordem pública, evitando a reiteração delitiva, tendo em vista que, em outra oportunidade, quando obteve a antecipação da liberdade, o paciente, aparentemente, voltou a violar dispositivos penais, o que evidencia a sua periculosidade e a imperiosa necessidade da manutenção da prisão preventiva.

Assim posiciona-se a jurisprudência pátria:

> CRIMINAL. *HABEAS CORPUS.* TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. *MODUS OPERANDI*. PACIENTES QUE MANTIVERAM FAMÍLIA COMO REFÉM PARA PRÁTICA DO DELITO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CRIME COMETIDO DURANTE GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM OUTRO PROCESSO.ORDEM DENEGADA.
> I. Hipótese em que a custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentada na

necessidade de manutenção da ordem pública, haja vista a maior reprovabilidade da conduta imputada aos pacientes, que não se circunscreve às elementares do tipo, mas revela *modus operandi* mais gravoso, consistente na privação da liberdade de uma família para a prática do delito.

II. Pacientes que foram presos em flagrante enquanto cometiam delito apenas cinco meses após a obtenção de liberdade provisória em outro processo em que são acusados de delito patrimonial.

III. A reiteração de condutas criminosas, que denota a personalidade voltada para a prática delitiva do réu, obsta a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do relator. (STJ Processo: HC 200247 MT 2011/0055087-7. Relator(a): Ministro GILSON DIPP. Julgamento: 13/09/2011 Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Publicação: DJe 28/09/2011)

HABEAS CORPUS - FURTO – LIBERDADE PROVISÓRIA – INDEFERIMENTO – COAÇÃO ILEGAL – INEXISTÊNCIA – CRIME PRATICADO NO GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – COMETIMENTO DE CRIMES COMO MEIO DE VIDA – RISCO À ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA – UNÂNIME. **PACIENTE QUE, EM GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM OUTROS AUTOS, ONDE SE APURA A PRÁTICA DE CRIME DA MESMA NATUREZA, COMETE NOVA INFRAÇÃO. PRESENTE UM DOS REQUISITOS AUTORIZATIVOS DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA DO PACIENTE, QUAL SEJA, A ORDEM PÚBLICA.** (TJDF Processo: HC 51508320068070000 DF 0005150-83.2006.807.0000. Julgamento: 08/06/2006 Órgão Julgador: 1ª Turma Criminal. Publicação: 29/06/2006, DJU Pág. 65 Seção: 3)

Conclui-se, portanto, que a decisão vergastada se mostrou satisfatoriamente fundamentada, tendo sido preenchidos os fundamentos exigidos para a decretação da prisão preventiva, não havendo, pois, que se falar em sua revogação, ainda mais quando restou comprovada a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e materialidade delitiva) e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública).

Segundo entendimento jurisprudencial já pacificado, restando satisfatoriamente motivada a constrição corporal do paciente, diante da presença dos requisitos autorizadores exigidos no art. 312 do CPP, mostra-se descabida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, razão pela qual se afasta o pleito formulado na impetração.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI.

PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. (...)
2. (...)

CUSTÓDIA CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. REPROVABILIDADE EXACERBADA DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

1. **Inviável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão quando há motivação que justifique a medida excepcional, a exemplo da gravidade concreta do delito, o que torna de rigor sua prisão.**
2. Ordem denegada.

(HC 242.913/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 29/08/2012)

Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, e com base no Parecer Ministerial, CONHEÇO deste *habeas corpus* para DENEGÁ-LO.

*****

TJBA – Habeas Corpus nº 0009869-21.2013.8.05.0000, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 01.08.2013.

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 9º, DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS EXISTENTES NOS AUTOS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DEFERIDAS EM FAVOR DA VÍTIMA. PRESENÇA DO REQUISITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 19, § 1º, DA LEI MARIA DA PENHA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO AUTORIZAM, POR SI SÓ, A REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL.ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de habeas corpus impetrado com o fito de obter a revogação da custódia preventiva do paciente, preso no dia 22/04/2013, alegando a ausência dos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP, a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e a favorabilidade das condições pessoais do paciente.
2. Ao analisar a decisão impugnada (fls. 29/31), verifica-se que a autoridade impetrada fundamentou satisfatoriamente a imposição da prisão preventiva, considerando a necessidade da garantia da ordem pública.
3. Afere-se, pois, que a restrição do status libertatis do paciente foi imposta com base em fatos concretos a justificar a imprescindibilidade da medida excepcional, principalmente o descumprimento por parte do paciente de medidas protetivas de urgência deferidas em favor da vítima, consoante dispõe o art. 313, inc. III, do CPP

4. Não procede também a alegação de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a prisão preventiva possui natureza cautelar, e, como tal, autoriza a sua imposição sem necessidade da prévia oitiva do suposto agressor, desde que presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, como ocorreu no caso em análise, conforme previsão legal contida no art. 19, §1º, da Lei Maria da Penha.
5. Insta pontuar, ademais, que, consoante o pacífico entendimento jurisprudencial, eventuais condições pessoais favoráveis à acusada, tais como primariedade, bons antecedentes, endereço certo, família constituída ou profissão lícita, não garantem o direito à revogação da custódia cautelar, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.
6. Por fim, mostra-se inviável o deferimento do pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, segundo informou a Juíza da causa, a segregação corporal foi decretada justamente em decorrência do descumprimento das medidas anteriormente deferidas, o que demonstra que a imposição dessas não foram suficientes para garantir a integridade física e psíquica da ofendida.
7. Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, e com base no Parecer Ministerial, CONHEÇO deste habeas corpus para DENEGÁ-LO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº. 0009869-21.2013.8.05.0000-0, da comarca de Itapicuru, tendo como impetrantes CARLOS HENRIQUE SOUZA TORRES E OUTRO e paciente JEFERSON SILVA SANTOS.

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 DENEGAR a ordem.

RELATÓRIO

Os Béis. CARLOS HENRIQUE SOUZA TORRES e MILTONS SOUZA GOMES JÚNIOR ingressaram com *habeas corpus* em favor de JEFERSON SILVA SANTOS, apontando como autoridade coatora o MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIME DA COMARCA DE ITAPICURU/BA.

Alegaram que o paciente se encontra preso desde o dia 23/05/2013 em razão de suposto descumprimento de medida protetiva deferida em favor da sua ex-companheira.

Sustentaram que a prisão preventiva foi decretada com base apenas em narrações inverídicas da vítima, relatando que a autoridade impetrada, em momento algum, tomou o depoimento do paciente, contrariando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Arguiram ser o paciente réu primário, com bons antecedentes, emprego definido

e residência fixa, possuindo, desse modo, todas as condições para aguardar o julgamento em liberdade.

Aduziram que, diante da ausência das hipóteses autorizadoras da custódia preventiva, torna-se possível a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Por fim, pugnaram pela concessão, em caráter liminar, do *mandamus* e consequente expedição do alvará de soltura, requerendo que a ordem seja confirmada no julgamento do mérito.

Juntaram os documentos de fls. 16/43.

Distribuído o feito no Plantão Judiciário, a Desembargadora Plantonista determinou a sua regular distribuição a uma das Câmaras Criminais, por entender que o caso não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 1º da Resolução nº 18/2009 deste Tribunal de Justiça (fls. 46/48).

O pedido liminar foi indeferido, consoante se afere na decisão de fls. 52/54.

O impetrante peticionou, às fls. 60/92, pleiteando a reconsideração da decisão monocrática supramencionada, requerimento este, de igual modo, indeferido.

As informações judiciais foram acostadas às fls. 99/106.

A Procuradoria de Justiça, em opinativo de fls. 108/111, da lavra do Dr. Adalberto Dórea, pugnou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o fito de obter a revogação da custódia preventiva do paciente, preso no dia 22/04/2013, alegando a ausência dos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP, a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e a favorabilidade das condições pessoais do paciente.

A pretensão formulada pelos impetrante não merece acolhimento, estando totalmente dissociada do contexto fático e jurídico apurado nestes autos.

Ao analisar a decisão impugnada (fls. 29/31), verifica-se que a autoridade impetrada fundamentou satisfatoriamente a imposição da prisão preventiva, considerando a necessidade da garantia da ordem pública, tendo consignado o seguinte:

> "**Considerando que o Requerido efetivamente está descumprindo ordem judicial deste Juízo, passo a analisar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva.**
> (…)
> Considerando os fatos relatados, nos dois autos de medida protetiva de urgência (0000191.186.2013.805.0127 e 0000263.73.2013.805.0127), nos quais se verifica que o Requerido agrediu fisicamente a sua companheira, GERMANA EMIDIO DE MACEDO, causando-lhe lesões, além de cárcere privado, exigência de dinheiro e agressões verbais, considerando, também, que o acusado é violento e costuma andar armado com um canivete, conforme consta do depoimento da vítima, percebe-se claramente a necessidade custodiá-lo para resguardar a ordem pública e a integridade física e psicológica da vítima.
> Observa-se que o Requerido fora devidamente notificado e tomou ciência de que o descumprimento das medidas que lhe foram impostas anteriormente poderia ensejar decretação de prisão preventiva em seu desfavor, nos termos do art. 20 da Lei 11.340/2006."

Afere-se, pois, que a restrição do *status libertatis* do paciente foi imposta com base em fatos concretos a justificar a imprescindibilidade da medida excepcional, principalmente o descumprimento por parte do paciente de medidas protetivas de urgência deferidas em favor da vítima, consoante dispõe o art. 313, inc. III, do CPP, *in verbis*:

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.
> II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.
> 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.

A jurisprudência pátria é uníssona neste sentido:

> 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. (RHC 37.122/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 18/06/2013)

> PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA
> 1. A prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada a necessidade da rigorosa providência.
> 2. **Na hipótese, a prisão preventiva está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, haja vista que o acusado, desafiando a autoridade de decisão judicial, descumpriu medida protetiva que determinara o seu distanciamento da ex-companheira, bem como a proibição de que mantivesse contato com ela ou com testemunhas, continuando a dela se aproximar e a importuná-la, inclusive em seu local de trabalho, colocando em risco a sua integridade, tanto pessoal, quanto profissional.**
> 3. Diante da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e, em especial, da necessidade de assegurar a aplicação das medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha, a prisão cautelar do agressor é medida que se impõe.

> 4. Ordem denegada. (HC 242.642/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012) (grifamos)

Assim, diante da idoneidade jurídica da decisão que decretou a prisão preventiva, não há que se falar em arbitrariedade ou ilegalidade a ser sanada por meio deste remédio heroico.

Não procede também a alegação de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a prisão preventiva possui natureza cautelar e, como tal, autoriza a sua imposição sem necessidade da prévia oitiva do suposto agressor, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, como ocorreu no caso em análise, conforme previsão legal contida no art. 19, §1º, da Lei Maria da Penha:

> Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.
> **§ 1º <u>As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes</u> e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.** (grifos aditados)

O aresto abaixo colacionado corrobora o entendimento ora esposado:

> *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – MEDIDAS PROTETIVAS – ADMISSIBILIDADE. **Inexiste ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório na decisão que defere medida protetiva sem oitiva do suposto agressor, quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois o art. 19 da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha – prevê expressamente a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência sem audiência das partes.** Ordem denegada. (*Habeas Corpus* 1.0000.11.085410-6/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/02/2012, publicação da súmula em 28/02/2012)

Ademais, impõe-se, em observância ao princípio da confiança no Juiz da causa, dar maior respaldo às conclusões obtidas por este, uma vez que, por estar mais próximo aos fatos, pode analisar com mais segurança a presença do *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis,* ainda mais quando noticiou o efetivo descumprimento das medidas protetivas anteriormente deferidas e o comportamento violento do paciente, tendo, por estas razões, decidido pela decretação da medida excepcional.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – Prisão em flagrante –Presença de requisito de prisão preventiva – Garantia da ordem pública – Relaxamento – Impossibilidade – Primariedade, bons antecedentes e residência fixa – Circunstâncias, por si sós, insuficientes – Necessidade de garantir a ordem pública – Conveniência da medida – Princípio da confiança no juiz – Manutenção da segregação – Presunção do estado de inocência – Violação não configurada – Denegação do "writ" – 1) A primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa, por si sós, não são suficientes para autorizar o relaxamento de flagrante, máxime

quando devidamente justificada a segregação na necessidade de preservação da ordem pública, que é um dos requisitos autorizadores da prisão preventiva – 2) **Por força do princípio da confiança no juiz da causa, deve prevalecer, em regra, a decisão que nega liberdade provisória, porque, estando o subscritor mais próximo dos fatos, ostenta melhores condições para avaliar a conveniência ou não da segregação** – 3) O princípio constitucional da presunção do estado de inocência não constitui óbice à segregação processual, quando esta se encontra plenamente justificada nos autos – 4) Ordem denegada. (TJAP Processo: HC 188207 AP. Relator(a): Desembargador MÁRIO GURTYEV. Julgamento: 17/09/2007. Órgão Julgador: Secção Única. Publicação: DOE 4098, página(s) 11 de 26/09/2007) (grifamos)

Insta pontuar, ademais, que, consoante o pacífico entendimento jurisprudencial, eventuais condições pessoais favoráveis à acusada, tais como primariedade, bons antecedentes, endereço certo, família constituída ou profissão lícita, não garantem o direito à revogação da custódia cautelar, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. EXTREMA VIOLÊNCIA PERPETRADA CONTRA AS VÍTIMAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INAPLICABILIDADE. **CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.** AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. (…)

2. (…)

3. (…)

4. **É cediço o entendimento desta Corte no sentido de que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a manutenção da segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais, como se dá no caso dos autos.**

5. Recurso ordinário a que nega provimento.

(RHC 34.823/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 10/04/2013) (original sem grifos)

Por fim, mostra-se inviável o deferimento do pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, segundo informou a Juíza da causa, a segregação corporal foi decretada justamente em decorrência do descumprimento das medidas anteriormente deferidas, o que demonstra que a imposição dessas não foi suficiente para garantir a integridade física e psíquica da ofendida.

Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, e com base no Parecer Ministerial, CONHEÇO deste *habeas corpus* para DENEGÁ-LO.

*****

TJBA – Habeas Corpus nº 0012618-11.2013.8.05.0000, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 03.10.2013.

HABEAS CORPUS. ART. 121, §3º, C/C O ART. 13, §2º, "D", TODOS DO CP. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CONDUZIR INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. TESE AFASTADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O CREMEB. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de Habeas Corpus impetrado com o objetivo de obter o trancamento da ação penal, sustentando a nulidade absoluta do procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e a ausência de justa causa para o recebimento da ação penal.

2. A alegação de que a atividade investigatória do Órgão Ministerial deve ser exercida apenas de maneira suplementar/complementar à da Polícia Judiciária não encontra amparo na doutrina e na jurisprudência majoritárias.

3. O ponto essencial da insurgência suscitada cede espaço ante a adoção por parte dos Tribunais pátrios, da Teoria dos Poderes Implícitos, segundo a qual o Ministério Público pode adotar as medidas necessárias tanto ao fiel cumprimento de suas funções institucionais quanto ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República, ou seja, ao assegurar ao *Parquet* o poder investigatório e o de controle externo da autoridade policial, o ordenamento assegura, também, os meios hábeis para efetivar tal intento, sendo tal permissivo encontrado no art. 129, incisos VI, VIII e IX, da CF/88 e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993.

4. Conclui-se, pois, ser plenamente possível a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, independentemente, de forma exclusiva ou suplementar, até mesmo porque prescinde o órgão ministerial do inquérito policial para o oferecimento da denúncia quando presentes elementos suficientes para o seu oferecimento.

5. No que tange à alegação de ausência de justa causa para a propositura do feito, esta também não deve prosperar.

6. O trancamento da ação penal, como pretendido na exordial do *mandamus*, somente pode ser autorizado, em sede de habeas corpus, em hipóteses excepcionais, nas quais restem demonstradas, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causas de extinção da

punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

7. Analisando o teor da denúncia (fls. 14/19) e dos demais documentos que instruem a exordial deste *writ*, verifica-se que existem indícios da prática de ilícito penal, devendo ser ressaltado que, ainda que as evidências fossem mínimas e frágeis, comportariam o regular curso da ação penal, conforme entendimento da jurisprudência acima colacionada.

8. Ademais, diante da evidente complexidade dos fatos apurados na ação penal originária, demonstrada, inclusive, pela necessidade de realização de laudo pericial, não se verifica a manifesta ausência de justa causa imprescindível para autorizar o trancamento do feito, mostrando-se, *in casu*, imperioso o revolvimento do conjunto fático-probatório para apurar se houve, como imputado na inicial acusatória, a caracterização de uma das modalidades do delito culposo, o que, como sabido, é inviável nesta via sumária do habeas corpus.

9. Deve-se pontuar que o fato de o Órgão de classe ao qual pertence a paciente, qual seja o Cremeb, ter decidido, por meio da sua 3ª Câmara de Ética Médica, pelo arquivamento do processo administrativo movido em desfavor daquela, relacionado aos mesmos fatos que deram causa à ação penal que ora se pretende trancar, não implica o automático impedimento de deflagração da *persecutio criminis*, principalmente porque, diante do princípio da independência entre as instâncias criminal, cível e administrativa, o Órgão Ministerial não se encontra vinculado às conclusões alcançadas pelo ente representativo de classe.

10. Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, e com base no Parecer Ministerial, CONHEÇO deste habeas corpus para DENEGÁ-LO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0012618-11.2013.805.0000-0, da Comarca de Vitória da Conquista/Ba, tendo como impetrante KLEIDSON ASSIS SANDES LIMA E OUTRO e como paciente ANA PAULA BUERY DE MELO.

Acordam os Desembargadores componentes da 2ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DENEGAR a ordem.

RELATÓRIO

OS BÉIS. KLEIDSON ASSIS SANDES LIMA E JOSÉ CARLOS MELO MIRANDA DE OLIVEIRA INGRESSARAM COM *HABEAS CORPUS* EM FAVOR DE ANA PAULA BUERY DE MELO, APONTANDO COMO AUTORIDADE COATORA O MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE VITÓRIA DA CONQUISTA/BA.

Afirmaram que a paciente foi denunciada por ter causado, culposamente, a morte de uma gestante durante a realização de um parto cesáreo, fato ocorrido em 07/09/2005.

Arguiram que o recebimento da denúncia se deu de forma arbitrária, uma vez que a autoridade impetrante tinha conhecimento de que as investigações e as provas existentes nos autos foram produzidas, exclusivamente, pelo Ministério Público, sem qualquer participação da polícia judiciária no procedimento inquisitorial, havendo, desse modo, uma indevida usurpação das atribuições constitucionais da Polícia Civil.

Esclareceram que o *Parquet* pode realizar investigações em matéria criminal, no entanto, tal atividade deve ser exercida dentro de determinados limites e, sobretudo, de maneira complementar/subsidiária à atividade da polícia judiciária, ou quando houver omissão desta no cumprimento de seus deveres funcionais, o que não ocorreu no caso em análise.

Alegaram que a autoridade impetrada, *em vez de reconhecer a inépcia da denúncia, com base no art. 395, III, do CP, visto que o lastro probatório que a fundamentou é totalmente ilegal e nulo, recebeu a peça acusatória, fazendo tábua rasa de uma série de artigos insculpidos na CRFB, bem como olvidando-se do entendimento mais pacífico sobre a matéria, que fundamenta este pedido de HC.*

Aduziram, com base nas circunstâncias do ato cirúrgico e dos depoimentos dos profissionais que participaram do parto, que a paciente agiu de forma absolutamente correta, não podendo ser responsabilizada, mesmo a título culposo, da morte da vítima, o que conduz à inexistência de lastro probatório mínimo para a propositura da ação penal.

Por fim, pugnaram pela concessão, em caráter liminar, do *mandamus,* no sentido de suspender o andamento da ação penal, requerendo, no mérito, o trancamento da persecução criminal, em razão da ausência de justa causa.

Juntaram os documentos de fls. 11/273.

A liminar foi indeferida às fls. 276/279.

As informações judiciais foram acostadas às fls. 300/319.

A Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 321/329, manifestou-se pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, passo à análise do mérito.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado com o objetivo de obter o trancamento da ação penal, sustentando a nulidade absoluta do procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e a ausência de justa causa para o recebimento da ação penal.

Não merece acolhimento a pretensão dos impetrantes.

A alegação de que a atividade investigatória do Órgão Ministerial deve ser exercida apenas de maneira suplementar/complementar à da Polícia Judiciária não encontra amparo na doutrina e na jurisprudência majoritárias.

Os Tribunais Superiores têm decidido, de forma pacífica, no sentido de que o Ministério Público possui amplos poderes investigatórios, não sendo estes restritos à autoridade policial, razão pela qual não há que se falar em nulidade por violação às regras de competência.

O ponto essencial da insurgência suscitada cede espaço ante a adoção por parte dos Tribunais pátrios da Teoria dos Poderes Implícitos, segundo a qual o Ministério

Público pode adotar as medidas necessárias tanto ao fiel cumprimento de suas funções institucionais quanto ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República, ou seja, ao assegurar ao *Parquet* o poder investigatório e o de controle externo da autoridade policial, o ordenamento assegura também os meios hábeis para efetivar tal intento, sendo tal permissivo encontrado no art. 129, incisos VI, VIII e IX, da CF/88 e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993.

Melhor explicitando, a Teoria dos Poderes Implícitos, numa ótica teleológica do ordenamento constituinte originário, elucida e legitima a existência de poderes não expressamente discriminados na Magna Carta de 1988, admitindo que qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, permite-lhe, implicitamente, o uso dos meios necessários e hábeis a atingir tal intento, ressalvada a vedação taxativa da própria Constituição Federal.

Ademais, o inquérito policial é um instrumento destinado, ordinariamente, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público, que é - nas hipóteses de ilícitos penais perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária, sendo aquele o titular originário da *persecutio criminis* estatal.

Importa frisar que o entendimento ora esposado neste voto se coaduna com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, conforme inteligência dos precedentes abaixo colacionados:

"É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. **Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.** Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público".(HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-03-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009). No mesmo sentido: HC: 93.930, Rel. Min. Ricardo Lewandoswski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, Informativo 611HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009. (Grifo nosso).

"O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "*informatio delicti*". Precedentes. A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. **A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "*dominus litis*", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "*opinio delicti*",** sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. **Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "*persecutio criminis in judicio*", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal.** (...)" (HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009). (Grifos nossos)."

No mesmo sentido, colaciona-se jurisprudência do STJ:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. **Em que pese o Ministério Público não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao *parquet* poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993. Se a Lei maior lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo algum exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público. Por outra volta, se o *parquet* é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por qual razão não poderia fazer o menos que seria investigar fatos?**

1. [...]

2. [...]

3. Ordem denegada, ficando prejudicada a liminar anteriormente deferida.

(origem; STJ – HC 38495/SC – HABEAS CORPUS 2004/0135804-0 – SEXTA TURMA – Relator: HÉLIO QUAGLIA BARBOSA – DJ 27.03.2006)

Também este e. Tribunal de Justiça já se posicionou nesta linha de intelecção, consoante se afere na ementa do *Habeas Corpus* de nº 0301268-84.2012.8.05.0000, da lavra da eminente Desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda, cujo acórdão foi publicado em 30/08/2012:

> *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO PASSIVA. PRISÃO PREVENTIVA E SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA APLICADAS. **NULIDADE DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL REALIZADO DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VÍCIO DE LEGITIMIDADE NÃO VISLUMBRADO. ART. 129, VI E VIII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRELIMINAR REJEITADA.** NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU AS MEDIDAS CAUTELARES EM DESFAVOR DA PACIENTE. HIPÓTESE NÃO CONSTATADA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OBTIDA POR EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NO *HABEAS CORPUS* STJ/230243/BA. PEDIDO PREJUDICADO. NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA, ANTE O IMINENTE TÉRMINO DO MANDATO DE VEREADORA DA PACIENTE, SOB PENA DE CONFIGURAR CASSAÇÃO INDIRETA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA PARA REVOGAR A SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA DE VEREADORA.

Da mesma forma entende a doutrina, conforme lições de Nestor Távora[1]:

> "é perfeitamente possível ao Ministério Público a realização de investigações no âmbito criminal. (…) o que se pretende, sendo plenamente possível por decorrência do texto constitucional, é a possibilidade do órgão ministerial promover, por força própria, a colheita de material probatório para viabilizar o futuro processo. Poderia assim o promotor de justiça instaurar procedimento administrativo-investigatório e colher os elementos que repute indispensáveis, dentro de suas atribuições (…)."

Conclui-se, pois, na esteira da doutrina e jurisprudência prevalecentes, ser plenamente possível a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, independentemente, de forma exclusiva ou suplementar, até mesmo porque prescinde o órgão ministerial do inquérito policial para o oferecimento da denúncia quando presentes elementos suficientes para o seu oferecimento.

No que tange à alegação de ausência de justa causa para a propositura do feito, esta também não deve prosperar.

O trancamento da ação penal, como pretendido na exordial do *mandamus,* somente pode ser autorizado, em sede de *habeas corpus*, em hipóteses excepcionais, nas quais restem demonstradas, de plano, a atipicidade da conduta, **a incidência de causas de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.**

1. TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal.* 3ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009. p. 74

Nesse sentido as lições de Júlio Fabbrini Mirabete:

> (...) somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos, com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação (in Código de Processo Penal Interpretado, 7a. Ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 842).

A jurisprudência mansa e pacífica dos tribunais pátrios corrobora esse posicionamento:

> **PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO NA MODALIDADE "DISPOSIÇÃO DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA" (CP, ART. 171, § 2º, INC. I). PRETENSA ATIPICIDADE, PORQUANTO A NORMA PENAL INCRIMINA A PROMESSA FRAUDULENTA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, E NÃO A VENDA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS ARTICULADOS NA INICIAL, UMA VEZ QUE HÁ PROVA ROBUSTA APONTANDO PARA A VENDA FRAUDULENTA. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS, EM HABEAS CORPUS, DA AÇÃO PENAL VIA WRIT. EXCEPCIONALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 7. O trancamento de ação penal por intermédio do habeas corpus é medida excepcionalíssima, justificando-se somente quando despontar fora de dúvida a ausência de materialidade ou de autoria ou alguma excludente de tipicidade ou de punibilidade, o que não é o caso destes autos. Precedentes: HHCC 99.740, Rel. o Min. Carlos Britto, 2ª Turma, DJe de 1/2/2011; 100.246, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 29/4/2011; 101. 012, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 10/12/201 e 106.271, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 6/5/2011. 8. Recurso ordinário em habeas corpus ao qual se nega provimento. (STF; RHC 95782/MG; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS; Min. LUIZ FUX; 02/08/2011)**

> **CRIMINAL. RHC. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. VÍTIMA QUE TERIA SIDO FERIDA POR GOLPE DE FACA, ATENDIDA PELO PACIENTE QUE, EM SEGUIDA, A ENCAMINHOU PARA A RESIDÊNCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA, ALGUMAS HORAS DEPOIS. FALECIMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. RECURSO DESPROVIDO.**
> **I. Denúncia que imputou a prática, em tese, do delito de homicídio culposo ao paciente, aduzindo que, se o ofendido tivesse recebido cuidados médicos eficientes, no mesmo dia e no momento em que chegou ao Pronto Socorro, sua morte poderia ter sido evitada.**
> **II. Negligência médica que teria desencadeado um novo processo causal, que resultou no falecimento da vítima.**

III. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo dos elementos dos autos, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.
IV. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório – como a apontada falta de caracterização de negligência na conduta praticada pelo paciente – tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.
V. Maiores considerações sobre ausência de elemento subjetivo que refogem à via eleita.
VI. Recurso desprovido. (RHC 14.067/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2003, DJ 23/06/2003, p. 392)

Analisando o teor da denúncia (fls. 14/19) e dos demais documentos que instruem a exordial deste *writ*, verifica-se que existem indícios da prática de ilícito penal, devendo ser ressaltado que, ainda que as evidências fossem mínimas e frágeis, comportariam o regular curso da ação penal, conforme entendimento da jurisprudência acima colacionada.

Ademais, constata-se que todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP foram atendidos, tendo o *Parquet* apontado, de modo claro e objetivo, a suposta conduta culposa da paciente no evento, em tese, delitivo, expondo todas as suas circunstâncias, o que possibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório, consoante se afere nos trechos da peça acusatória ora transcritos:

"(...) Conforme se extrai da peça informativa anexa, a denunciada, na qualidade de médica obstétrica, responsável pelo acompanhamento de pré-natal da vítima **NÚBIA SILVA CERQUEIRA**, negligenciou o dever de agir para evitar resultado nefasto possível e previsível, procrastinando as diligências e procedimentos de diagnóstico mais seguro e terapêutica, assim como a realização de uma cirurgia cesariana para a retirada do bebê, já viável, para evitar a morte tanto do bebê quanto da vítima, mãe da criança, eis que, no curso de mais de 31 (trinta e uma) semanas, uma ultrassonografia, datada de 09 de agosto de 2005 (fl. 85 do Procedimento Ministerial Protocolado sob o nº 644.4.61603/2006), revelava que a vítima, **Sra. NÚBIA SILVA CERQUEIRA, apresentava risco de insuficiência placentária, estando a placenta localizada em região anterior baixa, obstruindo o orifício do colo, o que demonstra o quadro de "placenta prévia evoluindo do grau "0" para o grau "I"**, omitiu o dever de agir para evitar o resultado: deslocamento de placenta que levou à morte a vítima, uma vez que em vez de providenciar com a urgência recomendada em toda a literatura médica acerca de tais complicações a realização de uma cesariana, após o cômputo de 32 (trinta e duas) semanas, conforme recomendação da doutrina médica para a viabilidade de sobrevivência do feto, omitiu tais cuidados durante quase um mês, após o conhecimento desse exame que revelara o grave problema, tendo em vista que no dia 06 de setembro de 2005, já no curso de 35 (trinta e cinco) semanas e 5 (cinco) dias, nova ultrassonografia foi apresentada pela vítima à sua médica, ora denunciada, demonstrando já instalado

um quadro gravíssimo, registre-se: ***"placenta localizada em região baixa prévia, obstruindo o orifício do colo, grau I"*** (fl. 88). Todavia, a denunciada nenhuma providência adotou com o fim de obstar o resultado, limitando-se apenas a aconselhar a vítima durante a apresentação do resultado de tal exame ultrassonográfico a "ficar tranquila", pois estaria na iminência de viajar e quando retornasse cuidaria do caso, embora soubesse na qualidade de médica obstétrica a gravidade do caso e os riscos aclarados com o exame diagnóstico da evolução de tal quadro para os fatos que efetivamente ocorreram resultando na morte da vítima." (originais grifados)

Conclui-se que não há como sustentar a ausência de justa causa para o manejo da ação penal, tendo em vista a presença dos requisitos mínimos autorizadores do início da persecução criminal, ainda mais quando a conduta da paciente, em tese, se amolda às hipóteses de previsibilidade abstrata do verbo contido no preceito primário da norma penal supostamente infringida, tornando, assim, o fato abarcado pela tipicidade formal.

Embora os impetrantes aleguem que as conclusões do laudo elaborado pelo perito do próprio Órgão Ministerial sejam favoráveis à paciente, verifica-se ao final da resposta ao item 5 que foi feita uma ressalva com relação à possibilidade de enquadramento da conduta desta como "imprevidência ou negligência", por não ter tomado as medidas preventivas capazes de prevenirem as possíveis consequências danosas à vítima e ao seu concepto.

Assim, diante da evidente complexidade dos fatos apurados na ação penal originária, demonstrada, inclusive, pela necessidade de realização de laudo pericial, não se verifica a manifesta ausência de justa causa imprescindível para autorizar o trancamento do feito, mostrando-se, *in casu*, imperioso o revolvimento do conjunto fático-probatório para apurar se houve, como imputado na inicial acusatória, a caracterização de uma das modalidades do delito culposo, o que, como sabido, é inviável nesta via sumária do *habeas corpus*.

Dessarte, não se mostra prudente impedir, de forma prematura, o prosseguimento normal do feito sem que seja dada às partes a oportunidade de demonstrar a veracidade das suas alegações, após a regular produção de provas, colhidas sob o manto do contraditório, o que somente pode ser realizado com a devida instrução criminal.

Deve-se pontuar que o fato de o Órgão de classe ao qual pertence a paciente, qual seja o Cremeb, ter decidido, por meio da sua 3ª Câmara de Ética Médica, pelo arquivamento do processo administrativo movido em desfavor daquela, relacionado aos mesmos fatos que deram causa à ação penal que ora se pretende trancar, não implica o automático impedimento de deflagração da *persecutio criminis*, até mesmo porque, diante do princípio da independência entre as instâncias criminal, cível e administrativa, o Órgão Ministerial não se encontra vinculado às conclusões alcançadas pelo ente representativo de classe.

Nesse sentido:

***HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONCLUSÃO, NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DE INEXISTÊNCIA DE AUTORIA, DE NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA MÉDICA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA MATERIALIDADE DELITIVA NA VIA ELEITA. PRECEDENTES DO STJ.**

1. O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que somente é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.
2. A denúncia, na hipótese, descreve fatos que, em tese, configuram infração penal e possibilitam a defesa da acusada. Não é possível o trancamento da ação penal, na ação mandamental, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.
3. As instâncias administrativa e penal são independentes, não estando o Judiciário vinculado às decisões tomadas por órgãos da Administração Pública.
4. Precedentes do STJ.
5. Ordem denegada. (HC 34941/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 328)

Com efeito, se não restam evidentes a atipicidade da conduta, a existência de causa da extinção da punibilidade ou a ausência de elementos da autoria e materialidade delitiva, impossível a concessão da ordem.

Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, e com base no Parecer Ministerial, CONHEÇO deste *habeas corpus* para DENEGÁ-LO.

*****

TJBA – Habeas Corpus nº 0304831-86.2012.8.05.0000, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 3/7/2012.

***HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CUSTODIADO NA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE (PFCG). PLEITO DE RETORNO A ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO DA BAHIA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DE SUCESSIVAS DECISÕES SOLICITANDO RENOVAÇÃO DO PERÍODO DE PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA. LEI Nº 11.671/2008. INEXISTÊNCIA DE LIMITES PARA PEDIDO DE RENOVAÇÃO. DESNECESSIDADE DE MOTIVOS NOVOS PARA JUSTIFICAR A PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PERMANÊNCIA EM PENITENCIÁRIA FEDERAL. INDUVIDOSA PERICULOSIDADE DO PACIENTE. INTERESSE DA SEGURANÇA PÚBLICA JUSTIFICADO. ORDEM DENEGADA.**
I – Paciente que permanece no Presídio Federal de Campo Grande por força de pedido de renovação formulado pelo juízo da Vara de Execuções Penais de Salvador/BA, com observância das disposições contidas na Lei nº 11.671/2008 e seu Decreto regulamentador.
II – Competência para decidir quanto à conveniência, ou não, da remoção do preso é assunto afeto, apenas, ao Juízo de origem, no

caso, a Vara de Execuções Penais de Salvador/BA, autoridade coatora para fins deste **Habeas Corpus**.
III – A Lei nº 11.671/2008 não estabelece limite para formulação de pedidos de renovação de permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima. (STJ, HC 146033/PR, Rel. Ministro Félix Fischer).
IV – Desnecessidade de fatos novos para justificar pedidos de renovação de permanência, bastando, para tanto, persistirem atuais os motivos determinantes da transferência originária do preso.
V – Embora a execução da pena deva ocorrer, de regra, no mesmo local em que o delito se consumou, ou onde resida o condenado, de sorte a propiciar a sua ressocialização e assegurar a proximidade de sua família, esse direito não é absoluto, cedendo espaço, se for o caso, à preponderância do interesse social e da ordem pública.
VI – Paciente cuja periculosidade é reconhecida pelos órgãos encarregados da segurança pública no Estado da Bahia. Interesse da segurança pública justificado.
VII – Parecer da Procuradoria de Justiça sustentando, em preliminar, o não conhecimento do Habeas Corpus, por alegada incompetência deste Tribunal. No mérito, opinando pela denegação da ordem.
VIII – Definida a autoridade coatora como sendo o magistrado titular da Vara de Execuções Penais de Salvador/BA – que exerceu o juízo de admissibilidade acerca do pedido da renovação da custódia do Paciente no sistema penitenciário federal –, órgão da estrutura do Poder Judiciário da Bahia, induvidosa é a competência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o Habeas Corpus.
IX – Habeas Corpus conhecido, e, no mérito, denegada a Ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0304831-86.2012.8.05.0000, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador/BA, sendo Impetrante o Bel. Luiz Gustavo Battaglin Maciel e Outros e Paciente CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, conhecer do pedido para denegar a ordem impetrada, e o fazem pelas razões a seguir:

RELATÓRIO

Cuida-se de **Habeas Corpus,** com pedido de provimento liminar, impetrado pelo Bel. Luiz Gustavo Battaglin Maciel e Outros em benefício de **CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador/BA.

Sustentam os Impetrantes que o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal, por se encontrar cumprindo pena na Penitenciária Federal de Campo Grande (PFCG) – Mato Grosso do Sul, desde 4 de setembro de 2009, sem que haja motivos novos que justifiquem as sucessivas renovações do período de permanência naquele presídio de segurança máxima.

Registram, de logo, que o juízo de valor acerca da necessidade de renovação da permanência do Paciente na PFCG é matéria afeta ao titular da Vara de Execuções Penais do Estado da Bahia.

Sob esse aspecto da questão, repisam, invocando Acórdão do STJ no Conflito de Competência nº 118.834, que toda a discussão acerca da necessidade da mantença de qualquer recluso no sistema penitenciário federal deve ocorrer no âmbito do Juízo de origem, justificando, assim, a competência deste Tribunal de Justiça da Bahia para corrigir os excessos, em desfavor do Paciente, atribuídos ao titular da Vara de Execuções Penais de Salvador, consistentes nos pedidos de renovação.

Pugnam, portanto, no sentido de ser desconsiderada a decisão de fls. 148, do juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que autorizou a renovação da permanência, pelo período de 25/8/2011 a 18/8/2012, aduzindo, por outro lado, que as decisões da autoridade judicial baiana demonstram a intenção de manter o Paciente, *ad eternum***,** custodiado no sistema penitenciário federal, o que seria vedado pela Lei nº 11.671/2008.

Noticiam a existência de julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a necessidade de demonstração de fatos novos para a renovação da permanência de presos, como o Paciente, nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

Ressaltam que "**a transferência** [do Paciente] **operou-se de modo emergencial, e foi justificada pelo receio de possível resgate ou realização de atos subversivos à ordem carcerária do sistema penitenciário do Estado da Bahia"**, e que, **"segundo o Juízo de origem, o Paciente é narcotraficante e líder da organização criminosa denominada Comissão da Paz (CP), envolvido, entre outros delitos, em chacinas na região metropolitana de Salvador"** (fls. 05).

Aduzem encontrar-se configurado o constrangimento ilegal sob a alegativa de que "**a lei federal é clara ao estabelecer que a segregação não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, e que somente será renovável se solicitada motivadamente pelo Juízo de origem**" (fls. 08/09).

Acrescentam, em seguimento, residir a ilegalidade no fato de a autoridade coatora haver, pelo segundo período consecutivo, solicitado a renovação da permanência do Paciente na PFCG, invocando os mesmos motivos que ensejaram a sua inclusão no sistema carcerário da União, sendo certo, ao sentir dos Impetrantes, restar evidenciado "**que não há elementos novos e concretos que justifiquem a sua mantença numa custódia federal**" (fls. 14/15).

Pontuando que o Paciente sempre ostentou bom comportamento carcerário, mesmo quando segregado no Estado da Bahia, destacam não existirem elementos contemporâneos a fundamentar a real necessidade da sua permanência no PFCG, sob pena de configurar-se verdadeiro regime prisional de exceção.

De outra parte, invocando o art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) e a Resolução nº 05/99, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária,

ressaltam ser direito do Paciente permanecer em local próximo de sua família, de modo a possibilitar a ressocialização do condenado (fls. 17/18).

Finalizando a impetração, declaram que **"o paciente não preenche o perfil de preso destinado à segregação numa penitenciária federal"** (fls. 18), pelo que dizem estarem presentes o ***fumus boni iuris*** e o ***periculum in mora*** a justificar a concessão de liminar, com o seu retorno imediato a uma das unidades prisionais do Estado da Bahia. Por derradeiro, pedem o deferimento definitivo da Ordem.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 23/262.

Liminar indeferida às fls. 264/265.

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 267/268), os autos foram encaminhados à Procuradoria de Justiça, que, preliminarmente, se manifestou pelo não conhecimento do **Habeas Corpus,** ao fundamento de que "**a renovação da permanência do Paciente no estabelecimento penal federal é ato imputável ao juízo federal, não à autoridade impetrada, o que afasta a competência desta Corte para julgar o presente writ".** Uma vez conhecido, opinou, no mérito, pela denegação da Ordem (fls. 271/276).

É o relatório.

VOTO

Volta-se o pleito contra ato do juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, a quem se atribui a prática de ato ilegal contra o Paciente, mantendo-o segregado, por três períodos consecutivos, de 360 (trezentos e sessenta) dias cada, na Penitenciária Federal de Campo Grande – PFCG –, e isso sem indicação de qualquer fato novo que justifique a necessidade da renovação de medida tão extrema.

Para melhor compreensão da matéria, em especial no que concerne à competência para julgar o **Habeas Corpus**, cumpre uma breve análise acerca do procedimento de transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais.

Nada obstante esse assunto já houvesse sido objeto de cogitação em diplomas penais pretéritos, inclusive no próprio Código Penal de 1940 (art. 29, §3º, em sua redação original), somente com o advento da Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima veio a merecer, em sede legislativa, disciplinamento minucioso e específico.

Referida Lei nº 11.671/2008, preenchendo lacuna no ordenamento jurídico, se prestaria a instrumentalizar a previsão inscrita no §1º do art. 86 da Lei de Execução Penal, que, com a alteração introduzida pela Lei nº 10.792/2003, passou a ter a seguinte redação:

> **"§1º. A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado".**

Pois bem. Cuidadosa análise dos dispositivos contidos na Lei nº 11.671/2008 e no seu Decreto regulamentador (Decreto nº 6.877, de 18 de junho de 2009) conduz à constatação de que o procedimento de transferência e inclusão de presos em estabe-

lecimentos penais federais de segurança máxima – que terá início mediante requerimento da autoridade administrativa, do Ministério Público ou do próprio preso (art. 5º da Lei nº 11.671/2008 e art. 2º do Decreto nº 6.877/2009) – **contempla duas etapas distintas**, com atuação, em cada uma delas, de autoridades judiciárias diversas.

A primeira etapa fica a cargo do Juízo de origem, e, a segunda, é realizada no âmbito do Juízo Federal da Seção ou Subseção Judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal de segurança máxima para onde se pretende transferir o preso.

Na primeira fase, uma vez recebido o requerimento de transferência do preso, formulado por um dos legitimados (a autoridade administrativa, o Ministério Público ou o próprio preso), **caberá ao Juízo de origem determinar sua autuação, em apartado, e instruir o respectivo processo de transferência (Lei nº 11.671/2008, art. 5º, caput e §2º), para, depois, com amparo em seu poder geral de cautela, emitir juízo de valor, proferindo decisão sobre a necessidade, ou não, da transferência do preso**, observados os critérios legais (Decreto nº 6.877/2009, art. 4º). Admitida a necessidade, só então remeterá os autos ao Juiz Federal responsável pelo presídio para onde se pretende transferir o detento (Lei nº 11.671/2008, art. 6º).

Esse conjunto de atos que se processa nessa primeira fase, perante o Juízo de origem, e que culmina com a decisão judicial de solicitar a transferência do preso, a doutrina denomina de **juízo de admissibilidade**.

Já **na segunda etapa,** que se inicia após o reconhecimento da necessidade da transferência, **compete ao magistrado federal apenas admitir ou rejeitar o pedido, indicando o período de permanência (Lei nº 11.671/2008, art. 4º e art. 5º, §5º), e isso atento, exclusivamente, às circunstâncias de economia interna da administração do presídio de segurança máxima sob sua responsabilidade, em especial a sua lotação, que não poderá ser ultrapassada** (Lei nº 11.671/2008, art. 11).

Do cotejo do arcabouço normativo que rege a matéria (a lei e o seu regulamento), verifica-se que **a competência para decidir quanto à conveniência, ou não, da remoção do preso é assunto afeto, apenas, ao Juízo de origem**, o único, aliás, em condições de avaliar a presença, no caso concreto, dos motivos que justifiquem a medida (interesse da segurança pública ou do próprio preso, na forma do §1º do art. 86 da Lei de Execução Penal e do art. 3º da Lei nº 11.671/2008).

Manifesto é o equívoco, pois, em que incidiu a Juiza Titular da Vara de Execuções Penais de Salvador quando, ao prestar informações, afirmou que a decisão de permanência foi do Juiz Federal com jurisdição no estabelecimento de custódia, que entendeu configurada a hipótese de inclusão e transferência do preso (fls. 267).

Com todas as vênias, tal afirmativa, por certo, induziria a erro a ilustrada Procuradoria de Justiça, cuja representante, para justificar a incompetência desta Corte, consignou em seu opinativo que, **"tanto a inclusão quanto a permanência do paciente no sistema penitenciário federal foram decididas pelo juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campo Grande"** (fls. 271/276).

Esquecem-se, entretanto, aquela magistrada e a Procuradoria de Justiça, que **o juízo de admissibilidade**, em cujo momento processual se dá a avaliação quanto à conveniência e necessidade da transferência do custodiado, **é ato privativo da competência do Juízo solicitante**, em caso, a Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, no exercício do seu poder geral de cautela, ficando reservado ao Juízo da

Seção Judiciária de Campo Grande/MS, apenas, admitir, ou não, o preso, adstrito, tão só, às razões objetivas acima alinhadas.

Deliberando a respeito de matéria análoga, o Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 118.834/RJ, bem esclarece a questão:

> **"Em outras palavras, cabe ao juízo solicitante justificar adequadamente, com razões objetivas, a postulação, assim como compete ao juízo demandado aceitar, sem discutir as razões daquele que é o único habilitado a declarar a necessidade da transferência, salvo se existirem razões objetivas para tanto. Aliás, se disso discordar o réu ou acusado, caberá recurso ao Tribunal ao qual está sujeito o juízo solicitante até que se decida se o pedido de transferência tem ou não fundamento."**
>
> **.....**
>
> **"O Juízo Federal só pode justificar a recusa se evidenciadas condições desfavoráveis ou inviáveis da unidade prisional, tais como lotação ou incapacidade de receber novos presos ou apenados. Fora daí, a recusa não é razoável nem tem apoio na lei." (Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 01/12/2011)**

Justamente atento a essa orientação jurisprudencial, cujo teor transcreveu, em parte, no seu ***decisum*** (fls. 148), foi que o magistrado da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, sem imiscuir-se nas razões apresentadas pelo Juízo solicitante, autorizou mais uma renovação do prazo de permanência, abstendo-se de emitir qualquer consideração derredor da conveniência e oportunidade da medida.

Com razão, portanto, os Impetrantes, quando alegam, no item 37 da exordial, deva ser "desconsiderada" referida decisão de fls. 148, para fins de fixação de competência do órgão que irá apreciar o pedido de ***Habeas Corpus***.

De mais a mais, no caso ora submetido a exame, acresce a circunstância de que a impetração se volta contra os pedidos de renovação da permanência de **CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA** na Penitenciária Federal de Campo Grande - PFCG, por períodos consecutivos, cujos atos de solicitação (**juízo de admissibilidade**), acolhendo razões encaminhadas pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia (fls. 163/178), se inserem, todos eles, na órbita de competência privativa da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, órgão vinculado hierarquicamente a este Tribunal de Justiça.

Tanto posto, **definida a autoridade coatora como sendo o magistrado que exerceu o juízo de admissibilidade acerca do pedido da renovação da custódia do Paciente no sistema penitenciário federal**, voto pela competência desta Corte para conhecer do presente ***Habeas Corpus***.

Ultrapassada a preliminar suscitada pela douta Procuradoria de Justiça, **passo ao exame do mérito**.

Analisando os documentos constantes dos autos, observa-se que o Paciente, de fato, se encontra cumprindo pena na Penitenciária Federal, em Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 23), desde 4 de setembro de 2009, para onde foi transferido, emergencialmente, com base na previsão contida no §6º do art. 5º da multirreferida Lei nº 11.671/2008 e art. 9º e seus parágrafos do Decreto nº 6.877/2009.

Os autos dão conta, ainda, de que a transferência emergencial se deu logo após a captura do Paciente, considerado, àquela época, o foragido da Justiça mais procurado do Estado da Bahia, localizado e preso no interior do Estado do Ceará, na região de Horizonte, em decorrência de Operação que ficou conhecida como "Mãos Limpas", que mobilizou agentes policiais das duas unidades da Federação.

Naquela oportunidade, Relatório de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública deste Estado já apontava para a alta periculosidade de **CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA**, conhecido narcotraficante e líder da organização criminosa denominada "Comissão da Paz – CP", responsável, dentre outros delitos, pela execução de chacinas em meio a disputas pelo controle do mercado consumidor de drogas na Bahia (cf. referências às fls. 43/44).

Ainda de acordo com os elementos contidos nos autos, a transferência do Paciente para estabelecimento penal federal se justificava no **interesse da segurança pública**, tendo sido, por isso mesmo, dada à sua periculosidade, submetido a Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.

Assim é que, verificando a presença de motivos que autorizavam a custódia do Paciente no sistema penitenciário federal, isto é, **desempenhar função de liderança em organização criminosa**, **fuga** e **subordinação a RDD** (art. 3º, incisos I, III e VI, do Decreto nº 6.877/2009), o Juiz da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS deferiu a inclusão de **CLÁUDIO CAMPANHA** no PFCG, pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, correspondendo ao período de 4/9/2009 a 29/8/2010 (fls. 46/47).

Vencido esse prazo, o Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, acolhendo pleito do Ministério Público e da Secretaria da Segurança Pública do Estado da Bahia, solicitou, por meio da decisão cuja cópia se vê às fls. 51/55, a renovação do prazo de permanência do Paciente no presídio federal de Campo Grande/MS, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias.

Fundamentando esse ***decisum***, o Juiz da Vara de Execuções reportou-se ao minucioso Relatório da Superintendência da SSP/BA, encartado nestes autos às fls. 64/91, indicativo de que o retorno do sentenciado à unidade de origem permitiria uma rápida reorganização do "grupo" por ele liderado, que passou a ser dirigido, na sua ausência, pelo seu terceiro escalão, circunstância que evidenciava ser do interesse da segurança pública a sua manutenção na unidade onde se achava recolhido.

Encontrando-se o Paciente, já por 2 (dois) períodos consecutivos de 360 (trezentos e sessenta) dias cada, submetido à internação em presídio federal, os Impetrantes insurgem-se, agora, contra a mais recente decisão do juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador (fls. 149/161), que houve por bem, acolhendo as razões apresentadas pela Superintendência de Gestão Prisional da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Bahia, solicitar renovação da permanência de **CLÁUDIO CAMPANHA** na PFCG, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias (fls. 160).

Essa segunda renovação do prazo de permanência foi aceita pelo juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, nos termos da decisão de fls. 148, pelo período de 25/8/2011 a 18/8/2012, como já antes destacado.

Vistos todos esses aspectos fáticos, absolutamente necessários à compreensão do assunto – ainda muito pouco discutido nos Tribunais –, passo a analisar o cerne da irresignação veiculada neste ***Habeas Corpus***, consistente em suposta coação ilegal a

que estaria sendo submetido **CLÁUDIO CAMPANHA,** consubstanciada nas **"sucessivas decisões proferidas pela autoridade coatora, que, pelos idênticos motivos da inclusão, vem solicitando a renovação do período de permanência do Paciente na PFCG"** (item 74 da inicial, fls. 21).

Cabe destacar, de logo, que não procede a afirmativa dos Impetrantes de que a lei federal não admite segregação em presídio de segurança máxima por período superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, salvo se demonstrada, motivadamente, pelo juízo de origem, a necessidade de renovação do prazo, com base em elementos novos e concretos que justifiquem a sua mantença sob custódia federal (itens 33, 49 e 74 da exordial).

No particular, merece transcrito o quanto dispõe o art. 10 e seu §1º da Lei nº 11.671/2008.

> **"Art. 10.** A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.
>
> **§1º** O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência."

Da simples leitura do dispositivo acima reproduzido, avulta, de logo, **inexistir limite para a renovação de permanência do preso em estabelecimento de segurança máxima, podendo ocorrer quantas vezes se tornem necessárias à segurança pública ou à integridade do custodiado**.

Essa, inclusive, tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do aresto da lavra do Ministro Félix Fischer, atualmente integrando o Supremo Tribunal Federal, no seguinte teor:

> "**EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. RENOVAÇÃO DE PERMANÊNCIA DE PRESO EM ESTABELECIMENTO FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA. ART. 10, § 1°, DA LEI 11.671/2008. FALTA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DAS FORMALIDADES DESCUMPRIDAS. INÉPCIA DA INICIAL. TESE DE VÍCIO NO PROCEDIMENTO INICIAL DE TRANSFERÊNCIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PERÍODO MÁXIMO DE PERMANÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. PECULIARIDADES DO CASO**.
>
> **I** – A genérica alegação do impetrante, de que irregularidades no procedimento de prorrogação de permanência do apenado no estabelecimento prisional federal, sem a respectiva e concreta demonstração de quais seriam as formalidades legais desrespeitadas, não permite o conhecimento da impetração (v.g.: HC 43079/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 5/12/2005).
>
> **II** – Destarte, tendo em vista que a tese de inobservância do procedimento inicial de transferência sequer foi apresentada ao Tribunal de origem e, por essa razão, não foi apreciada no acórdão recorrido, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

III – <u>A Lei nº 11.671/2008 não estabeleceu qualquer limite temporal para a renovação de permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima</u>.

IV – O recolhimento em penitenciária federal se justifica no interesse da segurança pública ou do próprio preso, revestindo-se de caráter excepcional (art. 3º da Lei nº 11.671/2008).

V – ***In casu***, a prorrogação de permanência encontra-se fundamentada em dados concretos que demonstram a excepcionalidade da medida, pois o retorno do paciente à penitenciária estadual acarreta risco à segurança pública. Com efeito, trata-se de preso de alta periculosidade, com elevado grau de articulação, um dos líderes da facção criminosa autodenominada 'PCC', que foi transferido para o presídio federal porque tentou executar pessoas no presídio estadual, causar rebelião e implantar ramificação do movimento criminoso no Estado do Mato Grosso. Alem disso foram apreendias armas de fogo e munições em sua cela e há notícia de que determinou a explosão do muro de outra penitenciária federal.

VI – De fato, tais circunstâncias, somadas à superlotação e falta de segurança da penitenciária de origem (noticiadas pelo próprio governo estadual), são aptas à manutenção de sua permanência no presídio de segurança máxima, como medida excepcional e adequada para resguardar a ordem pública e a própria incolumidade do apenado. Ordem denegada."

(HC 146033/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, DJe 2/8/2010).

Desenganadamente, **inexiste limite legal para que se formule pedido de renovação de permanência em presídio federal localizado em outra unidade federativa, diversa daquela em que reside o apenado.**

Não se desconhece, é certo, que, de regra, o cumprimento de pena pelo sentenciado há de ocorrer, preferencialmente, no local da sua residência, inclusive para facilitar o exercício do direito à assistência familiar, pressuposto da sua ressocialização.

Aludido princípio de execução penal, todavia, não possui caráter absoluto, cedendo espaço, se for o caso, à preponderância do interesse social e da ordem pública.

Não por outra razão, aliás, o Código Penal de 1940 já previa, desde a sua outorga, a possibilidade de cumprimento da pena em estabelecimento de outro Estado ou da União (art. 29, §3º).

De fato, situações existem que recomendam, no **interesse da segurança pública**, venha a pena a ser executada em local diverso do domicílio do condenado.

Rigorosamente essa é a hipótese dos autos.

Os Relatórios elaborados pelos órgãos que integram a segurança pública e a administração penitenciária na Bahia (fls. 64/91; fls. 163/178), e que serviram de supedâneo aos juízos de admissibilidade do pedido de transferência do Paciente e suas renovações por parte do Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, são unânimes em afirmar a necessidade da manutenção de **CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA** no Presídio Federal de Campo Grande.

De acordo com esses Relatórios, o último deles produzido em agosto de 2011 (fls. 163/178), a transferência do Paciente para o presídio federal de segurança máxima vem possibilitando a quebra de comando da organização criminosa por ele

chefiada ("Comissão da Paz – CP"), que já estava se associando à facção criminosa conhecida nacionalmente como "PCC – Primeiro Comando da Capital", com base em São Paulo.

Segundo se colhe desse mesmo Relatório, a organização criminosa chefiada por **CLÁUDIO CAMPANHA** ainda não teria sido definitivamente desbaratada, havendo indícios de tentativas de reestruturação, circunstância que estaria a recomendar a permanência do Paciente em outra unidade federativa e de segurança máxima, de maneira a evitar que, com sua influência, venha a soerguer e fomentar as atividades do bando.

Por outro lado, não merece acolhida o argumento dos Impetrantes de que os pedidos de renovação devam ter como suporte fatos novos, pelo que não se poderia cogitar de prorrogação do prazo tão só com base nos mesmos motivos ensejadores da inclusão do detento no sistema penitenciário federal.

Embora não se desconheça a existência, nesse sentido, de precedentes jurisprudenciais isolados, alguns deles do próprio Superior Tribunal de Justiça, o entendimento preponderante, aquele que mais se ajusta ao espírito da norma, aponta para a desnecessidade de novos fundamentos como pressuposto para a renovação do pedido de permanência, bastando, para tanto, que subsistam, ainda, os motivos ensejadores da transferência do preso.

Deveras, não seria razoável e, mais que isso, conflitaria com as razões que inspiraram a criação do instituto, houvesse o legislador vedado a renovação quando ainda presentes as mesmas circunstâncias de fato que determinaram o cumprimento da pena em outra unidade federativa.

Isso tudo não bastasse, do próprio Relatório elaborado, em agosto de 2011 (fls. 163/178), pela Superintendência de Inteligência da SSP/BA, do qual se serviu a autoridade coatora para deferir mais recente solicitação de renovação de permanência do Paciente no sistema penitenciário federal, se colhem, sim, fatos novos, supervenientes, que autorizam a manutenção de **CLÁUDIO CAMPANHA** no PCFG. Eis trechos do citado Relatório:

> **"Destarte, CAMPANHA mesmo preso no presídio federal, busca se aliar a uma das facções mais violentas do país, localizada no Estado de São Paulo, o PCC – Primeiro Comando da Capital, tendo-se como elo, entre esta e a Bahia, FAGNER SOUSA DA SILVA, Vulgo FAL ou ANTÔNIO, o qual permaneceu naquele Estado mais de um ano, onde vinha abastecendo Salvador e Região com drogas desta facção.**
>
> **Ocorre que no dia 2 de julho de 2011, com a deflagração da 'Operação Gênesis', que tinha como alvo a quadrilha de CLAUDIO CAMPANHA, FAL foi preso no Estado de São Paulo, juntamente com outros membros do PCC, quando o mesmo iria fazer uma retirada de dinheiro em um banco para compra de mais um carregamento de drogas a ser enviado para o Estado da Bahia. O mesmo foi recambiado para Salvador e encontra-se recolhido na Cadeia Pública do Complexo Penitenciário."** (fls. 165/166)

Como visto, trata-se, no caso, de preso que as autoridades penitenciárias reputam de alta periculosidade, **"cujo comando é inquestionável tanto entre a popu-**

lação carcerária quanto entre as demais facções que integram a quadrilha", com membros que **"demonstram uma fidelidade 'cega' a seu líder, chegando aos limites do fanatismo"** (fls. 170).

A periculosidade do Paciente não passaria despercebida à representante do **Parquet**, quando, às fls. 275, afirmou:

> " **… Extrai-se dos autos que o paciente é um dos fundadores e o principal líder da 'Comissão da Paz', facção criminosa que, juntamente com a organização criminosa comandada por Genilson Lino da Silva, vulgo 'Perna', controlam há anos o tráfico de drogas em Salvador e em sua Região Metropolitana, rivalizando-se pela disputa de pontos de venda de entorpecentes, sendo responsáveis pela prática de diversos outros delitos, como roubos a bancos e chacinas, que fez com que os índices de violência na Capital baiana aumentassem consideravelmente nos últimos anos."**

Em resumo, **CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA** é considerado criminoso cujo perfil se amolda, perfeitamente, àqueles para os quais a lei previu a construção de presídios de segurança máxima, sendo certo que sua permanência na unidade de Campo Grande/MS, ainda se impõe, neste momento, por razões de segurança pública, como bem decidiu o Juízo da Vara de Execuções Penais de Salvador/BA.

A propósito da periculosidade do Paciente e da atualidade dos motivos determinantes da sua transferência, vale mencionar que, recentemente, no dia 25 deste mês de junho, **CLAUDIO CAMPANHA** aqui esteve, nesta cidade de Salvador, para prestar depoimento no Fórum Ruy Barbosa, perante a Vara do Júri. Conforme divulgado largamente pelos meios de comunicação, naquela oportunidade, foi montado, pelo Centro de Operações Especiais da Polícia Civil – COE, forte aparato policial armado, inclusive com a utilização de helicópteros, tudo isso visando evitar incidentes por parte dos membros da "Comissão da Paz – CP", organização criminosa por ele chefiada.

Mais não se precisa para se reconhecer a subsistência das razões que determinaram a renovação da permanência do Paciente no PFCG.

Destarte, demonstrada a necessidade da manutenção de **CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA** em presídio de segurança máxima, conforme os substanciosos Relatórios elaborados pela Superintendência de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública deste Estado da Bahia (fls. 64/91 e 163/178), não se vislumbra nenhuma ilegalidade no pedido formulado pelo juízo de Execuções Penais de Salvador no sentido da sua permanência na Penitenciária Federal de Campo Grande – PFCG, onde já se encontra custodiado, até porque, repita-se, a Lei nº 11.671/2008, que prevê, no seu art. 10, §1º, a possibilidade excepcional de renovação do prazo, não estabelece limites para pedidos de renovação (HC 146033/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, DJe 2/8/2010), nem, tampouco, exige a necessidade de motivos novos supervenientes para fundamentá-los.

Ante o exposto, a hipótese é de **denegação da ordem de *Habeas Corpus***.

*****

TJBA – Mandado de Segurança nº 00310317-52.2012.8.05.0000, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 26.09.2013.

MANDADO DE SEGURANÇA – ALEGAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO, ENQUANTO COROLÁRIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PRECEDENTES DO STJ.

I. Todas as testemunhas arroladas residem fora da comarca de Itapicuru, o que deu ensejo à expedição de cartas precatórias. Nesse sentido, a despeito do que estabelece o CPP, art. 400, determinando que a oitiva das testemunhas de acusação seja anterior à das de defesa, efetivamente houve in casu uma inversão de tal ordem, o que, no entanto, acarreta apenas nulidade relativa, não se operando, outrossim, qualquer prejuízo à defesa, isso à luz do princípio da instrumentalidade das formas. Precedente do STJ: "*A inversão na ordem de oitiva dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa não gera nulidade, especialmente se não for demonstrado nenhum prejuízo para o paciente. Precedentes do STJ*" **(HC 83758/MT, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/06/2009, Data de Publicação: DJe 03/08/2009).**

II. Note-se que das fls. 119-120, podemos inferir a não ofensa ao postulado da ampla defesa (no que tange às audiências agendadas para o mesmo dia e em comarcas distintas), pois as testemunhas arroladas nem sequer foram ouvidas; e, apesar da falta injustificada do patrono do réu, o exercício da ampla defesa se deu, sim, via ulterior interposição do recurso em sentido estrito (parecer ministerial: fls. 149-150).

III. Quanto à substituição das testemunhas, negada pelo Juízo de Acajutiba, tal se efetivara no contexto da persuasão racional da referida autoridade impetrada, bem como de seu poder geral de cautela, cujas razões de decidir não impactaram na apuração da verdade, que provavelmente teria vindo à tona da mesma forma, ainda que tivesse havido a substituição em foco. Precedente do STJ: "*Inexiste nulidade por cerceamento de defesa, quando a ausência da substituição de testemunha não encontrada não influenciou na apuração da verdade, não tendo a parte interessada demonstrado o prejuízo.* […]" **(AgRg no AgRg no REsp 661394, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 23/08/2005, Data de Publicação: DJ 10/10/2005 p. 454).** Seja como for, tenhamos em mente que o pleno conhecimento das razões que levaram à não substituição das testemunhas implicaria, certamente, dilação probatória específica, situação que, além de incompatível com a via estreita da ação mandamental, também descaracteriza o direito alegado, neste particular, como líquido e certo (identificável com a marca ou nota distintiva da incontestabilidade).

IV. SEGURANÇA DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do MANDADO DE SEGURANÇA nº 0310317-52.2012.8.05.0000, oriundo da comarca de ITAPICURU, em que figura como impetrante PEDRO FERREIRA BATISTA e impetrados os Juízos de Direito da Vara Criminal de Itapicuru, da Vara Criminal de Olindina e da Vara Criminal de Acajutiba.

ACORDAM os desembargadores que integram a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por votação unânime, acolhendo o relatório e o voto do Relator, bem assim as notas taquigráficas desta sessão judicante, em **DENEGAR** a segurança.

RELATÓRIO

A teor do relato ministerial **(fls. 146-150),** sublinho que estou a cuidar de mandado de segurança impetrado às **fls. 02-31** porque o impetrante (causa de pedir) teria sido...

> "[...] *processado na origem pela suposta prática de homicídio e, durante a fase instrutória, foi invertida a ordem de oitiva das testemunhas, ordenando-se a colheita das testemunhas de defesa antes das de acusação, o que invalidaria o processo de fundo. Argui, outrossim, que foram marcadas audiências em comarcas distintas no mesmo dia e com poucas horas de diferença, inviabilizando o exercício da ampla defesa. De outra banda, alega que, em audiência realizada na comarca de Acajutiba, ficou sem defesa técnica, pois seu patrono não compareceu àquele ato e a autoridade impetrada não nomeou defensor dativo. Aduz, também, que, naquela mesma audiência, ante a ausência do defensor, a magistrada apontada como coatora denegou direito de substituir as testemunhas de defesa não encontradas, violando, nesse passo, o direito ao contraditório. Com essas razões, pede, ao final, a concessão do* mandamus, *a fim de que sejam anulados os atos guerreados, possibilitando a oitiva das testemunhas de defesa após aquelas arroladas pela acusação*" **(parecer ministerial: fls. 146-147).**

Instadas a manifestarem-se **(fls. 112-113, 137-138)**, as autoridades impetradas argumentam, em linhas gerais, que a ação penal de origem tramita pela comarca de Itapicuru, tendo sido algumas diligências deprecadas ao juízo de Acajutiba, dentre as quais a intimação e inquirição de sete testemunhas, sendo quatro de defesa, localizadas e intimadas regularmente; mas, no dia da audiência, nenhuma testemunha aparecera, tampouco o advogado do réu, embora devidamente intimado. Aduz-se, ainda, sobre a impertinência do aludido patrono, que, por conta da ausência das testemunhas, peticionou no sentido dessa mesma audiência não ocorrer. Sem embargo, teria precluído o pedido de substituição de testemunhas, ou de sua condução coercitiva, em face da ausência injustificada do advogado do réu.

Também se argumentou que o processo é plenamente regular, tanto que a defesa não arguiu qualquer nulidade no tocante à única audiência realizada na comarca de Olindina. Relativamente às cartas precatórias, ademais, não se aplica a proibição de se inverter a oitiva de testemunhas de acusação e de defesa. No que tange, por sua vez,

às várias audiências marcadas na mesma data, tal ocorrera por simples coincidência, e terminaram não sendo realizadas pela ausência das partes, nenhum prejuízo acarretando à defesa, pois. Enfim, ressalte-se que todas as testemunhas arroladas na lide de fundo residem fora da comarca de origem.

Distribuídos os autos à superior instância e após ter sido escolhido para relatar o feito, ordenei que deles tivesse vista a egrégia Procuradoria de Justiça, que, ato contínuo, manifestou-se via parecer de **fls. 146-150,** cujo opinativo pugna pela denegação deste *writ*.

É o relatório.

VOTO

Juízo positivo de admissibilidade desta ação (constitucional) de segurança. Inobstante, verifico que não há de vingar a sua pretensão mandamental.

É que todas as testemunhas arroladas residem fora da comarca de Itapicuru, o que deu ensejo à expedição de cartas precatórias. Nesse sentido, a despeito do que estabelece o CPP, art. 400, determinando que a oitiva das testemunhas de acusação seja anterior à das de defesa, efetivamente houve *in casu* uma inversão de tal ordem, o que, no entanto, acarreta apenas nulidade relativa, não se operando, outrossim, qualquer prejuízo à defesa, isso à luz do princípio da instrumentalidade das formas.

Como bem asseverou o parecer ministerial à **fl. 148:** "*nesse cenário, seria inviável ouvir as testemunhas de defesa somente depois das de acusação, o que demandaria uma improvável – para não dizer impossível – articulação entre os Juízos deprecados para a marcação das diversas audiências de acusação, para somente depois colher os testemunhos de defesa*". Precedente do STJ:

> "*A inversão na ordem de oitiva dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa não gera nulidade, especialmente se não for demonstrado nenhum prejuízo para o paciente. Precedentes do STJ*" **(HC 83758/MT, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/06/2009, Data de Publicação: DJe 03/08/2009).**

Note-se que, das **fls. 119-120,** podemos inferir a não ofensa ao postulado da ampla defesa (no que tange às audiências agendadas para o mesmo dia e em comarcas distintas), pois as testemunhas arroladas nem sequer foram ouvidas; e, apesar da falta injustificada do patrono do réu, o exercício da ampla defesa se deu, sim, via ulterior interposição do recurso em sentido estrito **(parecer ministerial: fls. 149-150).**

Quanto à substituição das testemunhas, negada pelo Juízo de Acajutiba, tal se efetivara no contexto da persuasão racional da referida autoridade impetrada, bem como de seu poder geral de cautela, cujas razões de decidir não impactaram na apuração da verdade, que provavelmente teria vindo à tona da mesma forma, ainda que tivesse havido a substituição em foco. Precedente do STJ:

> "*Inexiste nulidade por cerceamento de defesa, quando a ausência da substituição de testemunha não encontrada não influenciou na apuração da verdade, não tendo a parte interessada demonstrado o prejuízo.* […]" **(AgRg no AgRg no REsp 661394, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 23/08/2005, Data de Publicação: DJ 10/10/2005 p. 454).**

Seja como for, tenhamos em mente que o pleno conhecimento das razões que levaram à não substituição das testemunhas implicaria, certamente, dilação probatória específica, situação que, além de incompatível com a via estreita da ação mandamental, também descaracteriza o direito alegado, neste particular, como líquido e certo (identificável com a marca ou nota distintiva da incontestabilidade).

Aliás, direito líquido e certo suposto é, por assim dizer, direito líquido e certo inexistente, a exigir, pois, dilação probatória, para, quem sabe, restar comprovado como um direito subjetivo, sem aquela liquidez e certeza *primus ictus oculi*.

Precedente do STJ: "*Resta incontroverso em todo constructo doutrinário e jurisprudencial que o* **mandamus** *não admite dilação probatória, daí por que a prova do alegado* ***direito líquido*** *e certo deve ser pré-constituída*" **(RMS 10771 / DF; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1999/0028282-5).**

Nesse sentido, trago à baila o tirocínio sempre muito coerente do processualista CELSO BARBI, que escreve: "*Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a característica de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuível se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo*" **(*apud* RIBEIRO, Kepler Gomes. "Direito líquido e certo no mandado de segurança". Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002).**

Por tais razões, senhor(a) Presidente, **DENEGO** a segurança, declarando sua improcedência.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0000019-77.2003.8.05.0198, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Ivone Bessa Ramos, julgado em 06.05.2014.

APELAÇÃO CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. HOMICÍDIO TENTADO (ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, C/C OS ARTS. 14, INCISO II E 69, TODOS DO CPB). ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. APELANTE INIMPUTÁVEL. APLICADA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO PELO PRAZO MÍNIMO DE 03 (TRÊS) ANOS E POR TEMPO INDETERMINADO.
ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL COM ESCOPO NO ART. 564, INCISO IV, DO CPP. DESOBEDIÊNCIA AO COMANDO DO ART. 153 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL INSTAURADO QUE NÃO SE ENCONTRAVA APENSADO AOS AUTOS À ÉPOCA DA INTERPOSIÇÃO DO APELO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PREJUÍZO CONCRETO À PARTE NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*.

I – Conquanto o Processo Incidental, com efeito, não estivesse apensado aos autos no momento da interposição do presente recurso, o arquivamento com baixa dos autos somente ocorreu após o trânsito em julgado do Incidente e juntada da cópia da Sentença no bojo da Ação principal, inexistindo qualquer irregularidade ou ilegalidade quanto ao procedimento cartorário praticado. Sabe-se que o desapensamento de procedimentos incidentais findos é medida de praxe, amplamente adotada, que contribui na eficiência da prestação jurisdicional, pois facilita o manuseio dos autos e proporciona melhor organização e visualização do sistema de registro dos processos. Não se vislumbra, na hipótese, afronta ao Princípio do devido processo legal.
II – Ainda, o Recorrente, através do seu Patrono, ao arguir o suposto vício processual, não se desincumbiu do ônus de comprovar o efetivo e concreto prejuízo ao seu regular exercício do direito de defesa, cingindo-se a tecer, vagamente, que "a defesa restou de sobremaneira dificultada em sede recursal". Por exigência do Princípio do *pas de nullité sans grief*, deve a parte que suscita o vício demonstrar o prejuízo concreto que adveio da prática do ato alegado viciado, posto que a nulidade processual não pode ser declarada por mera presunção; este prejuízo tem que ser indicado objetivamente, sendo insuficientes meras alegações. Precedentes do STF.
III – Outrossim, estabelece o art. 572 do CPP que a nulidade prevista no art. 564, inciso IV, da Lei Adjetiva Penal, considerar-se-á sanada: a) se não arguída em tempo oportuno; b) se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim e c) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. Nessa senda, *in casu*, há de se convir evidente que a cognição exauriente do Magistrado lastreou-se no conteúdo integral daquele procedimento, de modo que o arquivamento do feito em nada interferiu na decisão judicial que homologou o Incidente de insanidade, atingida, assim, sua finalidade, bem como verifica-se que a Defesa poderia ter requerido, a qualquer tempo da instrução criminal, o desarquivamento do Incidente, o que não o fez, assentindo com o desapensamento dos autos.
PRELIMINAR REJEITADA.
PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. FINALIDADE DE AFERIR A PERICULOSIDADE DO RECORRENTE. INVIABILIDADE. INCIDENTE QUE SE DESTINA AO EXAME DA HIGIDEZ MENTAL DO ACUSADO. INIMPUTABILIDADE DO APELANTE DEVIDA E REGULARMENTE ATESTADA ATRAVÉS DO INCIDENTE DE INSANIDADE PROCESSADO NO JUÍZO *A QUO*. TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. ANÁLISE ACERCA DE EVENTUAL CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE DO RÉU DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 97, § 1º DO CPP E ARTS. 175 E 176 DA LEP. PERICULOSIDADE PRESU-

MIDA EM CASOS DE INIMPUTABILIDADE NOS TERMOS DO ART. 26, CAPUT, DO CPB. SUFICIÊNCIA DE FATO TÍPICO E ANTIJURÍDICO PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA PELO MAGISTRADO. INACOLHIMENTO DO PLEITO RECURSAL DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL.
MÉRITO. REQUERIDA A REDUÇÃO DO PRAZO MÍNIMO DE INTERNAÇÃO. INVIABILIDADE. A FIXAÇÃO DE 03 (TRÊS) ANOS COMO PRAZO MÍNIMO DE INTERNAÇÃO PARA O APELANTE CONDIZENTE E PROPORCIONAL À SUA CONDIÇÃO PSÍQUICA E À GRAVIDADE DO CRIME PERPETRADO.
I – No Laudo Pericial de fls. 30/34 (apenso nº 0000065-32.2004.805.0198), consignaram os Peritos que, na oportunidade da realização do exame, o Recorrente encontrava-se "relativamente calmo", porém "não capaz de orientar-se bem no tempo, espaço ambiente". Outrossim, atestaram ser o Acusado portador de deficiência mental moderada hereditária, com leve distúrbio psicótico, sendo que "pacientes com estes caracteres sindromicos são muito susceptivos de apresentarem surtos psicóticos polimorfos" (*sic*). Há de ser considerado, ainda, que o Condenado já foi, anteriormente, internado no Hospital psiquiátrico Afrânio Peixoto, de Vitória da Conquista.
II – Saliente-se que o prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança não pode ultrapassar o prazo da pena máxima cominada em abstrato ao delito, em homenagem ao Princípio da proporcionalidade; além disso, repise-se, na forma do art. 176 da LEP, excepcionalmente, surgindo algum fator superveniente, pode o Juiz de Execuções determinar a antecipação do exame destinado à averiguação da cessação da periculosidade do agente.
APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da **Apelação Criminal nº 0000019-77.2003.8.05.0198**, da Vara Crime da Comarca de Planalto/BA, em que figura como Apelante MIGUEL RIBEIRO DE NOVAIS e 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 **CONHECER** do Recurso de Apelação interposto e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto da Relatora.

VOTO

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

Constata-se, *ab initio*, que o presente Recurso de Apelação foi interposto pelo Réu MIGUEL RIBEIRO DE NOVAIS, no dia 08.07.2013 (fl. 176), tendo sido ele intimado, pessoalmente, da Sentença obliterada em 03.07.2013 (fl. 175/175-v), restando, nesse desiderato, firmada a tempestividade do Apelo, nos moldes do art. 593, *caput*, do CPPB. Assim é que, também ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade exigidos no caso sob exame, impõe-se o conhecimento do Recurso.

A título preliminar, aduz o Recorrente a nulidade do processo, com escopo no art. 564, inciso IV, do CPP, por desobediência ao comando do art. 153 do mesmo Diploma legal, pois o Incidente de insanidade mental instaurado não se encontrava apensado aos autos à época da interposição do Apelo. Os argumentos lançados pela Defesa, todavia, não merecem guarida.

Compulsando os fólios, constata-se que o pedido de instauração do Incidente foi requerido pela própria Defesa, a qual, inclusive, formulou quesitação (fls. 67/69), sendo deferido pelo Magistrado de piso em 10.05.2004, oportunidade em que foi determinada sua tramitação em autos apartados (fl. 73).

Finalizada a respectiva perícia, foi proferida Sentença – cuja cópia encontra-se acostada às fls. 77/78 – em 14.06.2007, na qual foi reconhecido e declarado que, à época do fato, era o Denunciado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se com este entendimento. Digno de nota que a aludida Sentença faz referência ao Laudo Pericial que constatou a inimputabilidade do Acusado. O trânsito em julgado do Incidente foi certificado à fl. 80.

O que se observa, dessa feita, é que, conquanto o Processo Incidental, com efeito, não estivesse apensado aos autos no momento da interposição do presente recurso, o arquivamento com baixa dos autos somente ocorreu após o trânsito em julgado do Incidente e juntada da cópia da Sentença no bojo da Ação principal, inexistindo qualquer irregularidade ou ilegalidade quanto ao procedimento cartorário praticado. Sabe-se que o desapensamento de procedimentos incidentais findos é medida de praxe, amplamente adotada, que contribui para a eficiência da prestação jurisdicional, pois facilita o manuseio dos autos e proporciona melhor organização e visualização do sistema de registro dos processos. Não se vislumbra, na hipótese, afronta ao Princípio do devido processo legal.

Ainda, o Recorrente, através do seu Patrono, ao arguir o suposto vício processual, não se desincumbiu do ônus de comprovar o efetivo e concreto prejuízo ao seu regular exercício do direito de defesa, cingindo-se a tecer, vagamente, que "a defesa restou de sobremaneira dificultada em sede recursal". Por exigência do Princípio do *pas de nullité sans grief*, deve a parte que suscita o vício demonstrar o prejuízo concreto que adveio da prática do ato alegado viciado, posto que a nulidade processual não pode ser declarada por mera presunção; este prejuízo tem que ser indicado objetivamente, sendo insuficientes meras alegações. Esse entendimento é corroborado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

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

> 1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002).
> 2. Ordem indeferida.
> (STF: HC 99053, Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 21/09/2010. Publicação: DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010 EMENT VOL-02440-01 PP-00009)

No mesmo sentido, o notável Superior Tribunal de Justiça manifesta-se:

> […] O art. 563 do CPP estabelece a necessidade de prejuízo a qualquer das partes para que seja declarada a nulidade do ato (princípio do *pas de nullité sans grief*).
> "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566 do CPP) [...]
> (STJ: HC 130.590/PE. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 27/04/2010. Publicação: DJe 17/05/2010)

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, III, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA.
> I – "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulara se houver prova de prejuízo para o réu." (Enunciado n.º 523 da Súmula do Pretório Excelso.) II – "Não demonstrado prejuízo à defesa do paciente: a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullité sans grief* (CPP, arts. 563 e 566)." (STF, HC 75104/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, DJU de 16/05/97.) *Habeas corpus* denegado.
> (STJ: HC 49.230/PA. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 25/04/2006. Publicação: DJ 29/05/2006, p. 275)

Outrossim, estabelece o art. 572 do CPP que a nulidade prevista no art. 564, inciso IV, da Lei Adjetiva Penal, considerar-se-á sanada: a) se não arguída em tempo oportuno; b) se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim e c) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. Nessa senda, *in casu*, há de se convir evidente que a cognição exauriente do Magistrado lastreou-se no conteúdo integral daquele procedimento, de modo que o arquivamento do feito em nada interferiu na decisão judicial que homologou o Incidente de insanidade, atingida, assim, sua finalidade, bem como verifica-se que a Defesa poderia ter requerido, a qualquer tempo da instrução criminal, o desarquivamento do Incidente, o que não o fez, assentindo com o desapensamento dos autos.

Afastada a preliminar de nulidade arguída.

Concernente ao pleito de realização de novo Incidente de insanidade mental, com a finalidade de aferir a periculosidade do Acusado, de igual sorte, nota-se que a pretensão defensiva não merece acolhida por esta Corte.

É cediço que, mesmo que o agente tenha cometido um ato antijurídico e típico, no momento da análise do juízo de censurabilidade e reprovação de sua conduta, os fatores psicológicos e/ou psiquiátricos irão refletir em sua culpabilidade, podendo ser o Réu inimputável criminalmente. Destarte, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 26, garante a isenção da pena ao Acusado que, à época da prática criminosa, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; o agente será submetido a uma medida de segurança de internamento ou tratamento ambulatorial, nos termos do art. 97, daquele Diploma legal.

A inimputabilidade do Acusado, entretanto, não pode ser presumida, sendo estritamente necessária a realização de exames periciais específicos, nos quais peritos concluirão acerca da saúde mental e psíquica do mesmo. Somente após, o Magistrado poderá reconhecer, ou não, ser o Réu inimputável, e aplicar-lhe qualquer medida de segurança. Nessa senda, determina o art. 149 do CPP que, em havendo razoável dúvida acerca da higidez mental do Acusado, deverá o Magistrado ordenar a realização do exame pericial de sanidade, através de procedimento incidental, para averiguação da saúde mental do Réu:

> Art.149: Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Evidente, pois, que o requerimento defensivo não é adequado à hipótese em testilha porquanto a inimputabilidade do Apelante já foi devida e regularmente atestada através do Incidente de insanidade processado no Juízo *a quo*, transitada em julgado a Sentença homologatória consoante certificado à fl. 80.

Noutra vertente, tanto o Código Penal Brasileiro quanto a Lei nº 7.210/84 são claros e taxativos ao estatuir ser de competência do Juiz de Execução o cumprimento da medida de segurança assim como a análise acerca da eventual cessação da periculosidade do Sentenciado, através de perícia médica que deve atender requisitos e procedimentos específicos. Sob este prisma, destaquem-se os seguintes dispositivos legais (grifos acrescidos):

> **CÓDIGO PENAL**
> Art. 97 – Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
> § 1º – **A internação**, ou tratamento ambulatorial, **será por tempo indeterminado**, **perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade**. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.
> § 2º – A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, **se o determinar o juiz da execução**.
> **LEI DE EXECUÇÕES PENAIS (Lei nº 7.210/84)**
> Art. 175. **A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte**:

I – a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;
II – o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;
III – juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;
IV – o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;
V – o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;
VI – ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.
Art. 176. **Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança**, **poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.**

Ademais, mister ressalvar que, no caso de inimputabilidade, nos termos do art. 26, *caput*, do CPB, a periculosidade do agente é presumida, sendo suficiente, para a aplicação da medida de segurança, que o Magistrado conclua ter o Acusado perpetrado fato típico e antijurídico.

Inviável, nesse desiderato, o acolhimento do pleito recursal de instauração de Incidente de insanidade mental.

No que tange ao mérito, observa-se que a fixação de 03 (três) anos como prazo mínimo de internação para o Apelante MIGUEL RIBEIRO DE NOVAIS se mostra condizente e proporcional à sua condição psíquica e à gravidade do crime perpetrado. No Laudo Pericial de fls. 30/34 (apenso nº 0000065-32.2004.805.0198), consignaram os Peritos que, na oportunidade da realização do exame, o Recorrente encontrava-se "relativamente calmo", porém, "não capaz de orientar-se bem no tempo, espaço ambiente". Outrossim, atestaram ser o Acusado portador de deficiência mental moderada hereditária, com leve distúrbio psicótico, sendo que "pacientes com estes caracteres sindromicos são muito susceptivos de apresentarem surtos psicóticos polimorfos" (*sic*). Há de ser considerado, ainda, que o Condenado já foi, anteriormente, internado no Hospital psiquiátrico Afrânio Peixoto, de Vitória da Conquista.

Saliente-se que o prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança não pode ultrapassar o prazo da pena máxima cominada em abstrato ao delito, em homenagem ao Princípio da proporcionalidade; além disso, repise-se, na forma do art. 176 da LEP, excepcionalmente, surgindo algum fator superveniente, pode o Juiz de Execuções determinar a antecipação do exame destinado à averiguação da cessação da periculosidade do agente.

Ante todo o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO**, para manter integralmente a Sentença de mérito *a quo*.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0000997-79.2009.8.05.0154, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Eserval Rocha, julgado em 06.11.2012.

APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS – REDUÇÃO DA PENA – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
I – O Apelante foi condenado ao cumprimento da pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime fechado, porque, no dia 13/09/2004, desferiu golpes de faca contra um homem, que já havia sido atingido por disparos de arma de fogo efetivados pelo outro acusado, ocasionando sua morte.
II – Da análise dos autos, conclui-se que não há dúvidas quanto à autoria, restando evidenciado que o Apelante efetivamente praticou o delito. Conclui-se que não houve decisão manifestamente contrária a prova dos autos porque, nos termos do art. 593, III, d do Código de Processo, somente seria possível a anulação da decisão do Conselho de Sentença, se esta não tivesse um suporte mínimo no conjunto probatório, o que não é o caso. Inexistente qualquer arbitrariedade na decisão do Corpo de Jurados, não há razão para submissão do apelante a novo julgamento.
III – Quanto ao opinativo da Procuradoria de Justiça, para incidência da redução da pena prevista no art. 29 § 1º do Código Penal brasileiro, deve-se destacar que tal fato não fora submetido ao Tribunal do Júri. Ainda assim, não se trata da participação de somenos importância, porque não houve uma participação secundária ou dispensável para a prática do delito por parte do Apelante. O laudo pericial, inclusive, não permite concluir que as lesões que ocasionaram a morte da vítima foram oriundos somente dos disparos de arma de fogo, valendo ressaltar que foram vários golpes de arma branca, em regiões diversas do corpo, inclusive no pescoço, de acordo com as fotografias. Além disso, segundo a própria confissão do Apelante, ele e o corréu esfaquearam a vítima porque notaram que ela ainda se mexia. Houve, na verdade, uma participação menos importante e que se enquadra no que prevê o caput do art. 29 e não enseja a aplicação da causa de diminuição de pena da participação de menor importância.
IV – No que se refere ao pleito de isenção de custas, é preciso observar que o réu foi assistido por defensor constituído e que não houve requerimento de justiça gratuita. Ademais, mesmo se assim não fosse, não restou comprovada nos autos a hipossuficiência econômica do apelante.
PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000997-79.2009.805.0154-0, da Comarca de Luis Eduardo Magalhães, sendo Apelante MAYCON DOUGLAS BEZERRA DAVI e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

I – O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou MAYCON DOUGLAS BEZERRA DAVI e ROBSON ANTUNES FERREIRA pela prática do delito descrito no art. 121, § 2º I e III do Código Penal Brasileiro, narrando os seguintes fatos:

> […] na madrugada do dia vinte e seis (26) de fevereiro de 2007, nas proximidades de um campo localizado na rua Candeias, no bairro Santa Cruz, na cidade de Luis Eduardo Magalhães/BA, os denunciados, em conjunção de esforços e unidade de desígnios, ceifaram a vida de Cassandro Rabi Gonçalves, causando-lhe as lesões descritas na guia de fls. 31.
> Consta do procedimento inquisitorial anexo que, na noite do dia 25.02.2007, a vítima estava no bar de propriedade de Pedro Andrade dos Santos, onde bebeu uma dose de aguardente e, posteriormente, ao pagar a primeira, tomou a segunda e saiu do local, quando os denunciados também já se encontravam no bar. Antes da saída da vítima, os denunciados jogaram sinuca e beberam duas cervejas, tendo um deles passado a arma do outro, e ficaram por ali até a saída da vítima, quando, então, saiu um, logo depois o outro denunciado. Ao fechar o estabelecimento comercial, o proprietário notou que, embora tenham saído em momentos distintos, um denunciado permanecia do lado de fora, provavelmente à espera do outro.
> Após saírem do bar, o denunciado Robson atraiu a vítima até o campo, com a promessa de fumarem um ''baseado" e lá efetuou quatro disparos de arma de fogo, não prosseguindo nos disparos por ter acabado a munição. Em seguida, na volta para casa, encontrou-se com o denunciado Maycon, que o aguardava nas proximidades do bar. Restando dúvida quanto à morte da vítima, os denunciados, de posse de duas facas, retornaram ao local do crime, onde observaram que a vítima mexia os braços. Incontinenti, passaram, conjuntamente, a esfaqueá-la com diversos golpes, degolando-a no pescoço, a fim de garantir o exaurimento do crime […].

Os réus foram pronunciados pela prática do delito descrito no art. 121, § 2º, I, III e IV do Código Penal Brasileiro (fls. 146/150), ocorrendo, posteriormente, a separação do processo em razão da fuga de Robson Antunes Ferreira.

Realizado o julgamento pelo Tribunal do Júri, MAYCON DOUGLAS BEZERRA DAVI foi condenado ao cumprimento da pena de 20 (vinte) anos de reclusão em regime fechado (fls. 228/231).

Irresignado, o réu interpôs recurso, alegando decisão contrária a prova dos autos, pugnando, alternativamente, pela redução da pena-base, alteração do regime de cumprimento da pena e isenção de custas, às fls. 263/274.

Às fls. 276/278, o Ministério Público, em contrarrazões, pugnou pelo provimento parcial do recurso, com a redução da pena.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso.
Examinados, lancei este relatório e o submeti ao Exmo. Desembargador Revisor.
É o relatório.

PRELIMINARES

Verifica-se que não foram arguídas preliminares, razão pela qual passo ao exame do mérito, presentes os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

II – Passando ao exame do mérito, a materialidade restou comprovada pelo laudo pericial de fls. 118/120, valendo ressaltar que não há dúvidas acerca da autoria delitiva.

A propósito, Mirabete ensina que:

> Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao **Júri**, portanto, optar por uma das **versões** verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos, é de se prover o recurso para submeter o réu a novo **Júri**. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca (Código de Processo Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 1252).

Damásio E. de Jesus explica:

> Conceito de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos. É pacífico que o advérbio 'manifestamente' (III, d) dá bem a ideia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constantes, opte por uma das versões apresentadas. (Código de Processo Penal Anotado. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 422).

Na hipótese, observa-se que a decisão colegiada mostra-se em perfeita harmonia com a prova dos autos.

Destacam-se os seguintes depoimentos (fls.15/16, fls. 17/18 e fls. 92):

> [...] que são verdadeiras as acusações, porém o interrogado não agiu sozinho; que o interrogado estava em um bar em companhia da vítima CASSANDRO RABI GONÇALVES e o indivíduo de nome ROBSON, onde tomaram uma cerveja enquanto ROBSON e CASSANDRO tomaram cerveja,

sendo que ROBSON estava armado com um revólver; que CASSANDRO pediu o revólver emprestado para ROBSON, sendo negado pelo mesmo, alegando que não podia ficar desarmado porque tinha um conhecido por ''PARAIBINHA'' que estava ameaçando lhe pegar; que CASSANDRO disse para ROBSON '' que nada, você é muito um pau no cú, só é homem quando o negão tá junto'', disse também que ROBSON merecia um tapa na cara, e deu um tapa no rosto de ROBSON; que ROBSON saiu para fora do bar com CASSANDRO, e, neste momento, ROBSON puxou o revólver para atirar em CASSANDRO sendo impedido pelo interrogado; que em seguida ROBSON chamou CASSANDRO para irem até o campo de futebol com o propósito de fumarem um baseado; que os dois já no campo o interrogado escutou quatro tiros; que ROBSON voltou ao encontro do interrogado, momento em que o interrogado procurou se ele ROBSON tinha matado o cara sendo respondido que sim; que o interrogado chamou ROBSON para conferir se CASSANDRO estava morto e pegaram duas facas na casa de ROBSON e foram conferir se de fato CASSANDRO estava morto, chegando ao local notaram que a vítima ainda se mexia; que em seguida o interrogado e o ROBSON começaram a esfaquear a vítima, não sabendo o interrogado quantas facadas deu ao certo, mais afirma que foi ROBSON que cortou o pescoço de CASSANDRO; [...].

[...] que são verdadeiras as acusações; que na noite do crime o interrogado estava bebendo em um bar, na companhia de seu amigo MAYCON e o indivíduo de nome CASSANDRO; que na saída do bar CASSANDRO pediu o revolver do interrogado emprestado, dizendo que era para fazer uma fita, sendo negado pelo interrogado; que diante da negativa, CASSANDRO xingou o interrogado, chamando-o de ''pau no cu'' e que o interrogado não era homem e ainda deu um tapa no rosto do interrogado; que o interrogado ainda tentou sacar um revolver para atirar em CASSANDRO, sendo impedido por MAYCON; que em seguida o interrogado foi para sua casa juntamente com MAYCON e lá estando, chegou CASSANDRO batendo na porta, sendo atendido por MAYCON que mandou CASSANDRO ir embora, pois precisavam dormir para trabalhar cedo; que CASSANDRO foi embora e voltou logo depois, batendo na porta novamente; que o interrogado resolveu matar CASSANDRO, chamando-o para o campo para fumar um baseado; que chegando no campo o interrogado pediu que CASSANDRO acendesse o isqueiro para procurar o bagulho, e quando CASSANDRO abaixou para pegar o bagulho, e o interrogado o chamou, e nesse momento efetuou o primeiro disparo de revolver; que CASSANDRO correu e o interrogado efetuou outros disparos , chegando a descarregar o revolver, se aproximando da vítima já caída e ainda tentou efetuar outro disparo na cabeça, não sendo feito porque já tinha acabado a munição; que depois o interrogado foi para casa, deixando CASSANDRO ferido no meio do campo de futebol; que chegando em casa, MAYCON procurou se o interrogado tinha matado CASSANDRO, sendo respondido que não sabia, apenas atirou no mesmo; que MAYCON chamou o interrogado para conferir se de fato a vítima estava morta, levando cada um uma faca; que chegando no local, MAYCON deu a primeira facada e que o interrogado também deu várias facadas; que MAYCON começou a cortar o pescoço da vítima e o interrogado cortou o resto, degolando a vítima [...].

[...] Que nega os fatos descritos na acusação; que no dia do fato o depoente estava em um bar juntamente com o primeiro réu e após tomarem algumas cervejas, o depoente jogou uma ficha de sinuca com a vítima; que conhecia a vítima apenas de vista; que após o término da partida de jogo, a vítima chamou o primeiro réu para fora do bar tendo conversado por alguns instantes; logo em seguida, tanto o primeiro réu quanto a vítima entraram novamente no bar, tendo o depoente juntamente com o senhor Maycon tomado mais uma cerveja e em seguida foram embora; nesse instante o depoente disse ao senhor Maycon que iria para casa dormir, tendo se despedido do primeiro réu; que após chegar em casa e passados mais ou menos uns quarenta minutos a uma hora, senhor Maycon bateu a porta do depoente perguntando-lhe se poderia dormir aquela noite em sua casa, tendo o depoente dito que sim; [...]; que no dia seguinte o depoente questionou ao senhor Maycon se ele iria trabalhar, momento em que teria respondido que a movimentação de pessoas próximas ao campo que fica perto da casa do depoente era porque ele (Maycon) teria matado uma pessoa na noite anterior [...].

Muito embora tenha o Apelante apresentado versões diversas para o fato, a sua confissão extrajudicial bem como a do corréu foram confirmadas pelo laudo pericial.

Houve retratação em juízo, contudo, de acordo com o que dispõe o art. 200 do Código de Processo Penal, a confissão é divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Sabe-se que a confissão somente pode ser retratada se a vontade do réu, ao confessar, estiver viciada, contudo, este não é o caso dos autos, porque nenhuma prova foi produzida no sentido de que as suas declarações foram obtidas de forma ilícita ou que tenham sido produto de coação do corréu

Dessa forma, há de ser mantido o veredicto popular, porque alicerçado na versão mais razoável existente nos autos.

Consequentemente, conclui-se que não houve decisão manifestamente contrária a prova dos autos, porque nos termos do art. 593, III, *d* do Código de Processo somente seria possível a anulação da decisão do Conselho de Sentença se esta não tivesse um suporte mínimo no conjunto probatório, o que não é o caso.

Ademais, o Júri pode optar pela versão nos autos que mais lhe parecer verossímil. Precedente (TJ/BA Apelação Criminal nº. 32827-5/2005, Primeira Câmara Criminal, Relator Des. Eserval Rocha, julgada em 06/12/2005).

Assim também entende a Jurisprudência:

CRIMINAL – RESP – JÚRI – NULIDADE – PLEITO DE NOVO JULGAMENTO – CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS – EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME – PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07 – STJ – RECURSO NÃO CONHECIDO – Não padece de ilegalidade o acórdão que entende não se caracterizar como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo. Não se conhece de recurso quando, após

a análise das razões trazidas em sede de especial, vislumbra-se o objetivo de revolvimento da matéria fática, inviável em respeito ao preceituado na Súmula 07 – STJ. Recurso não conhecido. (STJ – RESP 598268 – CE – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 07.06.2004 – p. 00273).

Inexistente qualquer arbitrariedade na decisão do Corpo de Jurados, não há razão para submissão do apelante a novo julgamento.

No que tange à dosimetria, destaca-se trecho da sentença (fls. 228/231):

> […] o réu demonstrou culpabilidade acentuada no fato descrito nestes autos, em especial por ter assassinado a vítima próximo a um bar e a habitações familiares. De outra parte, a reprovabilidade social da conduta é reforçada quando se verifica que o réu chegou ao local do crime armado. Isto é, ele podia aquilatar, com antecedência, a repercussão de seu ato.
> Os antecedentes lhe são favoráveis, dado que é tecnicamente primário.
> A sua conduta social, no entanto, registra dado desabonador, em face da própria afirmação de que fora usuário de drogas antes da prática do crime descrito na denúncia.
> A personalidade do agente não apresenta elementos que revelam deturpação.
> A motivação do crime não merece maior reprovação nesta oportunidade, porquanto já objeto de censura por ocasião do reconhecimento da qualificadora descrita no inciso I do § 2º do artigo 121 do Código Penal.
> As consequências do crime foram nefastas, porquanto a vítima deixou viúva.
> O comportamento da vítima não contribuiu para a prática do crime, visto que não foi ao encontro do réu para agredi-lo.
> Na medida em que três foram as qualificadoras reconhecidas e uma delas serviu para a fixação da pena-base, tomo as outras circunstâncias judiciais, em prejuízo do réu.
> Tais as circunstâncias, fixo a pena-base em 23 (vinte e três) anos e 3 (três) meses de reclusão. Incide na espécie a atenuante relativa à menoridade, motivo pelo qual reduzo a pena ao montante de 20 (vinte) anos que se torna definitiva […].

Buscando um critério objetivo a ser adotado em todas as situações, observo o seguinte para encontrar o índice valorativo:

Subtrai-se o máximo do mínimo da pena cominada em abstrato (30 anos - 12 anos = 18 anos), converte-se o resultado em meses (216 meses) e divide-se pelo número de circunstâncias judiciais (216/8= 27), obtendo-se o valor a ser atribuído a cada uma das circunstâncias.

Do trecho anteriormente transcrito, extrai-se que foram consideradas efetivamente negativas a culpabilidade, a conduta social, as circunstâncias e consequências do delito.

Ao contrário do que afirmou o magistrado, a culpabilidade não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão da lei, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

A motivação fora utilizada para qualificar o crime, considerando que foram 3 (três) qualificadoras, sendo uma utilizada para tipificar o homicídio qualificado e as demais (meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima) foram enquadradas nas demais circunstâncias judiciais.

As consequências foram normais à espécie.

Assim, são efetivamente negativas a conduta social e as circunstâncias do delito.

No presente caso, o magistrado fixou a pena-base em 11 (onze) anos e 3 (três) meses acima do mínimo, legal, quando, na verdade, pelo parâmetro acima exposto, o acréscimo deveria ser de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses.

Quanto ao opinativo da Procuradoria de Justiça para incidência da redução da pena prevista no art. 29 § 1º do Código Penal brasileiro, deve-se destacar que tal fato não fora submetido ao Tribunal do Júri. Ainda assim, não se trata da participação de somenos importância, porque não houve uma participação secundária ou dispensável para a prática do delito por parte do Apelante.

O laudo pericial, inclusive, não permite concluir que as lesões que ocasionaram a morte da vítima foram oriundas somente dos disparos de arma de fogo, valendo ressaltar que foram vários golpes de arma branca, em regiões diversas do corpo, inclusive no pescoço, de acordo com as fotografias de fls. 36/40.

Além disso, segundo a própria confissão do Apelante, ele e o corréu esfaquearam a vítima porque notaram que ela ainda se mexia.

Houve, na verdade, uma participação menos importante e que se enquadra no que prevê o caput do art. 29 e não enseja a aplicação da causa de diminuição de pena da participação de menor importância.

Da jurisprudência:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI. TENTATIVA **DE** HOMICÍDIO QUALIFICADO. QUESITAÇÃO. **PARTICIPAÇÃO DE SOMENOS**. REFORMATIO IN PEIUS.
> I – Se a quesitação, não impugnada oportunamente, permite facilmente a compreensão do indagado, incabível reconhecer-se a alegada nulidade absoluta.
> II – O questionamento acerca da **participação de somenos** (art. 29 § 1º do CP) não pode ser feito **de** ofício (Precedente). A **participação de somenos** (§ 1º) que é minorante, não se confunde com a mera **participação** menos importante (caput do art. 29 do CP).
> III – A indevida inclusão, em segundo grau, **de** agravante, enseja, aí, a concessão **de** writ ex officio. Habeas Corpus indeferido, ordem concedida **de** ofício para afastar agravante. (STJ, HC 8.822/MG, Rel. Felix Fischer, 5ª Turma, DJU de 18/10/1999).
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. EXAME MINUCIOSO **DE** PROVAS. CONFIGURAÇÃO TÍPICA. **PARTICIPAÇÃO DE SOMENOS.** COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA.
> I – Na via do writ não é permitido o minucioso cotejo do material **de** conhecimento.
> II – O roubo qualificado pelo resultado morte (art. 157 § 3º, in fine do C.P.) se configura tanto na forma integralmente dolosa (tipo congruente), como na forma preterdolosa (tipo incongruente por excesso objetivo).
> III – A **participação de somenos** (§ 1º do art. 29 do C.P.) não se confunde com a mera **participação** menos importante (caput do art. 29 do C.P.). Não se trata, no § 1º, **de** "menos importante", decorrente **de** simples comparação, mas, isto sim, **de** "menor importância" ou, como dizem, "apoucada relevância". (Precedente do STJ).
> IV – O motorista que, combinando a prática do roubo com arma **de** fogo contra ca-

minhoneiro, leva os co-autores ao local do delito e, ali, os aguarda para fazer as vezes **de** batedor ou, então, para auxiliar na eventual fuga, realiza com a sua conduta o quadro que, na dicção da doutrina hodierna, se denomina **de** co-autoria funcional. Writ denegado. (STJ, HC 20819/MS, Rel. Felix Fischer, 5ª Turma, DJU de 02/05/2002).

No que se refere ao pleito de isenção de custas, é preciso observar que o réu foi assistido por defensor constituído e que não houve requerimento de justiça gratuita. Ademais, mesmo se assim não fosse, nada restou comprovado nos autos acerca da hipossuficiência econômica do apelante.

CONCLUSÃO

III – Por todo o exposto, dou provimento parcial apenas para reduzir a pena-base para 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, fazendo incidir a redução de 1/6 pela atenuante de menoridade, resultando a pena definitiva em 13 (treze) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0002380-85.2008.8.05.0103, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Lourival Almeida Trindade, julgado em 17.12.2012.

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO PELO JÚRI. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PEDIDO DE SUBMISSÃO A NOVO JULGAMENTO POPULAR. NÃO ALBERGAMENTO. VEREDICTO LASTREADO NO ACERVO PROBATÓRIO.

I. O *parquet* argui haver sido o veredicto popular contrário à prova dos autos ao argumento de que a tese de negativa de autoria entremostra-se sem qualquer fundamento probatório, motivo pelo qual requer submissão do apelado a novo julgamento popular.

No particular, razão não acode ao insurgente. Perlustrando-se os autos, conclui-se que a decisão objurgada veio escorada em elementos probatórios, ainda que mínimos, constantes do processo.

II. Por sinal, constitui verdadeiro truísmo jurídico a assertiva segundo a qual, em homenagem à soberania do júri, os seus veredictos deverão ser sempre prestigiados pelo Tribunal *ad quem*, salvo se, manifestamente, antagônicos à prova dos autos.

Na hipótese sob comento, a decisão do colegiado leigo não se entremostra em desalinho ou em descompasso frontal com a prova coligida. Após breve disquisição sobre o advérbio de modo – manifestamente – inserto no texto normativo, conclui-se que os cidadãos jurados, em sua soberania, ao votarem de consciência e em consonância com os ditames da justiça e com o compromisso solene, residente no atual art. 472, do CPP, na redação da Lei 11.689, de

9/6/2008, podem até julgar contra a prova do processo, o que não podem é fazê-lo, manifestamente, contrário a esta.

III. Na hipótese, sob destrame, perlustrando-se os autos, é inteligível que a tese encampada pelos jurados entremostrou-se aceitável, não se podendo afirmar que o *decisum* divorciou-se, às completas, do manancial probatório.

IV. Há, portanto, substrato probando mínimo, opção feita pelos cidadãos jurados, entre a versão acusatória e a defensória, a escorar a decisão do júri (4x2), a qual não se entremostra em desalinho ou em descompasso frontal com a prova coligida

Verdadeiro óbvio ululante, pois, pode-se falar, aqui e agora, em opção dos senhores jurados por uma das teses, dentre as desenvolvidas pelas partes, com escoras em provas, ainda que mínimas, carreada aos autos, reassevere-se.

Por fim, afigura-se inalbergável o pleito de submissão do apelado a novo julgamento popular. Até porque o que a lei obsta é a decisão ao arrepio de prova incontraditável, o que, desenganadamente, inocorreu na hipótese fulcral.

V. Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo provimento do apelo.

VI. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CRIME Nº 0002380-85.2008.8.05.0103**, **ACORDAM, à unanimidade,** os Desembargadores, componentes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em **negar provimento** ao recurso, nos termos do voto do Desembargador relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal aviada pelo Ministério Público Estadual, irresignado com o julgamento popular que absolveu LUIZ PELLEGRINI DE ALMEIDA NETO do delito de homicídio qualificado.

Consta da peça madrugadora do processo que, no dia 28 de fevereiro de 2005, entre as 18 e as 19h, nas dependências do Complexo da Polícia Civil de Camacan, o apelado, em comunhão de desígnios com Francisco Jackson Araújo Pinto, teria desferido uma série de golpes, com dois canos de borracha, contra a cabeça, tronco e membros de Alfred Lenz. Narra, ainda, a exordial que os acusados teriam asfixiado a vítima mediante estrangulamento.

Ainda, consoante a denúncia, no dia e horário em que Alfred Lenz foi torturado, Reinaldo Santos Correia, malgrado estivesse de plantão, não tentou evitar o espancamento da vítima.

Por tais motivos, o Ministério Público pugnou pela condenação de Luiz Pellegrini de Almeida Neto e Francisco Jackson Araújo Pinto pelo crime tipificado no art. 121, § 2º, I (motivo torpe), III (meio cruel, asfixia e tortura), e IV (recurso que tornou impossível a

defesa da vítima), do CPB. No que tangencia a Reinaldo Santos Correia, o órgão ministerial denunciou-o como incurso nas penas do art. 121, c/c o art. 13, § 2º, "a", do CP.

Na decisão de fls.371/380, a juíza *a quo* pronunciou Luiz Pellegrini de Almeida Neto e Francisco Jackson Araújo Pinto nos termos da exordial acusatória e impronunciou Reinaldo Santos Correia, levando-se, em linha de conta, a insuficiência de provas para servir de escoras a uma decisão de pronúncia em seu desfavor.

O Tribunal do Júri, em sessão realizada no dia 01 de setembro de 2010, votou, por maioria, no sentido de negar a autoria do crime imputado aos acusados.

Nas razões de apelação, o *parquet* sustém que a decisão dos jurados, no que pertine ao réu Luiz Pellegrini de Almeida Neto, entremostra-se, manifestamente, contrária à prova dos autos.

Nas razões de contrariedade, o recorrido refuta a pretensão ministerial, sustentando o acerto da soberana decisão popular.

A Procuradoria de Justiça pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, tocantes à legitimidade, tempestividade e regularidade formal, conhece-se da insurgência.

Passa-se, doravante, à análise do mérito do apelo.

O *parquet* argui haver sido o veredicto popular contrário à prova dos autos, ao argumento de que a tese de negativa de autoria entremostra-se sem qualquer fundamento probatório, motivo pelo qual requer a submissão do apelado a novo julgamento popular.

No particular, razão não acode ao insurgente. Perlustrando-se os autos, conclui-se que a decisão objurgada veio escorada em elementos probatórios, ainda que mínimos, constantes do processo.

Dir-se-á, como palavras de pórtico, que, em países como a França e os Estados Unidos, prestigiando-se a instituição democrática do júri, não se admite, sequer, a apelação em caso de veredicto absolutório. Em França, '*La déclaration du Jury ne pourra jammais être soumise à aucun recours*'[2] dizia o artigo 350 do *Code d'Instruction Criminelle* daquele país. A assertiva é de Frederico Marques, citando, remissivamente, G. Griolet e C. Vergé[3].

No Brasil, é de trivial sabença que o Texto Magno assegura ao Tribunal do Júri a soberania dos seus veredictos, malgrado possam ser estes objeto de recurso, já que a lei processual penal assegura a realização de novo julgamento, quando o decisório do conselho de sentença for, manifestamente, contrário à prova dos autos. Matéria, por sinal, sem qualquer dissídio jurisprudencial.

Numa palavra, o Tribunal de Justiça, só e somente, pode determinar a realização de novo júri, sob pena de vilipêndio à soberania do veredicto dos cidadãos jurados, por sinal, erigido em *status* de dignidade constitucional, quando o *decisum* estiver em plena dissonância com os elementos probatórios.

2. Em tradução livre: a declaração do júri não poderá jamais ser submetida a outro recurso.

3. Marques, Frederico. Code d'Instruction Criminelle. 1910, p. 164 *apud* Frederico Marques. **Elementos de direito processual penal.** Campinas. Bookseller, 1997, v. IV, p. 227.

No entanto, o tema cambaleia na doutrina, uma vez que há autores brasileiros que se insurgem contra a possibilidade de se recorrer dos veredictos do júri, notadamente, com o advento da Constituição de 1988, ao haver esta dado magnitude constitucional às decisões dos juízes leigos (cf. art. 5º, XXVIII, c, da *Lex Suprema*). Tal tema, dada a singeleza deste voto, não deverá ser objeto de excogitação laboriosa. Basta sejam citados, dentre os que defendem a intangibilidade das decisões do conselho de sentença, Lenio Streck[4] e James Tubenchlak[5].

Do outro lado e volvendo-se à matéria recursal, ouça-se o escólio de **Paulo Rangel**[6], além de outros defensores, subtranscritos, a propósito da possibilidade de utilização da via recursal contra o decisório do Tribunal Popular, desde quando se apresente em desarmonia manifesta com a prova do processo:

"A lei é clara em dizer: decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Em outras palavras: não pode haver suporte probatório para a decisão dos jurados. Se houver, a decisão dos jurados não será manifestamente contrária, pois os jurados são soberanos em sua decisões. (...) Portanto, deve haver uma contradição entre a verdade real comprovada nos autos e a decisão exteriorizada pelos jurados (...)."

A propósito, dilucida a antiga doutrina de Ary Azevedo Franco[7]:

> "Manifestamente (...) Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica (…). Assim, sempre que o fato se apresenta suscetível de ser divisado à luz de critérios divergentes, capazes de lhe emprestarem diversa fisionomia moral ou jurídica, qualquer que seja a orientação vencedora, refletida na decisão do Tribunal, não poderá ser havida como manifestamente contrária à prova".

Afinando-se pela mesmíssima clave, eis a voz de Eduardo Espínola Filho[8]:

> "Cumpre, entretanto, não perder de vista a circunstância de, tendo a Constituição de 1946 restituído ao júri o relevo, a soberania, que tanto enfraqueceram no regime da carta de 1937 (...) orienta o intérprete no sentido de exigir, com mais rigor, seja manifesto, absoluto, o desprezo da prova dos autos, pela solução dos juízes leigos, para poder o tribunal togado invalidá-la...".

Nessa mesma alheta, veja-se, por todos, José Frederico Marques[9]:

> "Necessário, no caso, que o Tribunal *ad quem*, acolhendo o recurso, lhe dê provimento, é que o veredicto esteja em radical antagonismo com aquilo que de modo indiscutível promane, em relação a *quaestio facti*, da prova dos autos".

4. Streck, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais.** - Porto Alegre: Livraria do advogado, 1993, p. 136-139.

5. Tubenchlak, James. **Tribunal do júri: contradições e soluções.** - Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.147-151.

6. Rangel, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 14 ed., 2008, p. 778.

7. Franco, Ary Azevedo. In **O Júri e a Constituição Federal de 1946.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1956, p. 260-262.

8. Espínola Filho, Eduardo Espínola. **Código de Processo Penal Anotado**. 5. ed. atual.- Rio de Janeiro: Editora Rio, v. VI, p. 150.

9. Marques, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, v. IV, 1997, p.233.

Dentre os autores atuais, eis a lição diáfana de Nucci[10]:

> "Em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

Coerindo com tais escólios, eis paradigmático decisório do STF, sobre o cabimento da apelação, com espeque, em tal causa de pedir:

> "É constante a afirmação de que a decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela inteiramente destituída de qualquer apoio no processo, completamente divorciada dos elementos probatórios, que não encontra enfim amparo em nenhuma versão resultante da prova (STF, RT 667/361, RTJ 100/615, 117/1.273, 118/273; TJSP: RT 642/287, 669/299, RJTJSP 71/343, 99/445, 100/464, 102/465)

Aliás, dispensam-se cogitações laboriosas em derredor da matéria decidenda, pois que apaziguada, nos pretórios, sem qualquer controversão jurisprudencial.

Por sinal, constitui verdadeiro truísmo jurídico a assertiva, segundo a qual, em homenagem à soberania do júri, os seus veredictos deverão ser sempre prestigiados pelo Tribunal *ad quem*, salvo se, manifestamente, antagônicos à prova dos autos.

Na hipótese sob comento, a decisão do colegiado leigo não se entremostra em desalinho ou em descompasso frontal com a prova coligida. Após breve disquisição, sobre o advérbio de modo - manifestamente - inserto no texto normativo, conclui-se que os cidadãos jurados, em sua soberania, ao votarem de consciência e em consonância com os ditames da justiça e com o compromisso solene, residente no atual art. 472, do CPP, na redação da Lei 11.689, de 9/6/2008, podem até julgar contra a prova do processo, o que não podem é fazê-lo, manifestamente, contrário a esta.

Na hipótese, sob destrame, perlustrando-se os autos, é inteligível que a tese, encampada pelos jurados, encontra abrigo de legalidade, não se podendo afirmar que o *decisum* divorciou-se, às completas, do manancial probatório.

A testemunha **Jorge Eduardo Araújo Júnior**, ex-detento do Complexo Policial de Camacã, que estava presente no momento do crime, afirmou, à **fl. 276:**

> "(...) Que estava preso quando ocorreu a morte do Alemão; Que estava na cela cinco; Que o alemão estava na cela 01; (…): Que o preso Israel era quem comandava a cadeia; Que Israel tem o apelido de baleado porque ele tem a perna toda baleada; Que Israel estava na cela 04; Que Israel tinha planejado junto com os outros presos matar o alemão; Que no dia dos fatos, o acusado tirou o alemão da cela e cerca de três a quatro minutos depois o devolveu na cela; Que eram por volta das oito horas da noite; Que cerca de meia hora depois o acusado Neto abriu as celas para que os presos assistissem a um programa na cela 05; (…); Que somente a cela 05 tinha televisão funcionando; (…); Que depois que as celas foram abertas, Israel e Fábio Júnior chamaram alemão para fora da cela; Que quando ele saiu começaram a bater no alemão, dizendo que ia dar um remedinho para ele; Que também bateram no alemão, Vando, Marinaldo; que chegou a vestir uma calcinha no Alemão José Roque e Ene; (…); Que os presos usaram cabos de vassoura quebrados e garrafas pet de refrigerante cheias de água para bater no alemão; (…) Que em toda cadeia há regra de que estuprador tem que morrer".

Enfatize-se que a predita testemunha confirmou, *in totum*, no plenário do júri, as declarações prestadas, em juízo, a saber, na fase do *jus accusationis*.

Em plenário, a testemunha Rosilval Andrade dos Santos, também ex-detento do Complexo Policial de Camacã, asseverou que as lesões sofridas pela vítima teriam sido decorrentes de espancamentos praticados pelos próprios presos.

Ponha-se, em relevo, outrossim, que o apelado negou, veemente e peremptoriamente, a imputação, seja na fase inquisitorial, seja em juízo, seja, enfim, em plenário, mantendo a sua única versão de que não teria participado do evento sob testilha.

A partir daí, o corpo de jurados optou por absolver o recorrido, entendendo que ele não teria sido a pessoa que vitimara, fatal e lamentavelmente, Alfred Lenz.

Demais disso, há de haurir-se conclusão desenganada de que as declarações do corréu, Francisco Jackson Araújo Pinto, por certo, devem ter conduzido os cidadãos leigos a reputá-las como eivadas da pecha de parcialidade.

Quando tal ocorre, torna-se defeso a esta instância recursal promover um verdadeiro mergulho de escafandrista no pélago profundo da consciência dos jurados, sob pena de se vergastar, desapiedadamente, o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Não se pode olvidar, sobremais, que os jurados não precisam motivar os seus decisórios.

Eis, no ponto, o que asseriu Flávio Boechat Albernaz:

> "Aos jurados se impõe, apenas, a enunciação da decisão (i.e., sim ou não ao quesito formulado), certamente inconfundível com a sua motivação.[11]

Exatamente, porque o texto legal (art 593, III, d, do CPP) não faz alusão às "várias interpretações a que a prova encontra-se sujeita pelos membros do Conselho de Jurados; nem tampouco ao fato de privilegiarem uma dentre duas versões; mas ao fato dessa decisão não encontrar o menor lastro no processo"[12].

Acresça-se, além disso, que os jurados têm legitimidade democrática, porque, quando proferem seus veredictos, não são vontades que se impõem, mas a vontade geral.

Eis, a respeito, a voz de Bandeira Stampa, imortal e profundo conhecedor do júri, como juiz:

10. Nucci, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 396.

11. Albernaz, Flávio Boechat. **Qual Justiça Penal?** in Fauzi Hassan Choukr (Coordenador). Estudos do processo penal: o mundo à revelia. - Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000, p. 28.

12. Kátia Duarte de Castro. **O júri como instrumento do controle social.** - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 65)

> "O tribunal popular é corpo e alma do princípio basilar das democracias, de que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido. Este princípio que a Constituição brasileira consagra no seu primeiro artigo, como advertência maior no portal de todo o nosso direito codificado, é no Júri que se realiza melhor, porque no Júri todo o poder emana do povo e pelo povo é exercido, sem intermediários, soberanamente"[13].

É certo, lado outro, que o ato de julgar, como qualquer ato valorativo, possui um conteúdo emocional, do qual não podem ser expungidos os sentimentos e valorações que o circundam.

Sobre a matéria decidenda, ouça-se, por igual, Lenio, oráculo de consulta obrigatória:

> "Primeiro, pela razão de não ser o júri, simplesmente, um órgão do Poder Judiciário, tanto assim que não se submete ao princípio da motivação das decisões (...) o que comanda seus votos é a íntima convicção, não havendo razão para se discutir ou examinar e muito menos cassar o veredicto baseado no sentimento personalíssimo, porque íntimo e secreto, gravado e exigido com todas as letras na Constituição Federal[14]."

Por sinal, diria Aramis Nassif que "Não é demais lembrar que o Júri, ainda que se respeite entendimento em sentido contrário, não é órgão do Poder Judiciário e, assim, não está obrigado, como os juízes de direito, à regra do art. 93, IX, da Carta."[15]

Sem se esquecer outrossim de Evandro Lins e Silva, ex Ministro do Supremo e, iniludivelmente, o maior da tribuna do júri popular, ao estabelecer um paralelo, entre a justiça dos jurados e a dos juízes togados:

> "O júri é uma justiça diferente da justiça togada, ele julga de consciência, não está adstrito a tarifas legais, a certos formalismos, não tem compromissos doutrinários"[16].

Paralelismo, estabelecido também por Romeiro Neto, que, por igual, tanto dignificou a tribuna do júri popular:

> "Disse bem o grande Castilho Antonio, fazendo o paralelo entre os dois maiores oradores da tribuna sacra, ouvidos no Brasil – Bernardes e Vieira, – que Bernardes, falando aos homens, estava absorto no Criador, e Vieira, falando a Deus, estava empolgado pela criatura. O Júri é Vieira, o Juiz togado é Bernardes. O juiz togado, julgando o homem, está impressionado pelo texto da lei, que irá aplicar seja como for. O jurado não se esquece da criatura humana, cujo destino ele sabe que deve

13. Stampa, Carlos Luiz Bandeira. *In* **Prefácio da 2ª edição a Os grandes processos do júri,** de Carlos de Araújo Lima. - 5. ed. Rev. - Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, v. 1, p. 8.

14. autor e ob. cit., p. 138.

15. Nassif, Aramis. **O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as leis 11.690/08 e 11.719/08** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 134

16. Silva, Evandro Lins e. **A Defesa Tem A Palavra. (O caso Doca Street e algumas lembranças).** - Rio de Janeiro: Aide Editora e Comércio de livros Ltda., 1980, p. 210.

> regular e ele regula. Assim, as duas maneiras de julgar, – do jurado e do juiz togado, – explicam bem a necessidade do Júri"[17].

Vai, daí, que, dos anos mais distantes do passado, ecoam, ainda, em nossas acústicas, as palavras candentes dele, Ruy, o maior de todos os advogados:

> "A soberania de consciência é exercida por ela ante si mesma, sem que nenhum poder, na terra, lhe possa tomar contas"[18].

Incontraditavelmente, os jurados julgam libertos de tecnicismo jurídico – de consciência, muito mais que de ciência –, enfim, "sem as algemas que manietam a liberdade de julgamento do juiz profissional", de novo, as palavras são de Evandro[19].

De outro ângulo de análise, vale adminicular-se que a doutrina de melhor cepa e a jurisprudência, *a una voce*, vêm proclamando que as declarações de corréus devem ser acolhidas com prudente reserva. E mais: que tais acusações são de nenhum préstimo jurídico-probatório, quando vêm em dissonância ou em descompasso com outras provas capazes de confirmá-las.

Enfatize-se que a palavra do corréu permaneceu, no processo, isolada ... insulada, sem encontrar ressonância em qualquer adminículo de prova, fosse na fase extrajudicial, fosse na fase judicial, fosse, em suma, na fase plenária do julgamento.

Eis, a propósito, as declarações do corréu, Francisco Jackson Araújo Pinto, em plenário:

> "(...) Que não praticou as agressões...Não assisti...Estava próximo à Delegacia. Fui chamado por Pellegrini para auxiliá-lo...Pelegrini levou o Alemão para uma sala para ter uma conversa...nessa sala só ficou o Pellegrini e o alemão(...)".

Na trilha de excelência desse raciocínio, estribilha um dos clássicos da prova Mittermaier[20]:

> "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".

17. Romeiro Neto. **Fora do júri em outras tribunas.** Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 31.

18. Barbosa, Ruy. **O Direito,** v. 73. Rio, 1897, p.77 *apud* Roberto Lyra: Introdução *in* O Júri sob todos os aspectos – Textos de Ruy Barbosa sobre a teoria e a prática de Instituição. Rio de Janeiro: (sem o nome da editora), 1950, p. 22.

19. ob. cit. p. 211

20. C. J. A. Mittermaier. **Tratado da prova em matéria criminal.** Tradução: Herbert Wüntzel Heirinch. 2. Tiragem – Campinas: Bookseller Editora Ltda., 1997, p. 260.

O não menos clássico Enrico Altavilla[21] asseriu:

> "Valor da chamada de corréu (...) 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. Isso equivale a dizer que a indicação do corréu é maior número de vezes falsa que verdadeira".

Genuzio Bentini, citado por Romeiro Neto[22], timbra em afirmar que:

> "*Chiamata di correo 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 Conde[23], para quem:

> "*En realidad, la mayoria de los autores consideran que las 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."*
> Em tradução livre: "Na realidade, a maioria dos autores consideram que as declarações dos co-imputados ou coautores não são prova, ou que, em todo caso, não podem ser consideradas no mesmo nível que a prova testemunhal".

Nessa senda intelectiva, eis os melhores escólios, catados no figurino dos acórdãos:

> "Prova-isolada imputação de corréu - insuficiência à condenação - Simples imputação de corréu, quando não corroborada por outros elementos probantes, não constitui meio seguro de prova"[24].

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

21. ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária.** Trad: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva&Cia. Editores, v.2, 1946, p.163.

22. ROMEIRO NETO. **Defesas Penais.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p. 48.

23. MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el processo penal.** 2ª. Ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 71.

24. Ac. un. da 4ª Câm. do TaCRim. de S. Paulo, rel. GONÇALVES SOBRINHO *in* **Jurisprudência Penal e Processual Penal – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.** São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito, 1981, de José Luiz Vicente Azevedo Franceschini, v. 8, p. 410.

Eis, nessa diretiva, arquétipos julgados:

> "A palavra acusatória do corréu que procura exonerar-se da responsabilidade, por si só, não é suficiente para lastrear sentença condenatória" (TACrim. SP., Rel. Azevedo Franceschini, RT, 371, p. 161)

> "Se as declarações dos réus não bastam, sequer, para se auto-acusarem, muito menos servirão, por si só, para enredar a outrem, imputando-lhe a prática da infração que repelem". (TACrim. SP, Rel. Goulart Sobrinho apud Adalberto José Q.V. de Camargo Aranha. Da Prova no Processo Penal. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 77).

Resumindo-se, de um só lance, dir-se-á, sem equivocidade alguma, que as declarações do corréu, Francisco Jackson Araújo Pinto, não devem haver sido sopesadas, isoladamente, pelos cidadãos jurados, como prova incontraditável da autoria do delito imputado ao apelado.

Em senso contrário, os juízes leigos fizeram um balanceamento entre as palavras do corréu e os demais elementos do universo probando.

Pelo quanto predelineado, deflui-se haver substrato probatório, ainda que de contingente menor, a servir de escoras à decisão do júri (4x2), a qual não se entremostra em desalinho ou em descompasso frontal com a prova coligida.

Verdadeiro óbvio ululante, pois, poder-se falar, aqui e agora, em opção dos senhores jurados por uma das teses, dentre as desenvolvidas pelas partes, com fincas nas provas, ainda que mínimas, carreadas a este caderno processual de dores.

Neste caso, doloroso e trágico, pois, ao final, um ser humano restou sem vida, apesar disso, vem à lembrança um conto de Robert O'Neil Bristow, em reconto de Ives Gandra[25]. Trata-se da história de um jurado, indeciso, pressionado pelos membros do corpo do júri durante 30 horas, a fim de que mudasse seu voto, condenando à morte certa pessoa submetida a julgamento. É que, no estado em que o episódio é narrado, a pena de morte só poderia ser aplicada por decisão unânime dos julgadores. Já exausto, o Juiz-presidente faz uma pergunta ao obcecado jurado: "Você acredita que ele seja o assassino?", tendo recebido a seguinte resposta: "Posso até sentir que seja, mas não posso condená-lo pelo que sinto, mas pelo que consta do processo". Após a resposta, o Juiz encerrou a discussão e passou à votação, tendo todos os membros do júri votado pela pena máxima, menos o renitente julgador. O juiz togado, ao dar, ao final, seu voto, também, não o fez pela pena de morte, no que terminou sendo seguido por um outro membro do júri, que pediu para alterar sua decisão anterior.

O conto, que é uma obra-prima, realça a importância do "devido processo legal" e de que a justiça se faz a partir dos autos, do que consta do processo, que representa o debate judicial.

A evocação de tal conto pode até parecer de vã serventia para o caso penal sob deslinde. Todavia, se é verdade que a vida imita a arte, lá, como aqui, nestes autos, os cidadãos jurados, da comarca de origem, julgaram sob os ditames da consciência de cada

25. Ives Gandra da Silva *in* Informativo A.D.V. , n. 17, 1996, p.186.

um. Incurial, portanto, qualquer vasculho, por parte desta instância, na decisão dos juízes de fato, por não haver ela sido emanado de prova, manifestamente, dissonante.

Por fim, afigura-se inalbergável o pleito de submissão do apelado a novo julgamento popular. Até porque, reenfatize-se, o que a lei obsta é a decisão ao arrepio de prova incontraditável, o que, desenganadamente, não ocorreu na hipótese fulcral.

Pelo quanto alhures exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao apelo.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0000240-35.2009.8.05.0203, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Eserval Rocha, julgado em 12.03.2013.

APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006 – CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A EMBASAR A CONDENAÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – INEXISTÊNCIA – PENA-BASE FIXADA DE MANEIRA EXACERBADA – REDIMENSIONAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI Nº 11.343/2006 – SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O Apelante foi condenado pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

II – Autoria e materialidade comprovadas. A primeira pelos depoimentos das testemunhas e a segunda pelos Laudos Periciais, de maneira que resta evidenciado que o conjunto probatório dá certeza suficiente para autorizar a condenação.

III – O Apelante sustentou ter ocorrido violação ao princípio da correlação, na sentença, porque houve condenação pelo delito de tráfico de drogas, alegando que tal fato não teria sido comprovado. No entanto, a decisão que condenou o réu não trouxe fato estranho à inicial acusatória, na medida em que a denúncia narrou atitude suspeita por parte do réu, tendo a abordagem policial constatado que pessoas adquiriram droga deste. Os depoimentos demonstraram que o réu também guardava ou tinha em depósito certa quantidade de droga, condutas descritas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e imputadas ao réu na denúncia. Ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de "vender" ou "expor à venda", nenhuma dúvida resta de que houve a prática das ações típicas descritas no dispositivo legal mencionado. Sendo assim, há exata correlação entre tudo o que foi relatado na denúncia e a formação do convencimento do magistrado.

IV – Quanto às demais alegações, não houve violação à Súmula Vinculante nº 11, pois não se comprovou nenhuma irregularidade ou abuso de poder no uso das algemas. Também não se sustenta a afirmação de que a apreensão da droga teria ocorrido de forma ilícita, uma vez que o réu afirmou ter levado os policiais até a sua residência.

V – No que tange à dosimetria da reprimenda, analisando detidamente todos os elementos contidos no caderno processual e os argumentos expostos na sentença recorrida, conclui-se que o magistrado exacerbou na fixação da pena-base. Do trecho anteriormente transcrito, extrai-se que a ponderação acerca das circunstâncias do art. 59 do Código Penal ocorreu de maneira equivocada, pois o magistrado afastou a pena-base do mínimo legal, deixando de indicar fatos concretos que embasassem a análise negativa das circunstâncias judiciais.

VI – A defesa buscou o reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no art. 46 da Lei 11.343/06. Contudo, tal pleito não merece ser acolhido, porque nenhuma prova foi produzida no sentido de que o réu não era, à época dos fatos, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000240-35.2009.805.0203-0, da Comarca de Prado, sendo Apelante ANTONIO GERALDO RODRIGUES SANTANA e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

I – O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou ANTONIO GERALDO RODRIGUES SANTANA narrando os seguintes fatos:

> […] Aos 28 de junho de 2009, por volta das 15:00 h, Na Rua Isaura, localizada no bairro Novo Prado, Prado/BA, o denunciado foi flagrado por policiais militares da Caema PMBA, vendendo às pessoas de Cledson Viturino de Andrade, Christiano Ramos da Silva e Diego Batista Correia diversas pedras de cloridrato de cocaína associado a bicarbonato de sódio, droga popularmente conhecida como crack.
> Os milicianos encontravam-se em ronda policial quando avistaram atitudes suspeita por parte dos compradores e do réu. Após abordarem a todos, constataram que aqueles compradores tinham adquirido cerca de cinco pedras de crack da pessoa do increpado naquela mesma ocasião […].

Encerrada a instrução criminal, o réu foi condenado ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 97/100).

Irresignado, o réu interpôs recurso de Apelação, alegando, em suas razões (fls. 103/112), que não foi observado o princípio da congruência, ressaltando que nenhum policial declarou ter encontrado droga em poder do acusado.

Afirmou que não há provas da comercialização da droga, afirmando que houve violação à Súmula vinculante nº 11 do STF, pugnando pela absolvição ou, alternativamente, redução da pena e aplicação do art. 46 da lei nº 11.343/2006.

Em contrarrazões às fls. 113/117, o Apelado refutou todas as alegações do acusado, pugnando pelo não provimento do recurso.

Manifestou-se a Douta Procuradoria de Justiça pelo pelo improvimento do recurso (fls. 123/130).

Examinados, lancei este relatório e o submeti à douta Revisão.

É o relatório.

VOTO

III – Passando ao exame do mérito, o Apelante sustentou ter ocorrido violação ao princípio da correlação, na sentença de fls. 97/100, porque houve condenação pelo delito de tráfico de drogas, alegando que tal fato não teria sido comprovado.

Como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se exige, portanto, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito.

Embora o recorrente não tenha sido apanhado comercializando as drogas, é certo que vigora no nosso Direito o sistema da "*livre convicção*", da "*verdade real*" ou do "*livre convencimento*", segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não estando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos, sendo livre na sua escolha, aceitação e valoração.

Discorrendo sobre o sistema de valoração da prova adotado pelo nosso Código de Processo Penal (persuasão racional) preleciona Vicente Greco Filho:

> Esse sistema, em primeiro lugar, dá à lei liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm valor predeterminado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do Juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e a apreciação dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in acits nom est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real) (Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 190).

No mesmo sentido, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> Adotou a lei o princípio do *livre convencimento* (ou *livre convicção*, ou *da verdade real*), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração. 'Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência' (Exposição de Motivos, item VII). (Código Processo Penal Interpretado, 7ª ed., São Paulo : Atlas, 2000, p. 414)

Na hipótese, não se trata de violação ao princípio da correlação. A propósito, ensina Paulo Rangel:

> É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana. O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos os pedaços do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento da denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas, substancialmente, novas a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial. Do contrário, a sentença será manifestamente nula. (O garantismo penal e o aditamento à denúncia. Jus Navigandi: Teresina, dez. 2000).

A decisão que condenou o réu não trouxe fato estranho à inicial acusatória, na medida em que a denúncia narrou atitude suspeita por parte do réu, tendo a abordagem policial constatado que pessoas adquiriram droga deste.

Os depoimentos demonstraram que o réu também guardava ou tinha em depósito certa quantidade de droga, condutas descritas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, imputado ao réu na denúncia.

Ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de "vender" ou "expor à venda", nenhuma dúvida resta de que houve a prática das ações típicas descritas no dispositivo legal mencionado.

Sendo assim, há exata correlação entre tudo o que foi relatado na denúncia e a formação do convencimento do magistrado.

Constata-se que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada, conforme se depreende do auto de constatação provisório de fls. 22 e laudos periciais de fls. 41/43 e fls. 69/74.

A autoria também restou sobejamente comprovada pelos seguintes depoimentos (fls. 58, 60, 61 e fls. 65/67):

> [...] Que reconhece o acusado aqui presente como sendo o indivíduo que foi preso com as substâncias entorpecentes mencionadas nos autos; Que confirma a apreen-

são dos produtos de fls. 21; que as demais pessoas apreendidas na ocasião confirmaram para o depoente que haviam comprado droga momentos antes na mão de Gerrá; Que o informante conduziu os policiais até o local onde funcionava a boca de fumo do acusado, oportunidade em que ao chegarem ao local surpreenderam a negociação narrada nos autos [...].

[...] que reconhece o acusado aqui presente como sendo o indivíduo que foi apontado pelos usuários detidos na ocasião como sendo o que vendeu drogas aos mesmos; [...].

[...] que se encontrava na companhia de Cristiano, Cledson e Gerrá quando a CAEMA chegou abordando todos [...]; viu que Cledson e Cristiano chegaram para comprar drogas na mão de Gerrá, tendo visto o momento [...].

[...] Que os policiais da CAEMA encontraram drogas na residência em que o acusado estava hospedado; [...]; que as drogas encontradas na residência pertenciam ao depoente; [...]; que foi o próprio interrogado quem levou os policiais até a casa que havia alugado; [...]; que reconhece o recipiente ora apresentado como contendo três pedras da substância entorpecente encontrada na residência onde o interrogado estava hospedado [...].

Portanto, diante da comprovação indubitável da droga apreendida e dos testemunhos alinhados nos autos, é forçoso concluir pela autoria do recorrente.

Quanto às demais alegações, não há falar em violação à Súmula Vinculante nº 11, pois não se comprovou nenhuma irregularidade ou abuso de autoridade no uso das algemas. Também não se sustenta a afirmação de que a apreensão da droga teria ocorrido de forma ilícita, uma vez que o réu afirmou ter levado os policiais até a sua residência.

Por outro lado, entendo que assiste razão à defesa quando busca a redução da pena aplicada ao réu e também da aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

No que tange à dosimetria da reprimenda, analisando detidamente todos os elementos contidos no caderno processual e os argumentos expostos na sentença recorrida, conclui-se que o magistrado exacerbou-se na fixação da pena-base.

In casu, tem-se que a sentença recorrida, no que tange à dosimetria da pena, assim dispôs (fls.73):

> [...] A culpabilidade e os antecedentes do réu não demonstram se tratar de agente perigoso (fls. 34). A sua conduta social é regular, não apresentando personalidade voltada para a ação delituosa. Os motivos do crime o desfavorecem, já que há grande reprovabilidade social em sua conduta. As circunstâncias do delito não demonstram, de igual forma, grande intensidade da agressão à ordem jurídica.
> Assim, fixo-lhe a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 1.000 (mil) dias-multa. [...]

Do trecho anteriormente transcrito, extrai-se que a ponderação acerca das circunstâncias do art. 59 do Código Penal ocorreu de maneira equivocada, pois o magistrado afastou a pena-base do mínimo legal, deixando de indicar fatos concretos que embasassem a análise negativa das circunstâncias judiciais.

Como cediço, ao magistrado compete, especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais do acusado, declinar motivadamente as suas razões, sob pena de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Em razão do princípio do livre convencimento motivado, deve fundamentar objetivamente a majoração da pena-base, indicando dados concretos e existentes nos autos. Não basta a mera repetição do enunciado legal, sendo necessária a verificação de cada circunstância frente aos elementos colhidos na instrução.

Precedentes desta Primeira Câmara Criminal (APC nº 12124-5/2007; DJ 3/9/2007).

Logo, os argumentos utilizados pelo juiz de piso para majorar a pena-base são, na realidade, pressupostos lógicos para a própria existência do crime imputado ao réu, circunstâncias elementares do tipo penal, não podendo ser utilizadas para tal propósito.

Assim, deve ser reduzida a pena, na primeira fase, ao mínimo legal.

Deve ser aplicada, ainda, a redução maior que aquela aplicada na sentença, relativa ao art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista que a redução no patamar mínimo não restou fundamentada.

Nos autos verifica-se que o Apelante é tecnicamente primário e possui bons antecedentes, não integra organização criminosa e nem se dedica a atividades criminosas, o que autoriza a aplicação da causa de diminuição em 2**/3** (dois terços).

Finalmente, a defesa busca o reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no art. 46 da Lei 11.343/06. Contudo, tal pleito não merece ser acolhido porque nenhuma prova foi produzida no sentido de que o réu não era, à época dos fatos, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

CONCLUSÃO

IV – Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso, reduzindo a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Reduzo a pena na segunda fase, em 1/6, decorrente da incidência do art. 65, I do Código Penal, fixando-a em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa. Faço incidir, ainda, a redução de 2/3, decorrente do art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 1 (um) ano 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias em regime aberto e pagamento de 139 (cento e trinta e nove) dias-multa .

Substituo a pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, na forma a ser determinada pelo Juízo de Execuções Penais, em audiência admonitória designada após o trânsito em julgado deste acórdão.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0000189-83.2000.8.05.0059, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 08.05.2014.

APELAÇÃO CRIME – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

I. Tendo sido a pretensão acusatória (art. 155, § 4º, I, c/c 14, II e art. 71, todos do CP) julgada improcedente pelo juízo de origem às fls. 80-82, o réu-apelado ficou absolvido sumariamente (CP, art. 397, III), porque considerada atípica (atipicidade material) a conduta descrita na denúncia, pela aplicação do princípio da insignificância (excludente de antijuridicidade).

II. O princípio da insignificância afasta a tipicidade material do fato, tendo como vetores para sua incidência – todos eles presentes *in casu*: **(a)** a mínima ofensividade da conduta; **(b)** a ausência de periculosidade social da ação; **(c)** o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e **(d)** a inexpressividade da lesão jurídica. Precedente do STF: "[...] *1. O reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do acusado. 2. Pela concessão da ordem. Princípio da Insignificância: absolvição é diferente de não-punibilidade*" (STF, HC 98.152, Rel.-Min. CELSO DE MELLO).

III. Daí por que o juízo sentenciante, de maneira sobretudo razoável, ponderou que "[...] *o acusado furtou um transformador, oito pacotes de café, quinze pacotes de cigarro, um frasco de alfazema, um desodorante, um litro de álcool, um frasco de amônia, uma lavanda, cinco talcos, um tubo de cola tenaz, uma cartela de isqueiro, cinco caixas de Halls, cinco pacotes de quebra-queixo, duas caixas de bombom garoto* […] *não é capaz de lesar gravemente o patrimônio da vítima. É válido lembrar também que a res furtiva foi encontrada e entregue para a vítima pela autoridade policial, conforme se vê à fl. 10*" (sentença: fl. 82).

IV. APELAÇÃO IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da ApCr nº 0000189-83.2000.8.05.0059, oriundos da comarca de COARACI, em que figura como apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO e apelado, GEFFSON OTONIEL DOS SANTOS.

ACORDAM os desembargadores que integram a Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, acolhendo o relatório e o voto do Relator, bem assim as notas taquigráficas desta sessão judicante, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

RELATÓRIO

A teor do relatório ministerial **(fls. 106-107),** acrescento, em breve síntese, que estou a cuidar de recurso interposto pelo Ministério Público de primeiro grau **(fl. 84),** que denunciou o apelado-réu conforme a narrativa acusatória a seguir: "[...] *no dia 30 de março de 1999, em horário não especificado, o apelado adentrou no estabelecimento comercial de propriedade de Carlos Amaury Ferreira Nunes, localizado na Av. São Pedro, n. 1274, bairro Santo Antônio, município de Coaraci/BA, e de lá subtraiu 08 (oito) pacotes de café, 15 (quinze) pacotes de cigarros, um frasco de alfazema, um desodorante, um litro de álcool, um frasco contendo amônia, uma lavanda, dois talcos, um talco da Vinólia, um tubo de cola Tenaz, uma cartela de isqueiros, cinco caixas de Halls, cinco pacotes de quebra-queixo e duas caixas de bombons Garoto. Por sua vez, acrescenta a denúncia que, após quatro dias, em 03 de abril de 1999, por volta de 02h30min, ele voltou a adentrar no mesmo estabelecimento comercial, não logrando, pois, desta vez, consumar a subtração de mercadorias por circunstâncias alheias à sua vontade, haja vista que um vizinho o avistou enquanto destelhava o estabelecimento da vítima e resolveu acionar a polícia e a vítima, que se depararam, assim que chegaram ao local, com uma mochila cheia de mercadorias e perceberam o vulto de alguém que corria para os fundos do imóvel, sem ser identificado e alcançado*" **(parecer ministerial: fls. 106-107).**

Tendo sido a pretensão acusatória (art. 155, § 4º, I, c/c 14, II e art. 71, todos do CP) julgada improcedente pelo juízo de origem às **fls. 80-82,** o réu-apelado ficou absolvido sumariamente (CP, art. 397, III), porque considerada atípica (atipicidade material) a conduta descrita na denúncia, pela aplicação do princípio da insignificância (excludente de antijuridicidade).

As razões ministeriais **(fls. 89-94)** advogam a tese de não incidência do princípio da insignificância, com a anulação da sentença e continuidade da instrução.

Em suas contrarrazões **(fls. 100-101),** o apelado requer o improvimento da pretensão recursal em foco.

Distribuídos os autos à superior instância e após ter sido sorteado para relatar o feito, ordenei que deles tivesse vista a egrégia Procuradoria de Justiça, que, ato contínuo, manifestou-se em seu parecer de **fls. 106-115,** no qual opina pelo provimento do apelo ministerial.

Coube-me, por fim, submeter o recurso em apreço ao sempre prudente e lúcido juízo do(a) Revisor(a), que pediu dia para o seu julgamento.

É o relatório.

VOTO

Juízo positivo de admissibilidade recursal e no mérito, salvo melhor juízo, com razão a sentença recorrida.

De fato, o princípio da insignificância afasta a tipicidade material do fato, tendo como vetores para sua incidência - todos eles presentes *in casu*: **(a)** a mínima ofensividade da conduta; **(b)** a ausência de periculosidade social da ação; **(c)** o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e **(d)** a inexpressividade da lesão jurídica.

Precedente do STF: "[...] *1. O reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do acusado. 2. Pela concessão da ordem. Princípio da Insignificância: absolvição é diferente de não-punibilidade*" **(STF, HC 98.152, Rel.-Min. CELSO DE MELLO).**

Daí por que o juízo sentenciante, de maneira sobretudo razoável, ponderou que "[...] *o acusado furtou um transformador, oito pacotes de café, quinze pacotes de cigarro, um frasco de alfazema, um desodorante, um litro de álcool, um frasco de amônia, uma lavanda, cinco talcos, um tubo de cola tenaz, uma cartela de isqueiro, cinco caixas de Halls, cinco pacotes de quebra-queixo, duas caixas de bombom garoto* […] *não é capaz de lesar gravemente o patrimônio da vítima. É válido lembrar também que a* res furtiva *foi encontrada e entregue para a vítima pela autoridade policial, conforme se vê à fl. 10*" **(sentença: fl. 82).**

Logo, parece-nos evidente que "[...] *a conduta praticada pelo acusado, apesar de formalmente típica, não constitui, de per si, uma infração penal, pois para tanto necessita que se faça, além do juízo de tipicidade formal, ou seja, a adequação do fato ao tipo descrito em lei, também o juízo de tipicidade material, isto é, a verificação da ocorrência do pressuposto básico da incidência da lei penal, ou seja, a lesão significativa a bens jurídicos relevantes da sociedade, o que* in casu *não se evidencia, pois se trata de ínfima lesão*" **(sentença: fl. 82).**

Precedente do STJ:

"[…] *Hipótese de furto de duas blusas, avaliadas infimamente, integralmente restituídas à vitima, num estabelecimento comercial que não logrou prejuízo algum, seja com a conduta da acusada, seja com a consequência dela, mostrando-se desproporcional a deflagração da ação penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante.* […] *Embora a conduta da paciente - furto simples tentado - se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida ao bem jurídico tutelado pelo Estado*" **(STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/11/2009).**

Por tais razões, senhor(a) presidente, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ministerial ora conhecido

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0339018-83.2013.8.05.0001, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 13.03.2014.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. SENTENCIADO CONDENADO A 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO E AO PAGAMENTO DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA PELA PRÁTICA DO DELITO CAPITULADO NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CP – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA.
RAZÕES DA APELAÇÃO DO RÉU:
I – ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS À SUA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
O contexto fático-probatório carreado aos autos é inequívoco no sentido de se ratificar a condenação do apelante proferida pelo Juízo de piso.
Revelam os autos epigrafados, na portaria, à fl. 05, certidão, às fls. 06/07, auto de reconhecimento, às fls. 11/12 e 20, 22/23, termos de declarações das testemunhas e interrogatório do apelante em sede inquisitorial, às fls. 08/09, 17/19 e 24/25, que a materialidade do delito em comento restou devidamente comprovada.
Concernente à autoria do delito em apreço, esta se mostra evidenciada, sem qualquer sombra de dúvidas.

Nesse sentido, os depoimentos das testemunhas de acusação são todos harmônicos com os outros elementos de prova contidos nos autos, e preservam a mesma coerência lógica, tanto em sede inquisitorial quanto em Juízo, o que atesta a autoria do delito em apreço.
Noutro vértice, não merece prosperar a alegação da defesa de que o reconhecimento do réu, realizado na Delegacia de Polícia, desrespeitou o procedimento estatuído no art. 226 do CPP, trazendo, consequentemente, prejuízo ao apelante.
Primeiro, o fato de ter havido a inversão das etapas de reconhecimento previstas no art. 226, inciso I do CPP, como aduz a defesa, não acarreta vício algum ao feito em análise. Pelo contrário. Na verdade, o que importa é o resultado, isto é, a eficácia do ato supostamente inquinado, que, a despeito da sua suspicácia aventada nas razões recursais, cumpriu sua finalidade em ajudar a comprovar a autoria delitiva pelo apelante.
Segundo, no que se refere à alegação defensiva de que o reconhecimento do agente por fotografia é falho, vê-se que tal argumento não merece prosperar.
Assim, justifica-se o referido reconhecimento, a uma, pela inexistência de dispositivo legal que o impeça; a duas, pelo seu cotejo com outras provas carreadas aos autos que possam embasar, tudo em conjunto, um convencimento idôneo e sólido do Juízo sentenciante no sentido da condenação do réu. E é isto o que se vê no caso em epígrafe com o apelante. Precedentes jurisprudenciais. Condenação mantida. Pleito rejeitado.
II – REDUÇÃO DA PENA-BASE FIXADA PARA O SEU MÍNIMO LEGAL. IMPOSIBILIDADE.
Consta que o apelante foi condenado à pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão em regime semiaberto e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do CP – roubo majorado pelo emprego de arma.
Por sua vez, constata-se que a pena-base fixada em desfavor do réu foi fixada em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses, isto é, apenas 06 (seis) meses acima do mínimo legal previsto abstratamente no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, já mencionado acima.
Nessa esteira, observa-se que foi destacado especialmente pelo Juízo a quo o aumento da pena-base acima do mínimo em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime - que aborda a maneira de sua execução, e não apenas a lesão patrimonial sofrida pela vítima, como alega a defesa, conforme destacado claramente na decisão vergastada, à fl. 221.
Por fim, e sem maiores discussões, constata-se que a reprimenda em questão está devidamente fixada de acordo com os ditames do art. 59 do CP, não havendo motivos para a redução pleiteada. Pena mantida. Pleito rejeitado.

III – AFASTAMENTO DA MAJORANTE RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA SOB O ARGUMENTO DE QUE O EXAME PERICIAL ATESTOU NA MESMA A AUSÊNCIA DE MUNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Em crimes tocados de clandestinidade, como é o roubo, são totalmente irrelevantes a apreensão e o consequente exame pericial de arma de fogo para se constatar a sua eficácia, já que a segura e farta prova testemunhal coligida aos autos lastreia a incidência da majorante. Precedentes jurisprudenciais. Precedentes jurisprudenciais. Pleito rejeitado. Majorante mantida.

PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO E SEU IMPROVIMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O OPINATIVO MINISTERIAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0339018-83.2013.8.05.0001, da 7ª Vara Criminal da Comarca de Salvador - BA, em que figuram, como apelante, GILDÁSIO PINTO DE OLIVEIRA 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, EM CONHECER DA APELAÇÃO E NEGAR-LHE PROVIMENTO; e o fazem pelas razões a seguir:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **GILDÁSIO PINTO DE OLIVEIRA** (fls.225/231), nos autos de nº 0339018-83.2013.8.05.0001, contra sentença prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Salvador – BA (fls. 205/223).

A referida decisão condenou o réu supracitado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada um à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito capitulado no art. 157, § 2º, inciso I do Código Penal - roubo majorado pelo emprego de arma.

Narra a exordial acusatória, às fls. 02/03, que:

> *"[...] I – Consta nos autos do Inquérito Policial que, no dia 03/04/2013, por volta das 12:09h, o denunciado, juntamente com mais 02 (dois) indivíduos que se posicionaram fora do estabelecimento, em duas motocicletas, não identificados, foram até o Supermercado Atacadão Centro Sul, localizado na Rua Nilo Peçanha, nº 610, Salvador-Ba, somente o denunciado adentrou a abordou a funcionária do Caixa Geral Ana Cristina Jesus e Castro, portando um revólver e exigindo-lhe a entrega de todo o dinheiro que lá estava, que totalizou R$ 6.030,00 (seis mil e trinta reais).*

> *II – Outros funcionários chegaram a perceber a movimentação estranha e visualizaram a saída do denunciado do supermercado […], momento em que empreendeu fuga com o auxílio dos comparsas que o aguardavam no estacionamento do supermercado em duas motos. […]. Ex positis, após recebida e autuada a presente DENÚNCIA, […], condenado como incursos nas penas do art.157, §2º, incisos I e II do CP […]."*

Requer a defesa, em suas razões recursais (fls. 225/231): 1), seja absolvido o apelante por insuficiência de provas e na inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP; 2) Subsidiariamente, requer a redução da pena-base para o mínimo legal e a exclusão da majorante do emprego de arma de fogo, prevista no inciso I do parágrafo 2º do art. 157 do CP.

Em contrarrazões recursais (fls. 240/242), o Ministério Público rechaça todas as teses defensivas, pugnando, em síntese, pelo conhecimento da apelação e seu total improvimento.

Subindo os autos a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça, às fls.248/255, pelo conhecimento da apelação e seu improvimento, reiterando as contrarrazões do *Parquet* de 1ª instância.

É o sucinto relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conhece-se da presente apelação.

A priori, da análise dos autos em epígrafe, permite-se asseverar que o presente recurso de apelação não merece ser acolhido, na esteira da manifestação da Douta Procuradoria de Justiça.

1. DA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS À SUA CONDENAÇÃO

A defesa requer a absolvição do apelante **GILDÁSIO PINTO DE OLIVEIRA** por ausência de provas suficientes para a condenação, ainda mais quando esta se lastreia também no reconhecimento do acusado sem a observância das formalidades legais previstas no art.226 do CPP.

O pleito em questão não merece prosperar.

Revelam os autos epigrafados, na portaria, às fls. 05, certidão, às fls. 06/07, auto de reconhecimento, às fls. 11/12 e 20, 22/23, termos de declarações das testemunhas e interrogatório do apelante em sede inquisitorial, às fls. 08/09, 17/19 e 24/25, que a materialidade do delito em comento restou devidamente comprovada.

Concernente à autoria do delito em apreço, esta se mostra evidenciada, sem qualquer sombra de dúvidas.

Ab initio, urge salientar que as vítimas PAULO RICARDO SILVA GOMES, MÁRCIA CAROLINA CALDAS MARTINS e JOSÉLIA FERREIRA CERQUEIRA reconheceram imediatamente o acusado na Delegacia de Polícia (fls.11/12 e 21/22).

Nesse diapasão, a coerente prova testemunhal da acusação carreada aos autos revela a responsabilidade do apelante pelos fatos narrados na exordial acusatória, conforme se vê nos excertos a seguir, *in litteris*:

"[...] que a declarante chegou a ver o momento em que o assaltante desceu as escadas do supermercado, saindo correndo, em seguida, em direção a rua Nilo Peçanha, Calçada, […]." (Depoimento de JOÉLIA FERREIRA CERQUEIRA, na Delegacia de Polícia, às fls. 19).

"[...] estava no supermercado quando o crime ocorreu; que viu o réu praticar o crime; que o acusado portava uma arma de fogo no momento da ação; que o réu exigiu a entrega em dinheiro a Ana Cristina, que estava no caixa; que o réu apontou a arma para Ana Cristina; que o acusado subtraiu o dinheiro do caixa, mas não sabe dizer o valor; [...]" (Depoimento de EMILIE SANTOS DE OLIVEIRA, testemunha de acusação, em Juízo, às fls. 127). (grifo nosso).

"[...] a depoente trabalha no caixa do supermercado; que estava atendendo um cliente quando uma pessoa chegou e disse 'passa tudo que tem na gaveta que eu tenho a informação'; que a pessoa portava uma arma de fogo e apontou na direção da depoente; que não conhece a arma de fogo e não sabe dizer o modelo; que a pessoa dizia apenas para a depoente passar o que estava na gaveta apontando a arma para a depoente; que a depoente abriu a gaveta e jogou todo o dinheiro no balcão." (Depoimento de ANA CRISTINA JESUS DE CASTRO, testemunha de acusação, em Juízo, às fls.128). (grifo nosso).

"[...] que estava presente quando os fatos ocorreram; que chegou no supermercado quando o roubo estava acontecendo; […]." (Depoimento de PAULO RICARDO SILVA GOMES, testemunha de acusação, em Juízo, às fls.129).

Noutro vértice, não merece prosperar a alegação da defesa de que o reconhecimento do réu, realizado na Delegacia de Polícia, desrespeitou o procedimento estatuído no art. 226 do CPP, trazendo, consequentemente, prejuízo ao apelante.

Eis o dispositivo em liça, *in verbis*:

> **Art.226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:**
> **I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;**
> **II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;**
> **III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;**
> **IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.**
> **Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.**

Pois bem. Primeiro, o fato de de ter havido a inversão das etapas de reconhecimento previstas no art. 226, inciso I do CPP, como aduz a defesa, não acarreta vício algum ao feito em análise. Pelo contrário. Na verdade, o que importa é o resultado, isto é, a eficácia do ato supostamente inquinado, que, a despeito da sua suspicácia aventada nas razões recursais, cumpriu sua finalidade em ajudar a comprovar a autoria delitiva pelo apelante.

A jurisprudência pátria é assente nesse sentido, *in litteris*:

> **APELAÇAO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS – ART. 155, 4º, IV DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO REALIZADO NO INQUÉRITO POLICIAL POR INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ART.** 226**, DO** CPP**. RECHAÇADA. PLEITO DE ABSOLVIÇAO BASEADO NA FRAGILIDADE DAS PROVAS. ACERVO PROBATÓRIO QUE CONFIRMA A MATERIALIDADE DO DELITO E A AUTORIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.**
> **I – Não existe nenhum vício no reconhecimento realizado na fase inquisitiva, ainda que não obedecidos os requisitos do art.** 226**, do** CPP**, quando ratificado em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.**
> **II – Em se tratando de nulidade relativa a inobservância do art. 226 no reconhecimento de pessoas, pelo princípio *pas de nullité sans grief*, se não arguída oportunamente e com a efetiva demonstração do prejuízo, reputa-se convalidada.**
> **III – Contexto probatório que indica a efetiva prática do delito pelos acusados, principalmente pelo reconhecimento veemente dos mesmos pela testemunha ocular do delito.**
> **IV – Alegação de fragilidade das provas descabida. Recursos conhecidos e improvidos. Decisão unânime.** (Processo: ACR 2009316597 SE Relator(a): DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA Julgamento: 16/11/2010 Órgão Julgador: CÂMARA CRIMINAL Parte(s): Apelante: MATHEUS MENESES NUNES Apelante: EVANDRO CARLOS DE GOIS SANTOS Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO).

Segundo, no que se refere à alegação defensiva de que o reconhecimento do agente por fotografia é falho, vê-se que tal argumento não merece prosperar.

Assim, justifica-se o referido reconhecimento, a uma, pela inexistência de dispositivo legal que o impeça; a duas, pelo seu cotejo com outras provas carreadas aos autos que possam embasar, tudo em conjunto, um convencimento idôneo e sólido do Juízo sentenciante no sentido da condenação do réu. E é isto o que se vê no caso em epígrafe com o apelante.

Isto quer dizer que, se a condenação do acusado em apreço tivesse decorrido apenas e unicamente do seu reconhecimento por fotografia, como autor do crime perpetrado, poder-se-ia até ter tal prova como insuficiente para, só por si, admitir-se a responsabilização do mesmo. Porém, não é isso que ocorre no feito em comento. Essa prova foi apenas um elemento a juntar-se a outros para formar o convencimento do juiz de 1º grau.

Nesse sentido, segue abaixo julgado do TJDFT, *ad litteram*:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. CONCURSO DE AGENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. CONDENAÇÃO. IN DUBIO PRO REO. PRINCÍPIO NÃO APLICÁVEL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. VALIDADE. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. PENA-BASE. PERSONALIDADE. SUM. 444, STJ. PREJUÍZO DA VÍTIMA. MAJORAÇÃO AFASTADA. PENA PECUNIÁRIA. PROPORCIONALIDADE.
I – COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES, A CONDENAÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE, FICANDO AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DÚBIO PRO REO.
II – NÃO HÁ IRREGULARIDADE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA DELEGACIA, QUANDO VIER CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS.
III – EM SE TRATANDO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, EMPRESTA ESPECIAL RELEVO À PALAVRA DA VÍTIMA QUANDO EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS.
IV – SEGUNDO POSICIONAMENTO SUMULADO PELO EG. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NÃO PODEM SER VALORADOS DE FORMA NEGATIVA OS ANTECEDENTES, A CONDUTA SOCIAL OU A PERSONALIDADE DO RÉU, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO, HAJA VISTA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (SÚMULA 444/STJ).
V – É DISPENSÁVEL LAUDO PSIQUIÁTRICO PARA AVALIAR A PERSONALIDADE DO RÉU, POIS ESSA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NÃO RECLAMA LAUDO TÉCNICO PARA SER AVERIGUADA, POIS PERFEITAMENTE VERIFICÁVEL DOS REGISTROS PENAIS DO ACUSADO.
VI – EXCLUI-SE DO CÔMPUTO DA PENA-BASE O AUMENTO REFERENTE ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUANDO O PREJUÍZO SOFRIDO PELA VÍTIMA NÃO É VULTOSO.
VII – A PENA DE MULTA AINDA DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL IMPOSTA.
VIII – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
Acórdão CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO, POR MAIORIA (Processo: APR 101484620108070003 DF 0010148-46.2010.807.0003 Relator(a): HUMBERTO ADJUNTO ULHÔA Julgamento: 19/04/2012 Órgão Julgador: 3ª Turma Criminal Publicação: 17/05/2012, DJ-e Pág. 225).

Portanto, o reconhecimento vergastado pela defesa cumpriu o seu papel devido, que foi justamente o de auxiliar a comprovação do crime perpetrado pelo apelante juntamente com outros elementos probatórios carreados aos autos que, conjuntamente, lastrearam a condenação do acusado.

Em arremate, e para sepultar de vez qualquer controvérsia porventura remanescente acerca do tema em análise, não foi comprovado nenhum prejuízo por parte da defesa quanto à suposta mácula apontada no rito de reconhecimento, na forma do art. 563 do CPP, *in verbis*:

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

Do exposto então, além de estar devidamente provado que o apelante praticou o fato delituoso descrito na exordial acusatória, seu reconhecimento pelas testemunhas e vítimas na Delegacia de Polícia revela-se plenamente válido, não havendo que se falar em nulidade.

2. DA REDUÇÃO DA PENA-BASE FIXADA PARA O SEU MÍNIMO LEGAL

A defesa requer a redução da pena-base fixada em desfavor do acusado ao seu mínimo legal previsto, de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime em comento.

Não assiste razão ao pleito em liça.

Consta que o apelante foi condenado à pena de 06 (seis) anos anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do CP – roubo majorado pelo emprego de arma.

Por sua vez, constata-se que a pena-base fixada em desfavor do réu foi fixada em **04 (quatro) anos e 06 (seis) meses**, isto é, apenas **06 (seis) meses** acima do mínimo legal previsto abstratamente no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, já mencionado acima.

Nessa esteira, observa-se que foi destacado especialmente pelo Juízo *a quo* o aumento da pena-base acima do mínimo em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime – que aborda a maneira de sua execução, e não apenas a lesão patrimonial sofrida pela vítima, como alega a defesa – conforme destacado claramente na decisão vergastada, às fls. 221, *in litteris*:

> **"[...] As consequências patrimoniais do crime foram relevantes porque o objeto subtraído, quantia de elevado valor, não foi recuperado. As circunstâncias do crime merecem maior reprovabilidade, haja vista que o delito foi cometido em plena luz do dia, em estabelecimento comercial, com várias pessoas presentes, colocando em risco, por consequência, a integridade física de muitas pessoas. […]."**

Na mesma senda, o Juízo *a quo* ainda reitera, *in verbis*:

> **"[...] Não há qualquer outra circunstância digna de apreciação. […]."**

Por fim, e sem maiores discussões, constata-se que a reprimenda em questão está devidamente fixada de acordo com os ditames do art. 59 do CP, não havendo motivos para a redução pleiteada.

3. DA EXCLUSÃO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CP – EMPREGO DE ARMA

Neste ponto, a defesa requer seja afastada a causa de aumento de pena supracitada referente ao emprego de arma devido ao fato de não haver provas da utilização de arma para a prática criminosa em discussão e sua consequente perícia.

Contudo, o presente argumento também não merece prosperar.

De fato, a defesa pretende afastar a majorante aqui em discussão pelo fato de não haver comprovação do uso da arma de fogo para prática delitiva em comento. Porém, diante de todo o acervo probatório coligido aos autos, é totalmente irrelevante a sua apreensão e a consequente ausência de perícia para infirmar-se a condenação vergastada.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria é assente e torrencial, a exemplo de julgado colacionado a seguir, *in litteris*:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA.

O COTEJO PROBATÓRIO, ALIADO À FIRME E CLARA PALAVRA DA VÍTIMA, CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS, TORNA INDISCUTÍVEL A MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE ROUBO MAJORADO, DENUNCIANDO QUE O ACUSADO E SEU COMPARSA, MEDIANTE O USO DE ARMA, SUBTRAÍRAM PARA SI, QUANTIA EM DINHEIRO E PERTENCES DO OFENDIDO. **APREENSÃO DA ARMA, DESNECESSIDADE.** DESNECESSÁRIA A APREENSÃO DA ARMA OU DO ARTEFATO UTILIZADO PARA INTIMIDAR A VÍTIMA. CONTEXTO INSTRUTÓRIO QUE SATISFEZ À CONVICÇÃO DO JUIZ. MAJORANTE MANTIDA. **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.**

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA.

I – NÃO SE MOSTRA NECESSÁRIA A APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA EMPREGADA NO ROUBO PARA COMPROVAR O SEU POTENCIAL LESIVO, VISTO QUE ESSA QUALIDADE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARTEFATO.

II – LESIVIDADE DO INSTRUMENTO QUE SE ENCONTRA IN RE IPSA. III – A MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL PODE SER EVIDENCIADA POR QUALQUER MEIO DE PROVA, EM ESPECIAL PELA PALAVRA DA VÍTIMA – REDUZIDA À IMPOSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA PELO AGENTE – OU PELO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA PRESENCIAL. IV – HABEAS CORPUS DENEGADO.(PROCESSO:HC 115519 DF RELATOR(A): MIN. RICARDO LEWANDOWSKI JULGAMENTO: 18/12/2012 ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA PUBLICAÇÃO: DJE-030 DIVULG 14-02-2013 PUBLIC 15-02-2013 PARTE(S): MIN. RICARDO LEWANDOWSKI MAURÍCIO DOS SANTOS NOVAES DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO RELATOR DO HC 256848 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO PRATICADO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PROVA TESTEMUNHAL CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS – AUSÊNCIA DE ÁLIBI JUSTIFICÁVEL – PROVAS E INDÍCIOS CONCLUDENTES E DESFAVORÁVEIS AO RÉU – VALIDADE PARA O DECRETO CONDENATÓRIO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INADMISSIBILIDADE – FALTA DE EXAME PERICIAL DE ARMA DE FOGO – IRRELEVÂNCIA PARA O RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA – RECURSO DESPROVIDO.

Em crimes tocados de clandestinidade como é o roubo, o reconhecimento pessoal do agente do delito, quando feito com segurança e presteza e em harmonia com outras provas é fonte segura de prova da autoria. É totalmente irrelevante o exame pericial de arma de fogo, para constatar a sua eficácia, mesmo porque, hodiernamente, a subtração violenta, mesmo que intentada por arma de brinquedo, vê-se agravada. (Processo: APR 213930 SC 2002.021393-0 Relator(a): Sérgio Roberto Baasch Luz Julgamento:03/12/2002 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal Publicação: Apelação criminal n. 2002.021393-0, de Balneário Camboriú. Parte(s): Apelante: Paulo Emídio de Souza Apelada: A Justiça, por seu Promotor).

Diante do exposto, por todas as razões de fato e de direito supra e retro explanadas, **CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E NEGO-LHE PROVIMENTO,** mantendo-se a sentença fustigada em todos os seus termos – em sintonia com o parecer ministerial.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0000658-69.2000.8.05.0079, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Lourival Almeida Trindade, julgado em 11.03.2014.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. APELANTES CONDENADOS COMO INCURSOS NAS PENAS PREFIGURADAS NO ART. 157, §2°, 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.

I. *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.

Forte, em Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini, dir-se-á que *"a regra probatória fundamentalmente exaure-se nas ideias de que quem acusa tem que provar"*[26].

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, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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 *veredictum* condenatório, não devendo, portanto, ser sopesada, como veraz.

II. Sobreleve-se outrossim que a predita declaração do corréu, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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.

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 judicializada"[27], enquanto garantia da jurisdição.

In hipotesis, as declarações do corréu, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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 ser considerados como uma simples prova peregrina.

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

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

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.

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 o 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.

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 Filho[28].

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)

IV. Pelo quanto predelineado, conclui-se, inequivocamente, que a instrução probatória ressente-se de higidez jurídica. É inelutável,

26. 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.

27. 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.

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

assim, que o esquálido 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 intelectiva, 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 imerecidas [29]".

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.

V. Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo improvimento dos recursos.

VI. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da APELAÇÃO CRIME Nº 0000658-69.2000.8.05.0079, em que são partes JORGE LUÍS NASCIMENTO DOS SANTOS E MANOEL MESSIAS ROCHA 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.

29. 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

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*"[30].

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"*[31].

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, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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 *veredictum* condenatório.

Vislumbra-se, nos autos, haver o corréu, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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,

30. Malatesta. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal.* Buenos Aires: Libraria Editorial General Lovalle, 1945, p. 115

31. 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.

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, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, não devem ser sopesadas como verazes.

Por oportuno, eis os melhores escólios:

"Prova-isolada imputação de corréu - insuficiência à condenação - Simples imputação de co-réu, quando não corroborada por outros elementos probantes, não constitui meio seguro de prova"
(Ac. un, da 4ª Câm. 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 corréu somente tem valia probatória quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de corréu 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 Mittermaier[32]:

"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 Altavilla[33] asseriu:

"Valor da chamada de corréu (...) 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 Neto[34], timbra em afirmar que:

32. C.J.A. Mittermaier. *Tratado da prova em matéria criminal.* Tradução: Herbert Wüntzel Heirinch. 2. Tiragem – Campinas: Bookseller Editora Ltda., 1997, p.260.

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

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

"*Chiamata di correo 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 Conde[35], para quem:

"*En realidad, la mayoria 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."*
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, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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-se-ia 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 judicializada"[36], enquanto garantia da jurisdição.

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

36. 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.

Por sinal, colhe-se da lição prestantíssima de Carnelutti [37], 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, deve 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 juiz 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.***"

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, JOSÉ CARDOSO DOS SANTOS, 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 ser 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[38]:

> "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.

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

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

> 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 justificarem um édito condenatório.

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

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

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 a 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 estes 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 Policia 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, senão 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 o 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 legítima"[39].

Também Malatesta[40], 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)".

Por igual, Francisco Carnelluti[41], 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 es-

39. 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.

40. 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

41Francisco Carnelluti. *Lições sobre o Processo Penal*. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 283-284

coliastas 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 Filho[42].

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, não 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 ressente-se de higidez jurídica. É inelutável, assim, que o esquálido 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 intelectiva, 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 tranqüilidade humana que dez absolvições imerecidas [43]".

> "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 inocente[44]".

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 Hungria[45],, "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."

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

43. 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

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

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

Afinando-se pela mesmíssima clave, estribilha Inocêncio Borges da Rosa[46], 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 Neto[47], 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 Floriot[48] 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 Coqueiro[49], 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 um inspetor de quarteirão. 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**

46. Inocêncio Borges da Rosa. *Dificuldades na Prática do Direit*o. Porto Alegre, p.140/141.

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

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

49. 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.**

homem, conhecido por Herculano, confessa ao filho o segredo: havia sido ele o verdadeiro autor da terrível chacina. Mota Coqueiro morrera 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 judiciários não sejam cometidos por quem tem a tarefa de julgar.

Por fim, não se pode olvidar a advertência de Souza Neto[50] :

"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, JORGE LUÍS NASCIMENTO DOS SANTOS E MANOEL MESSIAS ROCHA, motivo pelo qual é inarredável proclamar-se as suas absolvições, com espeque, no art. 386, V, do CPP.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0345470-46.2012.8.05.0001, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Ivone Bessa Ramos, julgado em 11.03.2014.

APELAÇÃO CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 157 § 2º, I E II, C/C OS ARTIGOS 70 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. SENTENÇA QUE CONDENOU O APELANTE AO CUMPRIMENTO DA PENA DE 9 (NOVE) ANOS E 11 (ONZE) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 21 (VINTE E UM) DIAS-MULTA, CADA UM CORRESPONDENTE AO MÍNIMO LEGAL.

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

PRELIMINAR DE NULIDADE DECORRENTE DA ALEGADA INOBSERVÂNCIA DA REGRA DO ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. NÃO RECONHECIMENTO. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI* (ARTIGO 383 DO CPP). RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS, NÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA INSERTA NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE QUE O JUIZ DÊ DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA À IMPUTAÇÃO FEITA PELA REFERIDA PEÇA, DESDE QUE HAJA UMA EXATA CORRELAÇÃO ENTRE TUDO O QUE FOI RELATADO NA DENÚNCIA E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DENÚNCIA DE FLS. 02-A/02-B QUE NARROU QUE O RÉU, EM COMUNHÃO COM OUTRO SUJEITO, TERIA PRATICADO TRÊS DELITOS DE ROUBO COM IDÊNTICO *MODUS OPERANDI* E DE FORMA SUBSEQUENTE, SENDO QUE, AINDA, DOIS DELES TERIAM SIDO PERPETRADOS MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO OBJETIVANDO ATINGIR PATRIMÔNIOS DIVERSOS. PRELIMINAR REJEITADA.
PRELIMINAR DE NULIDADE DECORRENTE DA SUSTENTADA VIOLAÇÃO AO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 226 DO CPP. ALEGAÇÃO DE QUE O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL SE CONSTITUIRIA PROVA ILÍCITA, NÃO PODENDO SER UTILIZADO PARA EMBASAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. VÍTIMAS QUE RECONHECERAM O RECORRENTE, INDUBITAVELMENTE, COMO UM DOS AUTORES DO FATO TÍPICO. RECONHECIMENTO POLICIAL RATIFICADO PELAS VÍTIMAS ATRAVÉS DE DECLARAÇÕES CONVICTAS E SEGURAS, PERANTE O MAGISTRADO *A QUO*, O MEMBRO DO *PARQUET* E O DEFENSOR PÚBLICO, QUANDO DE SUA OITIVA JUDICIAL. VALIDADE DO RECONHECIMENTO EFETIVADO NA HIPÓTESE. PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 226 DO CPPB QUE SE CONFIGURA RECOMENDAÇÃO LEGAL, E NÃO EXIGÊNCIA DA NORMA. PRECEDENTES DO STJ. PRELIMINAR REJEITADA.
MÉRITO. REQUERIMENTO DE REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA REFERENTE AO CONCURSO DE PESSOAS E DE RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO DELITO EM SUA MODALIDADE TENTADA. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO AUMENTO REFERENTE AO CONCURSO FORMAL DE DELITOS. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* FACE À INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA. PROCEDÊNCIA.

1. Conjunto probatório que aponta o cometimento, pelo Apelante, de três crimes de roubo consumados qualificados pelo concurso de agentes e uso de arma, em continuidade delitiva.
2. Qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas, inserta no § 2º, inciso II, do art. 157, do CPB, que se impõe quando há uma pluralidade de sujeitos, os quais cooperam, material ou moralmente, para o cometimento do delito. Imprescindível constatação do cometimento do delito por uma pluralidade de sujeitos, ainda que algum deles não tenha sido identificado. Precedentes do STJ. Apelante LUAN BARBOSA SANTOS e seu comparsa que contribuíram, cada qual de seu modo, para a realização do fato típico, eis que eles, em liame subjetivo, subtraíram pertences de diversas vítimas, sendo a intenção de se apropriar de coisas alheias, dessarte, comum aos agentes.
3. Elementos de convicção que apontam que os delitos de Roubo se consumaram, na medida em que o Recorrente e seu comparsa obtiveram a posse das *res furtivae*, mesmo que por curto lapso de tempo, devendo-se, ainda, considerar que não foi localizada e, pois, restituída a totalidade dos bens subtraídos. Consumação do delito em tela que ocorre no momento em que o agente se torna possuidor dos objetos subtraídos, ainda que haja imediata perseguição e prisão. Entendimento jurisprudencial assentado pelo STJ.
4. Condutas cometidas pelo Apelante e seu comparsa, que tiveram por objetivo e consequência, atingir patrimônios de pessoas diversas que se encontravam no mesmo local, em concurso formal de delitos. Entretanto, *in casu*, além de terem cometido dois delitos contra o patrimônio em concurso formal, infere-se que o Apelante e seu comparsa atuaram em continuidade delitiva, ao utilizar-se de idêntico *modus operandi* para, de forma subsequente, anunciarem assalto e efetivarem a subtração de pertences na residência localizada na Av. Cardeal da Silva, na lanchonete Açaí da Magrela e na academia Assad Fighters. Nesse contexto, ainda que reconhecida a concorrência de concurso formal e continuidade delitiva, deve-se aplicar somente o aumento de pena relativo à continuidade, sob pena de se configurar *bis in idem*. Precedentes STJ.
5. Reforma da pena infligida ao Apelante que se impõe, para excluir da condenação o aumento referente ao concurso formal de crimes. Pena corporal definitiva de cada um dos delitos de Roubo redimensionada para 07 (sete) anos de reclusão. Inteligência do art. 71 do CPB. Aplicação da pena de apenas um dos crimes, posto que idênticas, aumentada da razão de um quarto, uma vez que o Réu perpetrou ao menos quatro infrações penais em continuidade delitiva, demonstrando progressivo dolo na lesão do patrimônio das vítimas, obtendo-se a sanção privativa de liberdade de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado.
CONHECE-SE E DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0345470-46.2012.8.05.0001, da Vara Crime da Comarca de Salvador/BA, em que figura como Apelante LUAN BARBOSA SANTOS e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para excluir da condenação o aumento de pena referente ao concurso formal de crimes, redimensionando a pena corporal infligida ao Apelante para 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantendo-se a sentença objurgada em seus demais termos, a teor do voto da Relatora.

VOTO:

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

Ante o preenchimento dos pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, exigidos no caso sob exame, impõe-se o conhecimento do Recurso.

I – DA PRELIMINAR: ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA, POR ALEGADA INOBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 383 DO CPP

Inicialmente, é de rigor apreciar a suscitada preliminar de nulidade da sentença objurgada, por ter o Magistrado *a quo*, na ocasião, contrariado o disposto no art. 383 do CPP, ao mudar a capitulação jurídica contida na Denúncia, para incluir o concurso formal de crimes e a continuidade delitiva, sem oportunizar às partes, previamente, exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Do detido exame dos fólios, constata-se que, na Inicial Acusatória, o nobre membro subscritor, mercê tenha requerido a condenação do Acusado quanto à hipotética prática do delito capitulado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CPB, em concurso material de delitos (art. 69 do CPB), narrou que o Réu, em comunhão com outro sujeito, teria praticado três delitos de Roubo com idêntico *modus operandi* e de forma subsequente, sendo que, ainda, dois deles teriam sido perpetrados mediante uma só ação objetivando atingir patrimônios diversos.

Com efeito, consoante relatado, o Denunciado e um comparsa não identificado, mediante grave ameaça também substanciada na ostentação de uma arma de fogo, teriam subtraído celulares e documentos pessoais das vítimas Antônio Almeida Ramos e Priscila Chaves Ramos, que estavam na porta de sua casa, tendo, vinte minutos depois do primeiro fato, subtraído um celular do adolescente Matheus Coelho Fonseca na porta da academia Assad Fighter, com idêntico *modus operandi*. Ademais, ato contínuo, os meliantes teriam assaltado o estabelecimento comercial Açaí da Magrela, situado próximo à mencionada academia, tendo roubado aparelhos celulares da proprietária do estabelecimento Aline Santos da Purificação e de clientes que se encontravam no local.

Preconizam os arts. 69, 70 e 71, todos do CPB, *in verbis*:

> Art. 69 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.
> Art. 70 – Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.
> Parágrafo único – Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.
> Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Nesse contexto, narrados os fatos na Prefacial Acusatória, apenas cuidou o Magistrado primevo em atribuir definição jurídica diversa da constante naquela Peça, ao condenar o Apelante como incurso nas sanções do art. 157, §2º, incisos I e II, c/c os arts. 70 e 71, todos do CPB, o que, como cediço, é perfeitamente possível.

Ora, estipula o art. 383, *caput*, do CPPB:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

Nesse ponto, mister salientar que, no Processo Penal, vigora o Princípio do *jura novit curia* (Princípio da livre dicção do direito), pelo qual se entende que o Juiz conhece o direito, chancelando-se o Princípio *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). Aplica-se tal Princípio no Processo para se explicar que o Acusado não se defende da capitulação dada ao crime na Denúncia, mas sim dos fatos ali narrados, sendo possível que o Juízo dê definição jurídica diversa à imputação feita pela Peça Acusatória, desde que haja uma exata correlação entre tudo o que foi relatado na Denúncia e a formação do convencimento do Magistrado.

Sobre o tema, manifesta-se a doutrina e a jurisprudência (grifos acrescidos):

> Permite o Código que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes na denúncia, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Não há no caso uma verdadeira *mutatio libelli* mas, simplesmente uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*). **Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às**

> **circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial**. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial. Não há na hipótese do artigo 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. (MIRABETE. Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 833).
>
> **A nova classificação jurídica dada aos fatos relatados de modo expresso na denúncia, inobstante a errônea qualificação penal por ela atribuída aos eventos delituosos, não tem o condão de prejudicar a condução da defesa técnica do réu desde que presentes, naquela peça processual, os elementos constitutivos do próprio tipo descrito nos preceitos referidos no ato sentencial**. Defende-se o réu do fato delituoso narrado na denúncia, e não da classificação jurídico-penal dela constante. A regra do art. 384 do CPP só teria pertinência e aplicabilidade se a nova qualificação jurídica dada aos fatos descritos na peça acusatória do Ministério Público dependesse, para sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia (STF - RT 662/364).

Ademais, é cediço que um ato processual apenas deverá ser anulado, se restar comprovado o prejuízo ou o cerceamento do direito de defesa do Acusado – devendo este prejuízo ser indicado objetivamente, não sendo suficientes meras alegações. Desse entendimento corrobora o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

> [...]
> 1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002).
> 2. Ordem indeferida.
> (STF: HC 99053, Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 21/09/2010. Publicação: DJe-228 DIVULG 26-11-2010 PUBLIC 29-11-2010 EMENT VOL-02440-01 PP-00009)

No mesmo sentido, o notável Superior Tribunal de Justiça manifesta-se:

> […] O art. 563 do CPP estabelece a necessidade de prejuízo a qualquer das partes para que seja declarada a nulidade do ato (princípio do *pas de nullité sans grief*). "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566 do CPP) [...]
> (STJ: HC 130.590/PE. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 27/04/2010. Publicação: DJe 17/05/2010)

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

I – "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." (Enunciado n.º 523 da Súmula do Pretório Excelso.)
II – "Não demonstrado prejuízo à defesa do paciente: a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullité sans grief* (CPP, arts. 563 e 566)." (STF, HC 75104/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, DJU de 16/05/97.) *Habeas corpus* denegado.
(STJ: HC 49.230/PA. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 25/04/2006. Publicação: DJ 29/05/2006, p. 275)

No bojo de tais considerações, **REJEITA-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE**.

II – DA PRELIMINAR: ALEGADA NULIDADE DO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL, POR ALEGADA INOBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP

Alegou o Apelante, em suas Razões, que o reconhecimento realizado pelas vítimas, na fase policial, não deve servir como meio de prova, por ser ilícito, uma vez efetivado sem a observância do procedimento constante no art. 226 do CPP.

Em que pesem as alegações do Apelante, digno de nota repisar que a vítima Aline Santos da Purificação, em sede extrajudicial, reconheceu o indivíduo capturado pelos Agentes como sendo o mesmo que assaltou o estabelecimento comercial Açaí da Magrela (fls. 12 e 18). Igualmente o fez o adolescente Matheus Coelho Fonseca, ao declarar, na fase policial, que o Acusado o assaltou juntamente com um comparsa, sendo de rigor ressaltar que a referida vítima ratificou tal informação perante o Magistrado *a quo*, o membro do *Parquet* e o Defensor Público, quando compareceu em juízo para prestar suas declarações, mostrando-se o declarante, saliente-se, convicto e seguro de suas assertivas *(vide* mídia acostada à fl. 181).

Destaca-se, ainda, o depoimento do Policial Edson José da Silva, um dos responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante (fls. 139/140):

> […] que se encontrava de serviço, parado na companhia, quando houve a informação de que houve um assalto a mão armada na Av. Oceânica, dentro de um estabelecimento denominado ''Açaí da Magrela", no Rio Vermelho, por 2 elementos que renderam com arma em punho os clientes, segundo a proprietária, deram voz de assalto exigindo dinheiro e tomaram os celulares das vítimas e chegando a colocar o cano da arma na boca dela […]; **que reconhece o acusado Luan presente nesta seção, o qual se encontrava acompanhado de um outro elemento, que participou do assalto porém conseguiu fugir**; […]; que não houve resistência pelo Luan quando recebeu voz de prisão, oportunidade que ele confessou ter praticado o assalto juntamente com outro; **que na Delegacia Luan foi reconhecido por todas as vítimas e lá se apresentaram outras vítimas, dizendo que na fuga o réu praticou assalto contra uma Defensora Pública e seu genitor quando estacionava seu veículo nas proximidades da Cardeal da Silva**; que foram três atos delituosos praticados na sequência da sanha criminosa, por Luan e seu companheiro, sendo

> um no estabelecimento ''Açaí da Magrela', outro contra a Defensora e seu pai e, ainda, contra pessoas que entravam e saiam da referida Academia […] *(sic)*

Desta feita, de acordo com os depoimentos acima colacionados, verifica-se que existiu, de fato, o reconhecimento pessoal do Réu, de modo que este deve servir de prova para a condenação do agente, mormente porquanto o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal constitui-se mera recomendação, razão pela qual sua inobservância sequer constitui nulidade processual.

Nesse sentido, precedentes do Tribunal da Cidadania, *in litteris* (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. AUSÊNCIA DE NULIDADE.
> […] 3. A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova.
> **4. Ademais, segundo a mesma orientação jurisprudencial, as disposições insculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade. […]**
> (STJ: HC 134.776/RJ, Relator: Ministro OG FERNANDES. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Julgamento: 26/02/2013. Publicação: DJe 07/03/2013)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO PENAL E PENAL. FURTO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 228 E 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.
> **1. "As disposições insculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade" (HC 134.776/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 07/03/2013).**
> **2. Considerando que o reconhecimento extrajudicial não foi o único fator de convicção do magistrado, pois complementado na fase judicial por outros elementos de prova, não há falar em nulidade, haja vista não se ter demonstrado eventual prejuízo, o qual nem ao menos se pode presumir, diante da existência de outras provas da autoria.**
> 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ: AgRg no Ag 1377407/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 27/06/2013)

> […] **2. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial se o édito**

condenatório está fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que asseste a autoria do ilícito ao paciente.
3. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, na angusta via do *writ*, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.
4. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese. [...]
(HC 162.913/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 04/05/2011)

Frise-se que a convicção do Magistrado primevo não fora baseada unicamente no referido reconhecimento, porquanto outros elementos de provas – a saber, os depoimentos dos Policiais que efetuaram a prisão do Recorrente – corroboram a condenação, principalmente quando se leva em consideração que o Apelante foi preso em flagrante com alguns pertences das vítimas.

Assim, **AFASTA-SE A NULIDADE ARGUÍDA.**

III – DO MÉRITO RECURSAL

Ultrapassada a análise das preliminares ventiladas, verifica-se que, no mérito recursal, o Apelante se insurge contra a sentença *a quo*, requerendo sua reforma mediante o afastamento do concurso formal de crimes, a exclusão da qualificadora referente ao concurso de pessoas e o reconhecimento da prática do delito em sua modalidade tentada.

Perlustrando-se os autos, constata-se que, ao contrário do sustentado pelo Apelante, não restam dúvidas acerca da autoria e da materialidade dos três crimes de Roubo consumados, qualificados pelo concurso de agentes e uso de arma, perpetrados em continuidade delitiva.

Com efeito, o conjunto probatório colacionado aos autos demonstra que, efetivamente, no dia 18.05.2012, por volta das 21:30 horas, o Apelante foi preso em flagrante delito, de posse de parte das *res furtivae*, após subtrair documentos e aparelhos de telefonia celular em três localidades distintas mas próximas, utilizando-se do mesmo *modus operandi*, uma vez que que, em todas as oportunidades, em união de desígnios com um sujeito até então não identificado e se utilizando de uma arma de fogo, impingiu grave ameaça às vítimas, determinando-as a entregar os referidos pertences.

Consta nos fólios o Auto de Exibição e Apreensão de fl. 08, que atesta a retenção, pela Autoridade Policial, de sete aparelhos celulares e de um revólver calibre 38, cano curto, cabo de madeira, marca *Taurus,* sem número de série, contendo cinco munições intactas, que se encontravam em poder do Apelante por ocasião de sua abordagem.

Pode-se concluir, pois, que parte das *res furtivae* foi encontrada na posse do Apelante, fato que, segundo melhor entendimento jurisprudencial e doutrinário, implica

a inversão do ônus probatório para justificar o estado da coisa. Senão, veja-se recente precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> [...] Em crimes patrimoniais, a apreensão da *res furtiva* em poder do acusado opera a inversão do ônus probatório, cumprindo-lhe justificar tal estado de coisa. A ausência de explicação plausível conduz à convicção da responsabilidade que lhe é imputada. [...] (TJBA - Apelação Criminal n. 0120422-45.2007.8.05.0001. Relator: Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo. Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal, 1ª Turma. Data do Julgamento: 11/10/2012. Data da Publicação: 17/11/2012) (grifos acrescidos)

Ademais, alguns dos aparelhos telefônicos, por serem de propriedade das vítimas Antônio de Almeida Ramos, Aline Santos da Purificação e Patrícia Alice Borges Coelho, foram-lhes devolvidos, mediante os Autos de Entrega de fls. 15/17.

Corroborando tais constatações, têm-se os depoimentos das testemunhas da Acusação (fls. 139/140 e 152/155) e as declarações judiciais das vítimas (fls. 96/97 e 181), as quais reconheceram o Apelante como sendo o sujeito que, em companhia de outro indivíduo, subtraiu seus pertences, tudo mediante grave ameaça consubstanciada no uso de armas de fogo, tendo obtido êxito em seu intento.

Veja-se que o Apelante aduz que a qualificadora do concurso de pessoas não deve persistir, uma vez que "o suposto coautor da infração penal não fora encontrado em momento algum, tampouco identificado nos autos, sequer pelas vítimas". Entretanto, mesmo numa análise perfunctória dos fólios, conclui-se que tal argumento não merece prosperar.

É que, pertinente à qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas, inserta no § 2º, inciso II, do art. 157, do CPB, observa-se que esta se impõe quando há uma pluralidade de sujeitos, os quais cooperam, material ou moralmente, para o cometimento do delito.

No dizer do emérito Cezar Roberto Bittencourt[51], o reconhecimento de tal qualificadora necessita da análise dos princípios orientadores do instituto do concurso de pessoas, "especialmente considerando que um sistema jurídico não pode abrir mão da harmonia e coerência". E, segundo o autor,

> Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal [...] É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa *consciência* constitui o *liame psicológico* que une a ação de todos, dando o caráter de crime único. A resolução comum de executar o fato é o vínculo que converte as diferentes partes em um todo único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executório. Basta que cada um contribua efetivamente na realização da figura típica e que essa contribuição possa ser considerada importante no aperfeiçoamento do crime.

51. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial 3: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 64/65.

Ademais, para o reconhecimento da mencionada causa de aumento de pena, apenas é imprescindível a constatação do cometimento do delito por uma pluralidade de sujeitos, ainda que algum deles não tenha sido identificado. Inclusive, nesse sentido, o notável Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> Para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do corréu, sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que tanto a vítima como a testemunha foram uníssonas em afirmar que havia dois integrantes na prática delitiva. Precedentes (...)
> (STJ – HC 169.151/DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 22/06/2010. Publicação: DJ e 02/08/2010)

No caso em tela, é fato inconteste que o Apelante LUAN BARBOSA SANTOS e seu comparsa contribuíram, cada qual de seu modo, para a realização do fato típico, uma vez que eles, em liame subjetivo, subtraíram pertences de diversas vítimas, sendo a intenção de se apropriar de coisas alheias, dessarte, comum aos agentes, conforme se infere dos autos, em especial das declarações de fls.10/14, 96/97 e 181 e do próprio interrogatório do Recorrente.

Referente ao concurso de pessoas, importante trazer à tona que o Código Penal Pátrio adotou, em princípio, um conceito unitário de autor, uma vez que "são considerados autores todos os que intervenham no processo causal de realização do tipo, independentemente da relevância da colaboração dentro da totalidade do fato, questão que só importa para efeito de individualização judicial da pena"[52].

Há de se ter em mente que, *in casu*, houve uma divisão de trabalho, ou seja, cada um dos agentes desempenhou uma função imprescindível na consecução da finalidade comum, havendo, portanto, contribuição causal física e liame subjetivo.

No que tange à necessidade de se conferir um tratamento mais rigoroso, a partir da imposição de penas mais severas aos agentes que atuam em concurso, leciona o emérito penalista Cezar Roberto Bittencourt, fazendo analogia ao crime de Furto Majorado[53]:

> Ora, não podemos esquecer o fundamento político dessa qualificadora: a presença e a participação de mais de uma pessoa asseguram o êxito do empreendimento, garantem maior danosidade da conduta, aumentam a periculosidade dos meliantes e, em contrapartida, enfraquecem a defesa da vítima e aumentam o risco da vulnerabilidade patrimonial.

Considerando, desta feita, que o Apelante e seu comparsa, em concurso, subtraíram, de forma livre e consciente, documentos e diversos celulares de pelo menos quatro vítimas, há de ser reconhecida a incidência da forma delitiva ínsita no art. 157, § 2º, inciso II, do CPB.

52. JESCHECK, Hans Heinrich citado por Paulo Queiroz *in* Direito Penal: parte geral, 7ª edição completamente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 274.

53. Op. cit., pp. 113 e 72.

Igualmente, dessume-se que deve subsistir a causa de aumento de pena capitulada no § 2º, inciso I, do art. 157, do CPB, posto que as provas produzidas em fase judicial, avigorando aquelas realizadas extrajudicialmente, indicaram que a grave ameaça exercida pelo Apelante e seu comparsa, para o cometimento dos delitos de Roubo em testilha, foi difundida, também, pelo uso de arma de fogo tipo revólver. Destarte, note-se que, existindo nos autos provas veementes, robustas e incontestes do efetivo uso de arma pelos agentes, bem como de sua lesividade, tendo as vítimas sido realmente atemorizadas com sua utilização, torna-se prescindível a existência de laudo pericial que, no caso, proceda ao exame pericial da arma.

Ademais, em que pese o Apelante alegar, em suas Razões, o cometimento dos crimes contra o patrimônio em sua modalidade tentada, analisando os elementos de convencimento acostados aos autos, resulta claro que tais crimes se consumaram, na medida em que o Recorrente e seu comparsa obtiveram a posse das *res furtivae*, mesmo que por curto lapso de tempo, devendo-se, ainda, considerar que não foi localizada e, pois, restituída a totalidade dos bens subtraídos.

Isto porque, conforme atual entendimento Jurisprudencial assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, a consumação do referido delito ocorre no momento em que o agente se torna possuidor dos objetos subtraídos, ainda que haja imediata perseguição e prisão. Neste sentido, encontram-se as ementas dos julgados abaixo (grifos acrescidos):

> […] **1. Consoante a orientação jurisprudencial sedimentada desta Corte Superior, o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito. [...]**
> (STJ: HC 233.191/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), **SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2012**, DJe 17/09/2012)

> […] **I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes.**
> **II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou da violência, mesmo que a vítima venha a retomar o bem, via perseguição própria ou de terceiro.**
> III. Evidenciado que as pacientes mantiveram a posse do celular subtraído da vítima que se encontrava dirigindo seu veículo, mediante grave ameaça exercida com a simulação de porte de faca, ainda que por um pequeno período de tempo, já que somente foram presas em local diverso de onde ocorreu o delito, após serem perseguidas por um acompanhante da vítima, resta consumado o delito de roubo, não havendo que se falar em tentativa.
> **IV. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o crime de roubo consuma-se com a simples detenção da *res*, ainda que por restrito espaço de tempo, não se exigindo a posse mansa e pacífica do bem. Precedentes. [...]**
> (STJ: HC 238.355/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, **julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012**)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. CARACTERIZAÇÃO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. POSSE DA *RES FURTIVA*. ORDEM DENEGADA.
I – Considera-se consumado o crime de furto, assim como o de roubo, no momento em que a *res* é retirada da esfera de posse e disponibilidade da vítima, ainda que não obtenha a posse tranquila.
II – É imprópria a alegação de ocorrência de crime tentado, se restou sobejamente evidenciado nos autos que o paciente obteve a posse da *res furtiva*, sendo que os objetos furtados foram retirados da esfera de disponibilidade da vítima e só foram recuperados em razão de ter o policial militar surpreendido o Paciente e o menor infrator na posse dos objetos subtraídos.
III – Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.
(HC 190.117/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, **QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012**, DJe 14/08/2012)

Na hipótese, repise-se, evidencia-se que os bens subtraídos saíram da esfera de disponibilidade das vítimas e passaram à posse do Apelante e seu comparsa, mesmo que por curto lapso de tempo, inobstante o primeiro tenha sido ulteriormente surpreendido, em poder de alguns dos objetos, por Policiais acionados por duas das vítimas.

De outro modo, digno de nota salientar que as condutas cometidas pelo Apelante e seu comparsa – tanto na porta da residência localizada na Av. Cardeal da Silva (em desfavor das vítimas Priscila Chaves Ramos e Antônio de Almeida Ramos) quanto na lanchonete Açaí da Magrela, situada na Av. Oceânica (em desfavor da proprietária Aline Santos da Purificação e de seus clientes) – tiveram, por objetivo e consequência, atingir patrimônios de pessoas diversas que se encontravam no mesmo local, em concurso formal de delitos.

Expõe o art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

> Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça igualmente é assente que condutas praticadas com vistas a atingir patrimônios de pessoas diversas não podem ser consideradas crime único, devendo ser aplicadas as regras do concurso formal de delito. Senão, confiram-se os seguintes julgados, *in litteris*:

> […] 2. É assente neste Tribunal Superior que, praticado o crime de roubo mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não há se falar em crime único, mas sim em concurso formal, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes. […] (STJ: HC 169.158/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

> *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SUBTRAÇÃO, NO MESMO CONTEXTO FÁTICO, DE BENS PERTENCENTES A DIFERENTES VÍTIMAS. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA QUE CARACTERIZA CONCURSO FORMAL DE DELITOS.

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, não há falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a diferentes vítimas. Em casos que tais, incide a regra prevista no art. 70 do Código Penal.
2. No caso, o paciente, juntamente com corréu, teria abordado duas jovens em ponto de ônibus, subtraindo bens a elas pertencentes.
3. Ordem denegada.
(STJ: HC 151.899/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 16/05/2011)

No entanto, além de terem cometido dois delitos contra o patrimônio em concurso formal, infere-se que o Apelante e seu comparsa atuaram em continuidade delitiva, ao utilizar-se de idêntico *modus operandi* para, de forma subsequente, anunciarem assalto e efetivarem a subtração de pertences na residência localizada na Av. Cardeal da Silva, na lanchonete Açaí da Magrela e na academia Assad Fighters.

Nesse contexto, com razão ao Apelante, ainda que reconhecida a concorrência de concurso formal e de continuidade delitiva, digno de nota que, no caso trazido ao acertamento jurisdicional, deve-se aplicar somente o aumento de pena relativo à continuidade, do contrário, configurar-se-ia *bis in idem*.

Nesse sentido, tem-se recente julgado do Tribunal da Cidadania, abaixo colacionado, *in litteris*:

> […] CONCURSO DE CRIMES. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. ALEGADO *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.
> 1. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes.
> 2. Ocorre *bis in idem* quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra duas vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do reconhecimento do crime continuado em relação ao terceiro assalto cometido. [...]
> (HC 163.591/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 02/06/2011)

Assim, à vista do reconhecimento da prática de delitos de Roubo qualificados pelo concurso de agentes e uso de arma, consumados em continuidade delitiva, é de rigor que as penas infligidas ao Apelante sejam redimensionadas, para excluir da condenação o aumento referente ao concurso formal de crimes.

No que concerne à dosimetria, de acordo com o sistema trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal Brasileiro, após aferição da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta atribuída ao agente, a pena-base correspondente será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Diploma Legal, sendo, em seguida, consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, e, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena, quando o Magistrado firmará a pena definitiva do condenado.

Note-se que, na primeira fase de fixação da pena, o Juiz primevo fixou ao Apelante a reprimenda corporal de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão para cada um dos delitos de Roubo, ao valorar, negativamente, as circunstâncias "culpabilidade" do agente, "consequências", "motivos" e "circunstâncias" do delito.

No ponto, em que pese inidoneamente desvaloradas as duas primeiras das quatro citadas circunstâncias – tendo em vista a utilização de elementos inerentes ao próprio tipo descrito no art. 157 do CPB, que não constituem, destarte, um *plus* que justifique uma exasperação – agiu com proporcionalidade o Julgador ao exasperar a pena básica em um ano e seis meses.

É que, como bem ponderado pelo doutrinador Ricardo Augusto Schmitt, "o critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores (para a exasperação da pena -base) repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo – mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado obtido por 8 (oito), em vista de ser este o número de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal"[54]. *In casu*, frise-se, uma vez calculados dois oitavos da diferença entre a máxima e a mínima pena privativa de liberdade cominada abstratamente ao delito em tela, mister considerar harmônico o aumento estabelecido na sentença guerreada.

Some-se que, ao reconhecer, acertadamente, na segunda fase da dosimetria da pena, a presença das circunstâncias legais capituladas nos arts. 65, incisos I e III, alínea "d" e 61, inciso II, alínea "h", ambos do CPB, o Magistrado *a quo* atenuou a pena-base em um ano, agravando-a, após, em seis meses, mostrando, igualmente, adequabilidade à hipótese em testilha, ao que estipulou a pena intermediária de cada um dos delitos em 05 (cinco) anos de reclusão.

Afora isso, na terceira fase da dosimetria, ante a existência das qualificadoras descritas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CPB, mantém-se a razoável fração de aumento de dois quintos, adotada pelo Magistrado primevo, para, na ausência de causas de diminuição de pena, tornar definitiva a pena de 07 (sete) anos de reclusão para cada um dos crimes de Roubo.

Sob outra vertente, considerando que os delitos de Roubo em testilha foram praticados em continuidade delitiva, aplica-se a pena de apenas um dos crimes, posto que idênticas, aumentada da razão de um quarto, uma vez que o Réu perpetrou ao menos quatro infrações penais em continuidade delitiva, demonstrando progressivo dolo na lesão do patrimônio das vítimas, obtendo-se, portanto, a sanção de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade há de ser o fechado, consoante os ditames do art. 33 do CPB, do art. 387, § 2º, do CPPB e da Instrução Normativa nº 002/2012 do CGJ.

Em face das restrições impostas pelos arts. 44, inciso I, e 77, *caput,* do CPB, deixa-se de substituir a sanção corporal imputada ao Acusado por penas restritivas de direitos, bem assim de aplicar o *sursis* da pena.

Por fim, mantém-se a pena de multa no patamar fixado na sentença guerreada, por mostrar-se proporcional e adequada à hipótese em tela.

54. Op cit, p. 117.

Ante todo o exposto, **CONHECE-SE** e **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL** ao Apelo manejado, para excluir da condenação o aumento de pena referente ao concurso formal de crimes, redimensionando a pena corporal infligida ao Apelante para 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantendo-se a sentença objurgada em seus demais termos.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0008597-76.2010.8.05.0103, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 08.08.2013.

Apelação criminal. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP (ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES).
SENTENÇA QUE APLICOU MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PELO PRAZO MÁXIMO DE 3 (TRÊS) ANOS. MENOR FORAGIDO.
Recurso defensivo que REQUER a absolvição do apelante PELA ATIPICIDADE DO FATO, SUSTENTANDO QUE TERIA SIDO INDUZIDO POR PESSOAS DE SUA CONFIANÇA.
PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.
PRELIMINAR DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ART. 198, VII, DO ECA. MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTES DO STJ.
Materialidade e autoria do ato infracional evidenciadas no conjunto probatório. INDUZIMENTO OU INSTIGAÇÃO QUE NÃO AFASTAM A TIPICIDADE DO FATO, RESTANDO, ADEMAIS, EVIDENCIADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUTOS QUE EVIDENCIAM QUE O APELANTE, EM CONCURSO DE agentes, E ARMADO COM UM REVÓLVER CALIBRE 32, PRATICOU ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP.
Medida socioeducativa DE INTERNAÇÃO QUE SE REVELA ADEQUADA E PROPORCIONAL PARA O CASO CONCRETO. APELO conhecido e IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0008597-76.2010.8.05.0103, da Comarca de Ilhéus, em que figuram, como apelante, ADOLESCENTE e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Consta na representação de fls. 03/04, que no dia 1/9/2010, por volta das 8:00h, na cidade de Ilhéus, o representado, em concurso de agentes com dois elementos imputáveis, e armado com um revólver calibre 32, abordou o Sr. Hugo Ferreira Rodrigues e dele subtraiu um veículo Fiat Strada, a quantia de R$ 100 (cem) reais, um aparelho de telefone celular e documentos pessoais, para, em seguida, e já na posse do veículo subtraído, abordarem uma segunda vítima, o Sr. Roberto Lima Pereira, subtraindo-lhe uma motocicleta Honda CG 125 FAN e deixando a vítima amarrada e amordaçada, até que o menor, na companhia dos demais agentes, foi interceptado por policiais e apreendido em flagrante de ato infracional.

Auto de exibição e apreensão à fl. 25. Auto de reconhecimento à fl. 34.

Termo de audiência de apresentação em Juízo às fls. 47/49.

Ouvida da vítima e de testemunhas de acusação às fls. 55/56 e 105/106 e de testemunhas de defesa às fls. 57/58.

Determinação da desinternação do menor evidenciada pelos documentos de fls. 86/87.

Alegações finais do Ministério Público às fls. 61/65 e da defesa às fls. 115/118.

Proferida a sentença de fls. 121/125, julgou-se procedente a representação, aplicando ao apelante a medida socioeducativa de internação, prevista no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), não ultrapassando o período de 3 (três) anos. Em seguida, determinou-se a busca e apreensão do menor, para cumprimento da medida aplicada.

A defesa do adolescente interpôs recurso de apelação à fl. 131, já acompanhado das razões de apelo às fls. 132/135, pugnando pela absolvição do adolescente, sustentando a atipicidade do fato, uma vez que o adolescente teria sido induzido a praticar o ato infracional por pessoas de sua confiança.

Contrarrazões Ministeriais às fls. 147/151, pelo improvimento do recurso.

Diante da impossibilidade da intimação pessoal do sentenciado, determinou-se a sua intimação por edital, sendo efetivamente cumprida conforme evidencia o documento de fls. 193/194.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 226/228).

É o relatório.

VOTO

Preliminar de ofício.

Inicialmente, ao exame dos autos, observou-se que não foi exercido o juízo de retratação previsto no art. 198, VII, do ECA.

Todavia, considerando que a finalidade deste juízo de retratação é propiciar a possibilidade de uma revisão mais célere, em benefício do menor, pelo próprio Juiz de

1º grau que proferiu a sentença, entendo que determinar, neste momento do processo, a remessa dos autos à comarca de origem, implicaria retardar o andamento do feito, indo de encontro ao próprio objetivo da norma, qual seja, a referida celeridade na revisão da sentença.

De fato, no caso em tela, uma eventual diligência para suprir o juízo de retratação teria um caráter meramente protelatório, pois apenas retardaria a apreciação do feito pelo Tribunal, o qual julgará o recurso independentemente do juízo adotado pelo julgador monocrático.

Além disso, após a interposição do recurso, que se fez acompanhar das razões, bem como das contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público, através do despacho de fl. 152, a Juíza sentenciante determinou a remessa dos autos à superior instância, o que leva à presunção de que manteve, ainda que implicitamente, a decisão impugnada.

Conclui-se, portanto, que o juízo de retratação só faz sentido quando exercido no momento oportuno. Nesse sentido:

> STJ: *"HABEAS CORPUS. ECA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. **1.** AUSÊNCIA DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MERA IRREGULARIDADE. **2.** IMPOSIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. ORDEM DENEGADA. **1.** A ausência do juízo de retratação, previsto no art. 198, inciso VII, do E.C.A., consiste em mera irregularidade, incapaz de afetar a essência do processo, que tem em vista a breve solução dos interesses de menores. Ademais, se no momento processual de exercer o juízo de retratação o magistrado remete os autos à instância superior, é de se considerar, por evidente, que manteve a decisão impugnada. (...)"*. (*Habeas Corpus* nº 181.294 - MG (2010/0143516-0), Quinta Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe: 22/11/2011)

> TJMG: *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PRELIMINAR DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ART. 198, VII, DO ECA - MERA IRREGULARIDADE - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO APELANTE (...) - O juízo de retratação apresenta-se como a possibilidade de reforma da decisão guerreada de forma mais célere, sendo um contra-senso a remessa do feito, estando o mesmo já em segunda instância, ao juízo monocrático para que este se manifeste acerca da possibilidade ou não de modificar seu decisum, tudo provocando retardos perniciosos em feitos desta natureza. (...)"*. (Processo n. 1.0407.04.004998-0/001 (1), 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Braga, j. em 19/12/2005, pub. em 20/1/2006)

Sendo assim, adotando o entendimento de que a falta do juízo de retratação consiste em mera irregularidade, deixo de baixar os autos em diligência e passo ao exame do recurso, considerando presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Não merece prosperar o apelo defensivo.

A materialidade e autoria do ato infracional restaram evidenciadas no conjunto probatório, por meio do auto de exibição e apreensão (fl. 25), do auto de reconhecimento (fl. 34), da confissão do representado, declarações da vítima e depoimentos de testemunhas em Juízo.

Os autos evidenciam que o representado, em concurso de agentes com dois elementos imputáveis, e armado com um revólver calibre 32, abordou o Sr. Hugo Ferreira Rodrigues e dele subtraiu um veículo Fiat Strada, a quantia de R$ 100 (cem) reais, um aparelho de telefone celular e documentos pessoais, para, em seguida, e já na posse do veículo subtraído, abordarem uma segunda vítima, o Sr. Roberto Lima Pereira, subtraindo-lhe uma motocicleta Honda CG 125 FAN e deixando a vítima amarrada e amordaçada, até que o menor, na companhia dos demais agentes, foi interceptado por policiais e apreendido em flagrante de ato infracional.

O auto de fl. 25 descreve a apreensão dos bens subtraídos. Ao passo que o auto de fl. 34 demonstra o reconhecimento do apelante realizado por uma das vítimas, como sendo um dos autores de uma das ações descritas na representação.

Adolescente: *"Que o declarante se encontrou com Rodrigo e Júlio César no Pontal, sendo que ambos estavam na moto roubada em Itacaré; que no Pontal combinaram fazer o assalto; que Júlio César entrou na frente com um revólver; (...) que foi Júlio César quem amarrou a vítima; que somente levaram o veículo; (...) que foram subtraídos cem reais, documentos, cartão da vítima; (...) que o declarante assume que ajudou a amarrar a vítima; (...) que, próximo a Canavieiras, foi realizado o outro assalto; (...) que subtraiu a carteira, a roupa de couro e a moto da vítima"*. (fls. 46/47)

Vítima Hugo Ferreira Rodrigues: *"Que o declarante se dirigiu à propriedade, e por volta das oito horas chegou um rapaz que olhou o imóvel; que, passados alguns minutos, chegou um rapaz, sozinho, que se dirigiu ao declarante, portando uma arma de fogo e anunciando o assalto; que o declarante nem acreditou, pensou que fosse brincadeira, em razão da aparência do rapaz, pois ele parecia um menino; que ele mandou o declarante se ajoelhar, quando o declarante obedeceu, apareceram mais dois elementos; (...) que os elementos levaram machado, facão, além da bolsinha que continha cem reais, celular, todos os documentos do declarante e o carro, provavelmente para colocar a motocicleta da outra vítima; (...) que o declarante não observou se os outros elementos estavam armados, mas pode verificar que o representado estava armado e ele foi quem mandou o declarante se ajoelhar senão atiraria"*. (fls. 55/56)

Os depoimentos das testemunhas de acusação de fls. 105/106 reforçam o conjunto probatório, ao passo em que a ouvida das testemunhas de defesa prestados às fls. 57/58 nada esclareceram a respeito do fato criminoso.

Desse modo, em que pese o esforço da defesa, não há provas nos autos a amparar a tese da atipicidade do fato, valendo ressaltar que o induzimento ou instigação, por si sós, não implicam o desvalor da ação praticada pelo sentenciado.

Evidenciadas a materialidade e autoria do apelante em face dos fatos descritos na denúncia, bem como a sua periculosidade social, entende-se que a medida socioeducativa de internação aplicada se revela adequada e proporcional para o caso concreto, nos termos da sentença, não merecendo qualquer reparo.

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao apelo.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0000978-87.2006.8.05.0000, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 19.03.2013.

EMENTA: APELAÇÃO – PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO – JÚRI – RECURSO DEFENSIVO ARGUINDO NULIDADE DO JULGAMENTO POSTERIOR À PRONÚNCIA – FUNDAMENTO NÃO CONSTANTE DO TERMO DA INTERPOSIÇÃO RECURSAL – POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO, EM FACE DA CONSTATAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA – DE FATO, VÍCIO NA QUESITAÇÃO, EM PREJUÍZO À DEFESA, IMPORTA EM NULIDADE ABSOLUTA – E SENDO A NULIDADE DE NATUREZA ABSOLUTA, TAMBÉM NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PRECLUSÃO, EMBORA OS QUESITOS NÃO TENHAM SIDO IMPUGNADOS EM PLENÁRIO – RESPOSTAS NEGATIVAS POR MAIS DE 3 JURADOS SOBRE A AUTORIA OU COAUTORIA DO CRIME PELO APELANTE – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – INTELIGÊNCIA DO ART. 483, §1º, DO CPP – RECURSO PROVIDO PARA SE RECONHECER A NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO E ABSOLVER O APELANTE.

I – Apelação interposta contra Sentença condenatória proferida após submissão do Recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri, por sua participação, de qualquer modo, no evento danoso.

II – Recurso interposto com fundamento no art. 593, inciso III, alíneas "b", "c" e "d", do CPP. Razões de Apelação que, em vez de se ater aos fundamentos invocados no termo de interposição, alega a ocorrência de "nulidade posterior à pronúncia", matéria objeto da alínea "a" daquele inciso III do art. 593 do CPP.

III – Descompasso com a Súmula 713 do colendo STF, cujo enunciado estabelece que "**o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Tribunal do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição**", não devolvendo, à Superior Instância, o conhecimento integral da causa.

IV – Todavia, embora as apelações das decisões do Tribunal do Júri sejam de fundamentação vinculada, havendo, pois, necessidade da indicação dos motivos do Apelo dentre aqueles previstos nas alíneas do art. 593, inciso III, do CPP, a Instância Superior não fica impedida de apreciar causas de nulidade, até mesmo de ofício, desde quando a hipótese seja de nulidade absoluta, o recurso tenha sido interposto pelo acusado e cause prejuízo à defesa.

V – Nula, *in casu*, a quesitação submetida ao Conselho de Sentença, a macular todo o julgamento, pelo fato de os jurados terem sido inquiridos sobre a participação do Apelante, de qualquer modo, no crime, depois das respostas negativas de 4 deles acerca da autoria ou coautoria. E isso decorreu do fato de o Magistrado, ao formular as

questões, ter inserido o quesito da participação, sem que esta tenha constado da Denúncia ou da Pronúncia.

VI – Hipótese que contraria o instituto da plenitude defensiva perante o Tribunal do Júri, garantido, de forma específica, no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da CF.

VII – Nulidade absoluta, que não importa em preclusão, mesmo não tendo sido os quesitos impugnados em Plenário. Precedentes do STJ e do STF. "**Embora a impugnação à formulação dos quesitos deva ocorrer no julgamento em Plenário, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão, tal entendimento não se aplica às nulidades absolutas, como na hipótese. Precedentes desta Corte Superior**." (STJ, HC 112.492/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 15/3/2010). "**Mostra-se absoluta a nulidade decorrente da junção indevida de matérias, bem como a resultante da falta de quesito inerente à tese implementada pela defesa, não havendo de falar-se em preclusão pelo silêncio da defesa na oportunidade do julgamento.**" (STF, HC 73163/MG, Min. MARCO AURÉLIO).

VIII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo reconhecimento da nulidade absoluta do julgamento.

IX – APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, para acolher-se a preliminar suscitada e RECONHECER A NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO. E, em face da negativa de autoria ou de coautoria do crime em relação ao Apelante, não se poderia formular quesito sobre participação, sendo, de qualquer modo, a absolvição de rigor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000978-87.2006.805.0248, provenientes da Comarca de Serrinha/BA, figurando como Apelante ANTÔNIO PEREIRA DOS SANTOS e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, acolher a preliminar suscitada e RECONHECER A NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO, vencido o Desembargador Relator, que entendia ser relativa a nulidade. E, no mérito, por unanimidade, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER O APELANTE, com as ressalvas feitas pelo Relator designado para lavrar o Acórdão, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Criminal interposto por **JOSÉ NEPOMUCENO DA SILVA**, por meio de advogado constituído, contra a Sentença de fls. 180/182,

que, acolhendo decisão proferida pelo Tribunal do Júri, o condenou à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, por reconhecida infração ao quanto disposto no art. 121, §2º, IV, do CP.

Narra a exordial acusatória que, no dia 14/8/1994, o Acusado, na companhia de terceira pessoa e da vítima, estava num bar jogando dominó, após o que passou a ingerir bebida alcoólica. Já na parte da tarde, a vítima retornou ao local e, ao encontrar o ora Apelante, teve início uma discussão entre ambos. O Acusado estava de posse de uma garrafa, o corréu portava um punhal, enquanto o ofendido estava desarmado.

Ainda conforme a peça vestibular, a vítima foi perseguida pelo Acusado, ora Apelante, e pelo codenunciado, que alternaram-se em golpeá-la com um punhal, impossibilitando qualquer meio de defesa, ocasionando-lhe a morte. O móvel do crime teria sido vingança, em virtude de o ofendido, no ano de 1992, ter causado lesão corporal no Apelante.

Após regular instrução, sobreveio decisão de pronúncia de fls. 93/95, submetendo o Réu a julgamento perante o Tribunal Popular, enquadrando a conduta no tipo descrito no art. 121, §2º, IV, c/c com o art. 29, ambos do CP. Ressalte-se que, nesse ponto, a Decisão de Pronúncia apenas fez referência ao concurso de agentes, de forma ampla, sem especificar a que título, se como autor e partícipe, o Réu seria julgado.

Finda a sessão de julgamento, tendo sido acolhida a tese acusatória, sobreveio a Sentença contra a qual se insurge o Apelante através de recurso de Apelação interposto às fls. 188. Arguiu, em razões de fls. 204/213, a nulidade do julgamento, em virtude da existência de contradição entre os termos da Pronúncia e a quesitação formulada pelo Magistrado Presidente. A esse respeito, afirmou que houve violação ao devido processo legal, na medida em que a Decisão de Pronúncia, limitando a acusação, descreveu a conduta imputada ao Acusado como a de coautoria e, não obstante, em plenário, formulou-se quesito referente à participação. Registra, também, que o Conselho de Sentença, negou, por maioria, a autoria delitiva.

A nulidade, segundo a defesa, apresenta outra nuance a ser considerada. É que, nos termos das razões do apelo, a redação dada ao quesito sobre a participação do Réu no evento danoso foi genérica, sem explicitar o modo como se deu a suposta participação. Ainda mais porque houve indevida inclusão de tese acusatória na quesitação, com dupla tipificação da conduta, a saber, imputando-se o fato ao Acusado tanto na qualidade de autor quanto na qualidade de partícipe.

Pugna, ao final, pela absolvição do Réu, considerando que o Conselho de Sentença negou a autoria delitiva por maioria. Em caráter eventual, pretende a anulação da sessão do Júri, para que novo julgamento seja realizado.

Em sede de contrarrazões (fls. 221/227), ó órgão ministerial rebate todas as pretensões do Apelante, manifestando-se pela manutenção da sentença em toda sua integralidade.

Encaminhados os autos para a Procuradoria de Justiça, colheu-se Parecer de fls. 226/232, em sentido diametralmente oposto, para que seja dado provimento ao Apelo, a fim de anular a decisão recorrida e submeter o Réu a novo júri.

É o Relatório.

VOTO

Como se depreende do Relatório, pretende a Defesa seja o Réu absolvido, ao fundamento de que os jurados teriam negado a autoria. Caso não acolhida **a tese ab-**

solutória, **requer seja anulada a Sessão de Julgamento, submetendo-se o Apelante a novo Júri**, ante a existência de vícios na quesitação, que estaria em desconformidade com os termos da Pronúncia, especificamente no que tange à sua participação no crime.

Sustenta que, pronunciado como coautor do crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 29), mesmo a despeito dos jurados, em resposta ao terceiro quesito, relativo à coautoria, responderem negativamente, ainda assim o magistrado formulou quesito genérico e alternativo, atinente à participação do Réu, ao qual os membros do Conselho de Sentença responderam afirmativamente.

Pontua que esse quesito relativo à participação seria nulo, posto como redigido de forma genérica, não descrevendo o modo pelo qual a conduta do Apelante teria contribuído para o resultado.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO do recurso, eis que cabível e tempestivo.

No que se refere ao mérito, o Relator originário, Des. Nilson Soares Castelo Branco, vislumbrou óbice intransponível ao enfrentamento do pleito de nulidade da quesitação, deduzida nas razões recursais, seja porque a matéria teria restado preclusa, não impugnada no prazo do art. 571, VIII, do CPP, seja ante a existência de entendimento sumulado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL restringindo o exame das matérias recursais àquelas agitadas quando da manifestação da insurgência contra o veredito dos jurados.

Deveras, ao editar a Súmula 713, o Excelso Pretório consagrou que:

> **"O efeito devolutivo da apelação contra decisão do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".**

Fiel, portanto, a essa orientação, o eminente Relator originário afirmou, com inegável acerto, que **"os recursos manejados contra as decisões do Júri devolvem ao Tribunal *ad quem* apenas as matérias delimitadas pelo termo de interposição, sendo irrelevantes as** matérias de mérito que, muito embora alegadas em razões recursais, se mostrem estranhas àquelas indicadas **na petição de interposição do apelo".**

E, no caso, a petição de interposição, vista às fls. 188, contempla, apenas, as alíneas "b", "c" e "d" da Lei Penal Adjetiva, ao passo que as razões recursais circunscrevem-se à alegação de nulidades ocorridas após a Pronúncia, envolvendo matéria que diz respeito tão só à alínea "a" do mencionado dispositivo, única não invocada.

Essa seria, pois, em princípio, a solução a ser aplicada ao caso, posto que, desenganadamente, ao pleitear a nulidade do julgamento por erro de quesitação, a tese do Apelante só encontraria suporte na alínea "a" do inciso III do art. 594 do CPP, matéria estranha e não ventilada pela sua Defesa quando desenhou, às fls. 188, os limites da irresignação.

Ademais, por duas vezes a Defesa se fez silente nestes autos com relação à nulidade dos quesitos formulados aos membros do Conselho de Sentença. A primeira delas quando não os impugnou durante a Sessão do Tribunal do Júri, e a segunda ao deixar de referir-se a essa matéria na petição de interposição do recurso, em que apenas menciona as alíneas "b" , "c" e "d" do inciso III do aludido art. 594.

Esgrimindo sólida argumentação, diz o Relator originário que a matéria atinente à nulidade por deficiência de quesitação não constitui nulidade absoluta, daí porque,

não ventilada no momento azado (art. 571, inciso VIII, do CPP), estaria irremediavelmente preclusa a arguição do suposto vício.

Discordando do Relator originário, a quem sempre faço questão de render homenagens, apresentei enfoque e formulação diversa para a matéria em discussão.

Com efeito, nada obstante as razões recursais veiculem matéria atinente à nulidade depois da Pronúncia, não versada na peça de interposição, tal não se constitui circunstância impeditiva ao exame da insurgência, posto como se trata de nulidade absoluta. Essa, aliás, a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, na sua festejada obra "Recursos no Processo Penal", quando, após tratarem da fundamentação vinculada das apelações do Tribunal do Júri, assinalam que, ainda quando o recorrente sequer se reporte à nulidade, ou tenha fundamentado sua irresignação apenas nas alíneas "b", "c" e "d" do inciso III do art. 359 do CPP, o Tribunal não pode deixar de conhecer e apreciar causa de nulidade absoluta. Eis o trecho que cuida do assunto:

> **"Em regra, o Tribunal só pode conhecer da nulidade expressamente afirmada pela recorrente. Todavia, não fica impedido de apreciar causa de nulidade não apontada, desde que absoluta e se trate de recurso do acusado. Aliás, isso pode acontecer mesmo quando a irresignação esteja assentada nas letras b, c e d do inc. III do art. 593, e não em nulidade." (op. cit., 7ª edição, revista e atualizada, pág.102).**

Em caso, dada a evidente antinomia entre as respostas oferecidas ao terceiro e quarto quesitos, se pode constatar o estado de dúvida e perplexidade dos jurados quando chamados a responder sobre a conduta do Apelante no crime que lhe é imputado nestes autos.

De fato, **quanto ao terceiro quesito, os jurados responderam NÃO, ao serem indagados se o réu, JOSÉ NEPOMUCENO DA SILVA, vulgo "TENENTE", foi o coautor dos golpes de punhal que atingiram a vítima Antônio Pereira dos Santos, o "TOLEBA".**

Por sua vez, ao quarto quesito, responderam **SIM,** admitindo que o réu, **JOSÉ NEPOMUCENO DA SILVA**, vulgo "**TENENTE**", concorreu para a consumação do crime, ajudando terceira pessoa a efetuar os golpes.

Ambos os quesitos, como visto, giram em torno do concurso de pessoas, fenômeno contemplado, sob configurações jurídicas distintas, no art. 29 e seus parágrafos do CP, cuja correta aplicação ao caso se constitui verdadeiro ***punctum pruriens*:**

> **Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.**
> **§ 1º – Se a participação for de menor importância, a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço.**
> **§ 2º – Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.**

Pois bem. O ***caput*** do art. 29, não há nenhuma dúvida, disciplina, em sua primeira parte, a figura da coautoria. Já a parte segunda, e os seus parágrafos, contemplam

hipóteses de mera participação e acessoriedade, em que, não realizando o núcleo do tipo, o agente contribui, de algum modo, com sua conduta, para o resultado, ou agiu com desígnio distinto.

Bem se vê, a essa altura, que, tal como redigidos, os quesitos terceiro e quarto, submetidos ao Júri, ambos contemplariam a figura do concurso de agentes, de resto coerente com a peça acusatória (fls. 02/03) e a Decisão de Pronúncia (fls. 93/95), mas que, ao serem respondidos pelos jurados, conduziram a conclusão diametralmente antinômica e oposta.

E nem se argumente que o quarto quesito não se referia à coautoria, descrita na primeira parte do ***caput*** do art. 29, mas, sim, à mera participação.

Conforme pontuado nas razões recursais, além de não ter sido acusado, na Denúncia, como partícipe, e nem, tampouco, pronunciado como tal,- o que, por si só, já se constituiria motivo de nulidade -, o quarto quesito, ao deixar de descrever o modo como o Apelante teria concorrido para o crime, cerceou a sua defesa, impossibilitando aos jurados valorar corretamente o grau de culpabilidade (desvalor) da sua conduta, para que o Juiz-Presidente pudesse, então, tipificá-la juridicamente na Sentença.

Posta, assim, em traços rápidos, a ***vexata quaestio***, e a despeito dos impeditivos, contidos na legislação ordinária, para enfrentamento da matéria nesta instância revisora, tenho que o princípio da plenitude de defesa, de matriz constitucional, autoriza o exame dos motivos invocados nas razões do apelo, mesmo a despeito de não terem sido objeto de protesto na Sessão de Julgamento e desbordarem as lindes da peça de interposição recursal.

Assim procedendo, não estarei a inovar. Ao contrário, guardo sintonia à antiga jurisprudência do STF, espelhado em Acórdão da lavra do Ministro Soares Muñoz, que já verberava, desde aquela época, no sentido de **"reconhecer-se nulidade do julgamento do Tribunal do Júri, por vício dos quesitos, quando estes não permitam se conheça a vontade dos jurados" (STF-– RT 533/436).**

E exatamente essa é a situação destes autos, em que não se é possível reconhecer, indene de dúvidas, a que título foi o Apelante condenado pelo Tribunal Popular - se como coautor ou partícipe - ou, ainda, se, como partícipe, de que modo e em que intensidade teria concorrido para o crime.

Discorrendo a respeito dos critérios para formulação dos quesitos, não só no que se refere à sua ordem, como, também, ao seu conteúdo e redação à luz da reforma introduzida pela Lei nº 11.689/2008, assim leciona Nereu José Giacomolli:

> **"O art. 483, II, do CPP, determina a quesitação da autoria ou da participação, circunstância que está a obrigar a descrição da modalidade específica da conduta no quesito, quando presente mais de uma modalidade (tiros, pedradas, pauladas, v.g.), mas, afastada a pergunta acerca da participação "de qualquer modo". Somente assim resta fixada a conduta específica de cada acusado. A separação das modalidades de conduta durante as perguntas atende ao critério do questionamento acerca dos fatos, preservando a plenitude defensiva (art. 5º, XXXVIII, "a", CF) e a situação mais favorável ao acusado (inclusive a impugnação da decisão)"** (in Reformas do Processo Penal, Considerações Críticas, ed. Lumen Juris, 2008, p. 102).

Os quesitos contestados pela Defesa, em face da sua redação deficiente, não oportunizaram aos jurados uma compreensão exata da conduta desenvolvida pelo Apelante na dinâmica do crime, induzindo-lhes a perplexidade e contradição em suas respostas, de sorte a fulminar de nulidade o julgamento. É a orientação firme dos nossos Tribunais:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. QUESITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA FORMA DE APRESENTAÇÃO DO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM PLENÁRIO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUGA DO RÉU DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.
> 1. A partir da edição da Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008, foi estabelecida a obrigatoriedade de formulação do quesito genérico de absolvição, que acolhe todas as teses defensivas, a teor da nova redação do art. 483 do Código de Processo Penal. Ausente tal quesito, é nulo o julgamento, nos termos do enunciado n.º 156 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> 2. No Júri, os quesitos devem ser formulados em proposições simples e bem definidas, para que possam ser respondidos com suficiente clareza, de modo a não causar, nos jurados leigos, dúvidas ou perplexidade. Assim, quesitos complexos ou com formulação deficiente geram a nulidade do julgado.
> 3. No caso, embora não tenha sido empregada a redação especificada no § 2.º do art. 483 do Código de Processo Penal, não se detecta a apontada nulidade, uma vez que se formulou o quesito referente à absolvição com conteúdo similar ao mencionado no texto legal.
> 4. Com efeito, ao perguntar "O réu deve ser absolvido?", o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri submeteu aos jurados o questionamento genérico de absolvição, sendo certo que a não observância da forma exatamente prevista no § 2.º do art. 483 do Código de Processo Penal configurou mera irregularidade que não prejudicou a intelecção dos senhores jurados leigos.
> 5. A impugnação à formulação dos quesitos deve ocorrer no julgamento em Plenário, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, ressalvadas as nulidades absolutas, não configuradas na hipótese. Precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal.
> 6. A custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentada para a garantia da aplicação da lei penal, na medida em que, com a fuga do ora Paciente do distrito da culpa, transparece nítida sua intenção de se furtar à persecução criminal do Estado. Precedentes desta Corte.
> 7. Segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "[...] não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 28/8/2008.) 8. Ordem denegada.
> (HC 199.438/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 1/2/2012).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. QUESITAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM PLENÁRIO. PRECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS. SITUAÇÕES DE COMUNICABILIDADE. REGIME INTEGRAL FECHADO. IMPROPRIEDADE. SÚMULA VINCULANTE N.º 26/STF.

1. O quesito de n.º 3 descreve, com clareza, a conduta imputada ao Réu, conforme apresentada em plenário, e não conduziu o Júri a nenhuma resposta dúbia ou controversa; ao contrário, extraiu claramente o veredicto manifestado pelos jurados populares.

2. A impugnação à formulação dos quesitos deve ocorrer no julgamento em Plenário, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, **ressalvadas as nulidades absolutas,** não configuradas na hipótese. Precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal.

3. A teor do art. 30 do Código Penal, não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Já as circunstâncias de caráter objetivo, por sua vez, não são, em princípio, incomunicáveis, a menos que fique comprovado que o coautor não tenha a elas anuído, nem mesmo assumido o risco de sua produção.

4. Não há como excluir, na hipótese, a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que, da acurada leitura dos autos, não se constata a sua manifesta improcedência, ou seja, da narrativa da exordial acusatória, vê-se que era perfeitamente previsível, pelo ora Paciente, o modo de execução do delito. Nesse contexto, o reexame da questão por esta Corte não se mostra viável, uma vez que o *habeas corpus* é sede imprópria para a análise aprofundada do conjunto fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

5. A qualificadora do motivo torpe constitui circunstância de caráter pessoal, que não se comunica automaticamente aos participantes do delito. Precedentes.

6. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 e, após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.

7. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado e a sentença de primeiro grau, reduzir a pena do Paciente para 8 (oito) anos de reclusão. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para afastar a imposição do regime integralmente fechado, permitindo-se ao Paciente a progressão de regime prisional.

(HC 101.219/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/9/2010, DJe 8/11/2010)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMCÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI. QUESITAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. SÚMULA 162 DO PRETÓRIO EXCELSO. REDAÇÃO INDEVIDA. PERPLEXIDADE.

I – Em que pese a regra geral determinar devam as nulidades quanto aos quesitos serem arguidas em plenário sob pena de preclusão, **tal entendimento não alcança as chamadas nulidades absolutas.**

II – Verifica-se, in casu, a inobservância da ordem de formulação dos quesitos – *in casu* as qualificadoras precederam à indagação acerca da participação do paciente – apta a atrair a incidência da Sumula 162 do Pretório Excelso **"É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes".**

III – Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalia delicti*).

IV – No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, *ex vi* art. 30 do C.P., incomunicável.

V – É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade automática de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal in concreto.

Ordem concedida.

(HC 78.404/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA evidentemente,- TURMA, julgado em 27/11/2008, DJe 9/2/2009).

Do entendimento jurisprudencial não discrepa a doutrina. A propósito do tema, preleciona Fernando Tourinho Filho:

"Em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio "*pas de nullité sans grief*". Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso que haja, entre a sua imperfeição e o prejuízo das partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido. O prejuízo, aqui, evidentemente, é *juri et de jure*, inadmitindo prova em contrário. Essa a espinha dorsal, a viga-mestra que sustenta todo o capítulo das nulidades, e vem inserta no art. 563 do CPP. *In verbis*: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

E acrescenta o renomado jurista:

"Outro princípio geral adotado vem inserto no art. 566 do mesmo estatuto: Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (Manual de Processo Penal, 15a Edição, Editora Saraiva, 2011, p. 546).

Transportando-se o entendimento da jurisprudência e da doutrina derredor da questão, percebe-se que, na hipótese dos autos, a decisão recorrida encerra nulidade absoluta, ***data venia***.

Primeiro, porque, além de o Apelante não ter sido acusado, na Denúncia, como partícipe, e nem, tampouco, pronunciado como tal, – o que, por si só, já constituiria motivo de nulidade –, o quarto quesito, ao deixar de descrever o modo como o Apelante teria concorrido para o crime, cerceou a sua defesa, impossibilitando aos jurados valorar

corretamente o grau de culpabilidade (desvalor) da sua conduta, para que o Juiz-Presidente pudesse, então, tipificá-la juridicamente na Sentença. Em assim não procedendo, entendo que houve violação, também, ao princípio da individualização da pena.

Segundo, porque os quesitos contestados pela Defesa, em face da sua redação deficiente, não oportunizaram aos jurados uma compreensão exata da conduta desenvolvida pelo Apelante na dinâmica do crime, induzindo-lhes a perplexidade e contradição em suas respostas.

E, finalmente, porque não foi dado ao Apelante conhecer, indene de dúvidas, a que título foi condenado pelo Tribunal Popular - se como coautor ou partícipe -, ou, ainda, se como partícipe, de que modo e em que intensidade teria concorrido para o crime, gerando, com isso, por incoercível lógica, prejuízo para a defesa.

Em tais circunstâncias, não há outra solução senão a de proclamar a nulidade da decisão do Conselho de Sentença, sob pena de, como escreveu, em forma lapidar, Calmon de Passos, **"frustrar a exigência constitucional de se deferir a tutela jurídica àquele que, nos termos do que foi prévia e politicamente pactuado e formalizado, faz jus a essa proteção"** (Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais, apud Rômulo de Andrade Moreira, Curso Temático de Direito Processual, p. 267, 2a edição, Editora Juruá).

No caso específico, a exigência constitucional prévia e politicamente pactuada, e frustrada ao Apelante, se consubstancia na plenitude de defesa, que não lhe foi assegurada, bem como no princípio da individualização da pena, na medida em que, não restando claras a forma e a intensidade de sua participação no evento danoso, não há como aquilatar se a pena fixada na sentença teria sido corretamente dosada e adequada.

Adotando essa linha de intelecção, salientou a ilustre Procuradora de Justiça, Wanda Valbiraci Caldas Figueiredo, em seu Parecer de fls. 226/232:

> **"Por conseguinte, vale ressaltar que no processo penal o réu se defende dos fatos narrados denúncia e na pronúncia. Assim, a conduta imputada ao ora recorrente, efetivamente, não corresponde à figura do partícipe, mas sim de verdadeiro coautor direto, isto é, um dos responsáveis pelos golpes desferidos contra a vítima, que acabaram resultando em seu óbito. Nesse aspecto, ainda se observa que a tese acusatória sustentada em plenário foi a "Condenação nos termos da Pronúncia", logo não poderia a defesa ser surpreendida, por tese inovadora e alternativa de contribuição, "de qualquer forma", para o resultado, após a resposta negativa ao quesito da autoria".**

Enfim, o Apelante não teve direito à ampla defesa da condenação que lhe foi imposta – de partícipe –, pois a Denúncia e a Pronúncia não lhe imputaram essa acusação. E a reprimenda aplicada, sem que tenham sido estabelecidas de que forma e em qual intensidade o Apelante participou do crime, em meu entendimento, fere, também, o princípio da individualização da pena.

O prejuízo causado à Defesa, em meu sentir, restou exaustivamente evidenciado.

Posto isto, a conclusão deste Relator Designado para Lavrar o Acórdão foi no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO E, DECRETANDO A NULIDADE ABSOLUTA DA DECISÃO RECORRIDA, DETERMINAR QUE O APELANTE FOSSE SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI.**

Por sua vez, o terceiro Julgador, embora concordando com a tese da nulidade absoluta, e, pois, também conhecendo do recurso, concluiu, porém, no mérito, pela absolvição do Apelante, a cujo entendimento aderiu o Relator originário, formada, assim, maioria em torno da tese absolutória. E assim entenderam com base na interpretação do art. 483, § 1º, do Código de Processo Penal, que estabelece:

> Art. 483 – Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:
> I – a materialidade do fato;
> II – a autoria ou participação;
> III – se o acusado deve ser absolvido;
> IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
> V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.
> **§1º – A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.**

Destarte, com fundamento no dispositivo supra transcrito, entendeu esta Turma Julgadora, por maioria, que, não tendo sido suscitadas na Denúncia, na Decisão de Pronúncia e nos debates em Plenário, pela Acusação, questões atinentes à participação do Apelante no fato delituoso, seria de rigor a aplicação da regra contida no parágrafo 1º, do art. 483, do Código de Processo Penal, ou seja: **a resposta negativa, de 4 jurados, sobre a autoria ou coautoria deveria encerrar a votação com absolvição do Acusado.**

Em abono à sua tese, traz-se à colação Acórdão unânime do TJ/RS, nos autos da Apelação Criminal 70004034013, da Câmara Especial, sendo Relator o Des. Mário Rocha Lopes Filho, cuja Ementa está assim redigida:

> **"JÚRI. APELAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. COAUTORIA. MANDANTE. QUESITO GENÉRICO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECONHECIMENTO. CONTRADIÇÃO DE VERSÕES. 1. Tendo a ré sido denunciada em concurso de pessoas como coautora, por ser a mandante do homicídio praticado contra seu esposo, e assim foi pronunciada, mostra-se absolutamente nula a submissão ao Conselho de Sentença do quesito genérico apontando ter concorrido de qualquer modo, por afrontar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 2. Tendo o Conselho de Sentença negado a participação como mandante, resta nula a decisão imposta pelo Juiz- Presidente com base em quesito nulo, quando a ré já estava absolvida pelo quesito específico. Desse modo, não há motivo para enviar a acusada a novo julgamento, pois a nulidade se refere apenas à sentença contrária à decisão do Conselho de Sentença. APELO DE DEFESA PROVIDO PARA DECLARAR A ABSOLVIÇÃO DA RÉ, RESTANDO PREJUDICADO OS DEMAIS PEDIDOS E O APELO DA ACUSAÇÃO, EM DECISÃO UNÂNIME".**

Este Relator Designado para Lavrar o Acórdão, em razão do Princípio do Colegiado, até porque não há Embargos Infringentes para a Acusação, acompanhou a Turma

Julgadora, registrando, todavia, sua discordância, por entender que o Juiz-Presidente formulou quesito atinente à participação do Apelante, ao qual os jurados responderam AFIRMATIVAMENTE, estabelecendo, assim, uma manifesta incongruência entre as respostas dadas ao terceiro e quarto quesitos.

Os jurados, no sentir deste Relator Designado para o Acórdão, que tomaram, previamente, conhecimento dos quesitos que lhes seriam formulados, e não suscitaram qualquer dúvida, **somente responderam NÃO ao Quesito da Coautoria (terceiro quesito) porque iriam responder SIM, como o fizeram, ao quesito da Participação (quarto quesito).** E, logo em seguida, **responderam NÃO ao quesito da absolvição do Réu (quinto quesito), ora Apelante.**

Com as respostas dos jurados, concluiu este Relator Designado para o Acórdão que o Tribunal, absolvendo o Apelante, estaria contrariando a Decisão Soberana do Tribunal Popular. Daí porque entendia correto acolher a preliminar de nulidade absoluta para submeter o Apelante a novo julgamento, sob pena de incidir, esta Turma julgadora, em violação ao princípio do juiz natural, deliberando por uma absolvição que foi negada pelo Conselho dos Sete, único competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Em relação ao julgado trazido à colação pela douta maioria, **entendo que somente se aplicaria ao caso se não houvesse sido formulado o quesito sobre a participação de qualquer modo, respondido pelos jurados de forma afirmativa.**

Nada obstante, acompanho a Douta Maioria, adotando o Princípio do Colegiado, com as ressalvas antes apontadas, uma vez que, de ordem prática, um voto divergente não alteraria o resultado nem propiciaria interposição de Embargos Infringentes, **Recurso exclusivo da Defesa ou em benefício do Réu (CPP, art. 609, parágrafo único).**

Diante do exposto, **POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR ORIGINÁRIO, ACOLHIDA A PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA, CONHECE-SE DO RECURSO, E, NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE, DÁ-SE PROVIMENTO PARA ABSOLVER O APELANTE, COM FUNDAMENTO NO ART. 483, § 1º, DO CPP, TENDO EM VISTA QUE 4 (QUATRO) JURADOS RESPONDERAM NEGATIVAMENTE AO QUESITO ACERCA DA AUTORIA OU DA COAUTORIA DO CRIME, E DADA A CONDIÇÃO DE PARTÍCIPE NÃO TER SIDO VENTILADA NA DENÚNCIA, NA DECISÃO DE PRONÚNCIA, NEM, TÃO POUCO, SUSCITADA NOS DEBATES EM PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI, RAZÃO PELA QUAL NÃO PODERIA SER QUESITADA.**

Por fim, havendo a Turma Julgadora concluído pela absolvição, determina-se a expedição de Alvará de Soltura em favor do Apelante, se por outro motivo não estiver preso.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0001938-63.2009.8.05.0078, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 14.03.2013.

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTS. 213 E 214 C/C O ART. 224, "A", DO CP (ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS), EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (ART. 69 DO CP). CONDUTAS ATUALMENTE TIPIFICADAS NO ART. 217-A DO CP (ESTUPRO DE VULNERÁVEL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA DEFINITIVA DE 18 (DEZOITO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DO PAGAMENTO DA QUANTIA DE 10 (DEZ) SALÁRIOS MÍNIMOS, A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL, PARA CADA UMA DAS VÍTIMAS.
APELO DEFENSIVO QUE PUGNA, PRELIMINARMENTE, PELA NULIDADE DO PROCESSO, POR TEREM SIDO JULGADOS DOIS FATOS DISTINTOS E SEM NEXO CAUSAL, EM UM MESMO PROCESSO E, NO MÉRITO, PELA ABSOLVIÇÃO DO RÉU, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER-SE A APLICAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL.
PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.
DOCUMENTO DE IDENTIDADE E CERTIDÃO DE NASCIMENTO DAS VÍTIMAS, RESPECTIVAMENTE, ÀS FLS. 14 E 358, QUE ATESTAM A MENORIDADE. DENÚNCIA QUE DESCREVE MINUCIOSAMENTE O FATO CRIMINOSO, EM TODAS AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS, SATISFAZENDO AS EXIGÊNCIAS DO ART. 41 DO CPP. CONDUTAS CRIMINOSAS DA MESMA NATUREZA ATRIBUÍ-DAS A UM MESMO SUJEITO ATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS NO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRELIMINAR REJEITADA.
IMPOSSIBILIDADE, NO CONJUNTO PROBATÓRIO, DE PRECISAR A IDADE DA PRIMEIRA VÍTIMA DURANTE A PRÁTICA DOS ATOS SEXUAIS, SUPOSTAMENTE OCORRIDOS DURANTE O ANO DE 2007 E/OU 2008, IMPONDO-SE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *"IN DUBIO PRO REO"*, PARA ABSOLVER O ACUSADO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, ENTÃO TIPIFICADO NO ART. 213 C/C O ART. 224, "A", DO CP.
MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTROVERSAS NOS AUTOS, QUANTO AO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO DURANTE O ANO DE 2009, CONTRA A SEGUNDA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESCINDIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DO ATO SEXUAL, NO LAUDO PERICIAL, PARA EVIDENCIAR O CRIME, UMA VEZ DEMONSTRADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ACUSADO QUE, NO ANO DE 2009, APÓS OFERECER BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 14 ANOS, COM ELA PRA-

TICOU ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL.
RÉU PRIMÁRIO, MAS POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDUTA SOCIAL REPROVÁVEL, UMA VEZ QUE RESTOU DEMONSTRADO SER HABITUAL NA BUSCA PELA SATISFAÇÃO DE SUA LASCÍVIA COM ADOLESCENTES, SEM PREOCUPAR-SE COM A IDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DEFINITIVA POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO.
AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO FIXADO, POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.
APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA ABSOLVER O RÉU PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, ENTÃO PREVISTO NO ART. 213 C/C O ART. 224, "A", DO CP, REDUÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA, QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, ENTÃO PREVISTO NO ART. 214 C/C O ART 224 "A", DO CP E, DE OFÍCIO, AFASTAMENTO DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO FIXADO NA SENTENÇA E CONCESSÃO DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS* AO APELANTE.
DECISÃO UNÂNIME.

Apelação defensiva que pugna, preliminarmente, pela nulidade do processo, por terem sido julgados dois fatos distintos e sem nexo causal, em um mesmo processo e, no mérito, pela absolvição do réu, por insuficiência de provas de materialidade e autoria delitivas. Subsidiariamente, requer-se a aplicação da pena no mínimo legal.
Contrarrazões Ministeriais que requerem o improvimento do apelo defensivo.
Opinativo da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, a fim de que seja absolvido o réu pelo crime de estupro e, mantida a condenação pelo crime de atentado violento ao pudor, seja reduzida a pena.
Documento de identidade e certidão de nascimento das vítimas, respectivamente, às fls. 14 e 358, que atestam a menoridade. Denúncia que descreve minuciosamente o fato criminoso, em todas as suas circunstâncias, satisfazendo as exigências do art. 41 do CPP. Condutas criminosas da mesma natureza atribuídas a um mesmo sujeito ativo. Ampla defesa e contraditório assegurados no processo. Inexistência de nulidade. Preliminar rejeitada.
Inexistência de prova segura e incontroversa a fundamentar uma sentença condenatória quanto ao crime de estupro praticado contra a

primeira vítima. Suposta vítima que declarou ter consentido com as relações sexuais e que manteve, pelo período de um ano, relação de namoro com o réu. Acusado que afirmou ter relações com a vítima durante o ano de 2008, quando já era maior de 14 anos. Vítima, ademais, que retificou depoimento judicial e, em novo depoimento prestado em tabelionato de notas, na presença de tabelião e testemunhas, afirmou que as relações foram mantidas durante o ano de 2008 e, portanto, quando já possuía 14 anos. Impossibilidade, no conjunto probatório, de precisar a idade da vítima durante a prática dos atos sexuais, impondo-se a aplicação do princípio "*in dubio pro reo*".
Materialidade e autoria delitivas incontroversas nos autos, quanto ao crime de atentado violento ao pudor praticado durante o ano de 2009, contra a segunda vítima, menor de 14 anos. Prescindibilidade de constatação do ato sexual, no laudo pericial, para evidenciar o crime, uma vez demonstrado por outros meios de prova, sob o crivo do contraditório. Declarações do corréu, da vítima e de uma testemunha, em Juízo, que evidenciam a prática do crime.
Acusado que, no ano de 2009, após oferecer bebida alcoólica a menor de 14 anos, com ela praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Réu primário, mas possuidor de maus antecedentes criminais. Conduta social reprovável, uma vez que restou demonstrado ser habitual na busca pela satisfação de sua lascívia com adolescentes, sem preocupar-se com a idade. Possibilidade de fixação da pena-base e definitiva pouco acima do mínimo legal: 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.
Afastamento, de ofício, do valor mínimo indenizatório fixado, por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.
Apelo conhecido e parcialmente provido, para absolver o réu pelo crime de estupro de vulnerável, então previsto no art. 213 c/c o art. 224, "a", do CP, redução da pena e modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto ao crime de estupro de vulnerável, então previsto no art. 214 c/c o art. 224 "a", do CP e, de ofício, afastamento do valor mínimo indenizatório fixado na sentença.
Concessão de *habeas corpus*, de ofício, ao apelante, tendo-se em vista a redução da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, a modificação do seu cumprimento para o regime semiaberto e o fato do do apelante se achar preso em estabelecimento prisional fechado há mais de três anos, com a expedição do competente alvará de soltura.
Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº. 0001938-63.2009.8.05.0078, da Comarca de Euclides da Cunha, em que figuram, como apelante, HÉLIO DE OLIVEIRA SOUZA e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO.

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

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra HÉLIO DE OLIVEIRA SOUZA, vulgo "ZEZÉ CALÇO PÉ", ora apelante, e EDMILSON JOSÉ DOS SANTOS, qualificados nos autos, o primeiro, como incurso no art. 213 c/c o art. 224, "a", e art. 217-A, do CP (estupro de vulnerável), em continuidade delitiva e o segundo, como incurso no art. 218-B, do CP (exploração sexual de vulnerável).

Consta na peça acusatória, em síntese, que durante o ano de 2007, o acusado HÉLIO manteve, por diversas, conjunção carnal com vítima menor de 14 anos e, durante o ano de 2009, com uma segunda vítima, também menor de 14 anos, enquanto que o acusado EDMILSON intermediou os encontros do acusado HÉLIO com a segunda vítima, dando-lhe determinada quantia em dinheiro, e explorando, portanto, sexualmente, a menor.

A denúncia foi instruída com o Inquérito Policial de fls. 06/61 e recebida por despacho datado de 04.12.2009 (fl. 75).

Laudo de exame de estupro às fls. 16/17. Laudo de exame pericial realizado nos aparelhos celulares do réu HÉLIO às fls. 205/206, acompanhado da impressão de fotografias às fls. 207/222. Laudo de exame pericial realizado na câmera fotográfica do réu HÉLIO às fls. 427/428, acompanhado da impressão de fotografias às fls. 430/548.

Respostas à acusação às fls. 85/91 e 94/99.

Ouvida de vítimas e testemunhas de acusação às fls. 172/180 e 349/350 e de defesa, às fls. 181/185 e 293. Termos de qualificação e interrogatório dos réus às fls. 186/189 e 294/300.

O Ministério Público ofereceu alegações finais às fls. 359/377 e a defesa, às fls. 378/379 e 395/417.

Sobreveio sentença (fls. 582/616), absolvendo o réu Edmilson José dos Santos e condenando o réu Hélio de Oliveira Souza, como incurso nos arts. 213 e 214 c/c o art. 224, "a", do CP, cada um, contra vítimas distintas, em concurso material de crimes (art. 69 do CP).

Para cada um dos crimes, foi aplicada a pena-base de 09 (nove) anos de reclusão que, somadas, tornou a pena final e definitiva em 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além da quantia de 10 (dez) salários mínimos, a título de reparação por dano moral, para cada uma das vítimas.

Réus e vítimas intimados à fl. 626v dos autos.

Foi negado ao sentenciado HÉLIO o direito de recorrer em liberdade.

A defesa interpôs, tempestivamente, recurso de apelação à fl. 608, tendo apresentado as razões do apelo às fls. 679/697, requerendo, preliminarmente, a nulidade do processo, por terem sido julgados dois fatos distintos e sem nexo causal, em um mesmo processo e, no mérito, a absolvição do réu, por insuficiência de provas de materialidade e autoria delitivas e, subsidiariamente, a aplicação da pena no mínimo legal.

Contrarrazões de apelação às fls. 708/736, pugnando pela manutenção da condenação do réu, nos exatos termos da sentença.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 738/747, manifestando-se pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, a fim de que seja absolvido o réu pelo crime de estupro e, mantida a condenação pelo crime de atentado violento ao pudor, seja reduzida a pena.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, sustentou a defesa, a nulidade do processo, por terem sido julgados dois fatos distintos e sem nexo causal, em um mesmo processo.

Compulsando os autos, verifica-se que a denúncia descreve minuciosamente o fato criminoso, em todas as suas circunstâncias, satisfazendo as exigências do art. 41 do CPP, sendo que o documento de identidade e certidão de nascimento das vítimas, acostados, respectivamente, às fls. 14 e 358, atestam a menoridade das mesmas.

Ademais, as condutas criminosas possuem a mesma natureza e foram atribuídas a um mesmo sujeito ativo, tendo sido assegurados ao réu a ampla defesa e o contraditório, não havendo se falar em nulidade.

Preliminar rejeitada.

No mérito, quanto ao crime de estupro, que supostamente teria sido praticado em 2007, ao exame do conjunto probatório, verifica-se não existir prova segura e incontroversa a fundamentar uma sentença condenatória.

A suposta vítima, em Juízo, declarou ter consentido com as relações sexuais e que manteve, pelo período de um ano, relação de namoro com o réu, nos seguintes termos:

"Que confirma todos os fatos narrados na denúncia; (...) que nessa época tinha 13 anos; (...) que teve namoro com o acusado por um (01) ano; que dentro desse namoro existiam relações sexuais entre o réu Hélio e a declarante; que o réu nunca lhe ameaçou de nada e tinha relações com o mesmo porque queria; que antes do réu já teve outros namorados; (...) que o acusado não sabia sua idade enquanto manteve namoro com a mesma". (fl. 179)

Ainda que se reconheça a presunção absoluta de violência em crimes sexuais praticados contra menor de 14 anos, o fato é que, no caso concreto, não se pode precisar a idade da vítima ao tempo das relações sexuais.

Embora a mesma tenha declarado, em Juízo, que tinha 13 (treze) anos à época dos fatos, o réu negou, peremptoriamente que os fatos ocorreram no ano de 2007, mas sim, em 2008, quando a vítima já tinha atingido 14 (catorze) anos.

Hélio de Oliveira Souza: *"Que conheceu a menor numa festa; (...) que depois ela passou a ligar para o interrogado e passaram a namorar; (...) que passou a ter relações sexuais com a menor na Pousada Morada do Sol; que o relacionamento com a menor durou todo o ano de 2008; (...) que a menor tinha dito ao interrogado que tinha 15 anos"*. (fls. 295/300)

Nenhum outro depoimento nos autos, firmado em Juízo, aponta que a vítima poderia ser menor de 14 anos na data dos fatos.

Reforçando a tese de fragilidade do conjunto probatório para esta condenação, a defesa juntou aos autos o documento de fls. 764/764v, no qual a vítima retifica o seu depoimento judicial e, em novo depoimento prestado em tabelionato de notas, na presença de tabelião e testemunhas, afirmou que as relações foram mantidas durante o ano de 2008 e, portanto, quando já possuía 14 anos, nos seguintes termos:

"Que conheceu o Sr. Hélio em 2007 e que veio a ter um caso afetivo com o mesmo a partir de 2008, quando efetivamente já tinha completado 14 anos, quando inclusive veio a ter relações sexuais com o mesmo".

Assim é que, diante da impossibilidade, no conjunto probatório, de se precisar a idade da vítima durante a prática dos atos sexuais, impõe-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Quanto ao crime de estupro de vulnerável, então tipificado no art. 214 c/c o art. 224, "a", do CP, atribuído ao réu, praticado durante o ano de 2009, a materialidade e autoria delitivas restam incontroversas nos autos.

Inicialmente, entende-se imprescindível a constatação do ato sexual, no laudo pericial, para evidenciar o crime, uma vez que demonstrado por outros meios de prova, sob o crivo do contraditório.

Até porque, conforme se pode observar no próprio laudo, o exame pericial foi realizado cerca de quatro meses após o fato, sendo praticamente impossível a constatação de um ato libidinoso diverso da conjunção carnal por meio de exame pericial.

De fato, desde que o crime seja evidenciado por outros meios de prova, torna-se prescindível a sua constatação por laudo pericial. Nesse sentido:

STJ: *"Se mostra prescindível a perícia – exame de corpo de delito – para os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor que, por vezes, não deixam vestígios, máxime havendo nos autos provas outras que auxiliem o julgador na formação do seu convencimento. Precedentes do STJ e STF"*. (HC 177980/BA, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 1º/8/2011)

Na hipótese dos autos, as declarações do corréu absolvido, da vítima e de uma testemunha, em Juízo, evidenciam a prática do crime, permitindo um juízo de valor seguro sobre a sua ocorrência e a autoria do apelante.

Os autos evidenciam que o acusado, no ano de 2009, após oferecer bebida alcoólica a menor de 14 anos, com ela praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Assim é que, além do fato da vítima ser, à época, menor de 14 anos e, portanto, considerada vulnerável, por presunção absoluta, não possuindo discernimento suficiente para consentir validamente aos atos sexuais a que foi submetida, lhe foi oferecida bebida alcoólica e, após se encontrar em estado de embriaguês, foi abusada sexualmente pelo réu.

Declarou a vítima: *"Que confirma os fatos narrados na denúncia; que conheceu o acusado Hélio através de Islane; que essa menina era sua amiga na época; (...) que, na terceira vez que saiu com o acusado, foi quando aconteceram os fatos da denúncia; (...) que perto da esquina de sua casa existia um carro branco, de vidros escuros, sendo que a própria Islane lhe convidou a entrar nele; que neste carro estava o acusado Hélio, tendo a depoente entrado, e também Islane e Edmilson; que Islane foi na frente do carro e a depoente no fundo; que o acusado chamou todos para irem tomar uma 'cervejinha'; que ainda argumentou que não fazia uso de bebida alcoólica, mas acabou bebendo; (...) que depois foram para outro bar fora da cidade, parecendo uma chácara; que todos beberam de novo neste outro bar; que então foram para um terceiro bar, próximo ao posto Ralene, onde ali já não estavam mais Islane e Edmilson; que os dois saíram para ver os namorados respectivos; que nesse ponto já tinha bebido muito; (...) que tinha 13 (treze) anos de idade nessa época; (...) que antes de desmaiar, lembra-se do acusado Hélio ter tirado a sua blusa já dentro do carro do lado do bar; (...) que já em frente ao 'Paulistinha', Zezé lhe falou que 'lavasse bem direitinho a vagina'; (...) que logo que chegou em casa tomou uma surra de sua mãe porque tinha demorado; (...) que o mesmo lhe disse que o que tinha feito com a depoente foi 'nas pernas'"*. (fls. 172/173)

O referido depoimento encontra-se em harmonia com as declarações prestadas pela própria vítima, ainda em sede de investigação preliminar (fls. 09/10). O correú afirmou, em Juízo, que o apelante praticou atos sexuais com a vítima.

Edmilson José dos Santos: *"Que confirma que Hélio lhe passou a quantia de R$ 10,00 (dez reais) para que lhe entregasse à menor; (...) que a menor lhe disse que teve relação sexual com Hélio no dia que foram pra festa; (...) que realmente Islane estava com o interrogado e o acusado Hélio no dia do suposto encontro sexual da vítima com o mesmo; (...) que viu o acusado Hélio pegando nas pernas e braços da vítima quando estavam num bar, nesta cidade; (...) que a vítima, no dia em que saiu na companhia do interrogado e de Hélio, voltou de lá estranha, tonta em demasia, porém sem desmaiar"*. (fl. 189)

Igualmente esclarecedor o depoimento da testemunha Islane Santos: *"Que no ano passado (2009), em data que não se recorda, estava em companhia de Edmilson, no Jardim desta cidade, conversando, quando Edmilson recebeu uma ligação telefônica do réu Hélio dizendo ao mesmo que fosse buscar a vítima; que saiu com Edmilson e foi até a casa da vítima, a pé, e lá buscou ela; (...) que então a vítima saiu de casa com a depoente e também Edmilson; que o denunciado Hélio estava esperando todos na esquina, de carro, e então todos entraram no carro de Hélio; (...) que no outro dia se encontrou com a vítima; que a mesma estava alegre e disse que tinha perdido a virgindade com Zezé; (...) que acredita que a vítima tinha 13 anos nessa época; (...) que a vítima também disse que Zezé teria feito sexo com ela quando estava muito bêbada"*. (fl. 175)

As testemunhas de defesa nada esclareceram sobre o fato criminoso.

Provadas a materialidade e autoria delitivas, passo à dosimetria de pena.

O réu é primário, porém, possuidor de maus antecedentes criminais, conforme evidenciado nos autos e na própria sentença. A sua conduta social é reprovável, uma vez que restou demonstrado ser habitual na busca pela satisfação de sua lascívia com adolescentes, sem preocupar-se com a idade, sendo cabível a fixação da pena-base e também definitiva, pouco acima do mínimo legal: 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Quanto ao valor mínimo indenizatório fixado na sentença, reconhece-se o equívoco do Magistrado de piso ao fixar, de ofício, valor mínimo indenizatório em favor das vítimas, com fulcro no art. 387, IV, do CPP.

Entende-se que a imposição de ofício pelo Magistrado, do *quantum* a ser indenizado, inviabiliza a produção de provas pela defesa, no intuito de indicar valor diverso, ou mesmo alegar inexistência de prejuízo material ou moral a ser reparado, violando, desse modo, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nesta esteira, entende-se que apenas quando houver provocação do Ministério Público ou do Assistente de Acusação acerca do montante a ser fixado a título de indenização, é que pode ser fixado um valor pecuniário a título de reparação de danos, sob risco de ofensa ao Princípio da Inércia da Jurisdição.

Nesse sentido: "*Embargos de declaração - alegação de omissão no acórdão em relação ao disposto no art. 387, IV, do CPP – omissão existente - fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração – ausência de elementos nos autos para quantificar a indenização - fixação de ofício que pode causar violação ao princípio do contraditório e da inércia da jurisdição – embargos acolhidos sem efeito infringente". (TJPR – 1ª Câmara Criminal – EDC 0525161-4/01 – Uraí - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Luiz Osório Moraes Panza – Unânime – J. 19/3/2009)*.

Guilherme Nucci assim dispõe sobre o tema: "*Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação) ou do Ministério Público. (…) Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa." (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p.387).*

Apelo conhecido e parcialmente provido, para absolver o réu pelo crime de estupro de vulnerável, então previsto no art. 213 c/c o art. 224, "a", do CP, para redução da pena e modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto ao crime de estupro de vulnerável, então previsto no art. 214 c/c o art. 224, "a", do CP e, de ofício, afastamento do valor mínimo indenizatório fixado na sentença condenatória.

Concessão de *habeas corpus*, de ofício, ao apelante, tendo-se em vista a redução da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, a modificação do seu cumprimento para o regime semiaberto e o fato do apelante se achar preso em estabelecimento prisional fechado há mais de três anos, com a expedição do competente alvará de soltura.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0213094-72.2007.8.05.0001, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 13.12.2012.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO EM ÂMBITO DOMÉSTICO (ART. 217-A C/C O ART. 61, II, "F", DO CP). SENTENÇA absolutória. RÉU SOLTO.
APELO interposto pela assistente de acusação, QUE PUGNA PELA absolvição imprópria do réu, para fins de aplicação de medida de segurança.
Em sede de contrarrazões, o apelado, REPRESENTADO PELA Defensoria Pública, arguiu, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso de apelação, seja porque a petição foi subscrita por advogada sem poderes para representar a assistente de acusação, seja em razão da intempestividade, uma vez protocolada em data anterior à publicação da sentença no DJE. No mérito, REQUER-SE A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.
PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELA rejeição das preliminares e, no mérito, pela MANUTENÇÃO DA absolvição DO RÉU, nos termos da sentença.
INOCORRÊNCIA DE EXTEMPORANEIDADE QUANDO O RECURSO DE APELAÇÃO É INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA, MORMENTE QUANDO O RECORRENTE JÁ TINHA CIÊNCIA DO INTEIRO TEOR DA DECISÃO E ESTA JÁ ESTAVA MATERIALIZADA NOS AUTOS.

EVENTUAL VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO, AINDA QUE EXISTENTE, QUE RESTOU SANADO, TENDO EM VISTA A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DA ADVOGADA RECORRENTE NOS ATOS DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, INCLUSIVE, COM A PRESENÇA DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO.
REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES ARGUIDAS PELO APELADO.
RÉU denunciado por ter, SUPOSTAMENTE, em novembro de 2005, no interior de sua casa, submetido a VÍTIMA infante a praticar com ele diversos atos libidinosos diversos da conjunção carnal.
LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO. VÍTIMA QUE NÃO DEPÔS EM JUÍZO. DECLARAÇÕES DA GENITORA DA VÍTIMA DESCREDITADAS PELOS DEPOIMENTOS DE INÚMERAS TESTEMUNHAS.
AUTORIA DELITIVA NÃO EVIDENCIADA NOS AUTOS. ACERVO PROBATÓRIO QUE NÃO AUTORIZA O DESFECHO CONDENATÓRIO OU A ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA DO RÉU. IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO *"IN DUBIO PRO REO"*. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.
APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.
Apelo que pugna pela absolvição imprópria do réu, para fins de aplicação de medida de segurança, uma vez constatado o seu retardamento mental.
Em sede de contrarrazões, o apelado, por meio da Defensoria Pública, arguiu, em sede de preliminar: 1) a irregularidade da representação, na medida em que à advogada que subscreve o recurso não teriam sido outorgados os poderes necessários para a sua interposição; 2) a intempestividade do recurso, ao argumento de que interposto em data anterior à publicação da sentença. No mérito, requereu-se o improvimento do apelo.
Parecer da Procuradoria de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela manutenção da absolvição do réu, nos termos da sentença.
Recurso interposto em agosto de 2011, após a juntada da sentença nos autos. Sentença publicada no DJE em setembro de 2011. Inocorrência de extemporaneidade quando o recurso de apelação é interposto antes da publicação da sentença, mormente quando a decisão já estava materializada nos autos. Precedentes Jurisprudenciais.
Eventual vício de representação, ainda que existente, que restou sanado, tendo em vista a efetiva participação da advogada recorrente nos atos da instrução criminal, inclusive, com a presença da assistente de acusação.
Rejeição das preliminares arguidas pelo apelado.
Narra a denúncia que, em novembro de 2005, o denunciado, no interior de sua casa, praticou com a vítima, à época com três anos de idade, atos libidinosos diversos da conjunção carnal ao friccionar o seu pênis contra a região vaginal e anal da infante, além de forçá-la a fazer sexo oral, vindo, inclusive, a ejacular.

Autoria delitiva não evidenciada nos autos. Acervo probatório que não autoriza o desfecho condenatório ou a absolvição imprópria. Imposição do princípio "*in dubio pro reo*". Manutenção da sentença absolutória em todos os seus termos.
Apelo conhecido e improvido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, examinados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0213094-72.2007.8.05.0001, da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador, em que figuram, como apelante, MARIA DAS GRAÇAS THADEU DE JESUS, assistente de acusação, e, como apelado, JONATAS DE JESUS ASSIS OLIVEIRA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em rejeitar as preliminares e, em mérito, negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra JONATAS DE JESUS ASSIS OLIVEIRA, qualificado nos autos, como incurso no art. 214 c/c o art. 224, "a", do Código Penal.

Consta da denúncia que, em novembro do ano de 2005, o ora denunciado, no interior de sua casa, praticou com a vítima, então com três anos, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, ao friccionar o pênis contra a região vaginal e anal da vítima, além de fazer sexo oral, ao forçá-la a deixar que colocasse a boca na vagina dela e o seu pênis em sua boca, vindo, inclusive, a ejacular.

Termo de Representação oferecido pela mãe da vítima à fl. 05.

A denúncia de fls. 02/03 foi oferecida com base no inquérito policial de fls. 04/37, e recebida por decisão datada de 7/2/2008 (fl. 56).

A genitora da vítima, Maria das Graças Thadeu de Jesus, através de advogados constituídos, foi admitida no feito como assistente de acusação (fl. 59v).

Laudos de Constatação de Conjunção Carnal às fls. 32/33 e laudo de exame de sanidade mental às fls. 162/163.

Relatório psicossocial às fls. 47/53.

Termo de qualificação e interrogatório do réu às fls. 66/67, oportunidade em que negou a prática do crime.

Defesa prévia apresentada através da Defensoria Pública às fls. 90/91.

Oitiva de testemunhas às fls. 107/114.

O Ministério Público ofereceu alegações finais às fls. 116/117, requerendo, em razão da insuficiência probatória constante dos autos, a absolvição do acusado, sem aplicação de medida de segurança, ressaltando que o laudo pericial não atesta a existência de quaisquer vestígios da prática de abuso sexual. Por sua vez, a assistente de acusação, em memorais de fls. 122/130, pugnou pela absolvição imprópria do réu, requerendo a aplicação de medida de segurança, diante do resultado apresentado pelo Exame de Insanidade Mental.

A defesa, nas alegações finais, de fls. 132/135, pugnou pela absolvição do acusado, diante da insuficiência de provas de autoria e materialidade delitivas.

Sobreveio a sentença de fls. 137/140, julgando improcedente a denúncia, para absolver o réu, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

O réu foi pessoalmente intimado da sentença à fl. 167 e a assistente de acusação à fl. 166.

Inconformada, a assistente de acusação interpôs recurso de apelação em 30/8/2011 (fl. 145), pleiteando, nas razões de fls. 146/153, pela absolvição imprópria do réu, a fim de que seja aplicada medida de segurança, uma vez constatado o retardamento mental do apelado.

Em sede de contrarrazões (fls. 170/189), o apelado, através da Defensoria Pública, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso de apelação, seja porque a petição foi subscrita por advogada sem poderes para representar a assistente de acusação, seja em razão da intempestividade, uma vez protocolada em data anterior à publicação da sentença no DJE. No mérito, aduz que a sentença deve ser mantida, em razão da insuficiência probatória reunida ao longo da instrução criminal.

Nesta instância, emitiu parecer a douta Procuradoria de Justiça (fls. 196/200), manifestando-se pela rejeição das preliminares arguidas e, no mérito, pelo improvimento do recurso, a fim de que a sentença seja mantida em sua integralidade.

É o relatório.

VOTO

Em sede de preliminar, sustentou o apelado o não conhecimento do recurso de apelação interposto, seja porque a petição foi subscrita por advogada sem poderes para representar a assistente de acusação, seja em razão da intempestividade, uma vez protocolada em data anterior à publicação da sentença no DJE.

Compulsando os autos, verifica-se que o recurso de fls. 145/153 foi interposto em agosto de 2011, após a juntada da sentença de fls. 137/140 aos autos. A sentença foi publicada no DJE em setembro de 2011 (fl. 144).

Na hipótese, entende-se não haver extemporaneidade quando o recurso de apelação é interposto antes da publicação da sentença, mormente quando a decisão já estava materializada nos autos.

Nesse sentido:

> STJ: *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO RECORRIDA. INTEMPESTIVIDADE. PUBLICAÇÃO, ATO INDISPENSÁVEL. EXTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO DO RELATOR. NOVA POSIÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.*
>
> *1.(...)*
>
> *2.(...)*
>
> *3. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressalvando meu ponto de vista, à posição assumida pela maioria da Corte Especial deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país que,*

com base em recente decisão (EResp 492461/MG), datada de 17/11/2004, consignou que a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizada antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. 4. Embargos de divergência acolhidos". (STJ, Corte Especial, EAG 522249/RS; Embargos de Divergência em Agravo n° 2004/0121708-4, Rel. Min. José Delgado, DJ 4/4/2005)

TJ/MG: *"INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – TEMPESTIVIDADE. O juízo acerca da imprescindibilidade da publicação da decisão para a interposição de recurso tem tomado novo rumo, admitindo-se a desvinculação do início do prazo recursal da publicação oficial da decisão a ser recorrida, para permitir que as decisões, colegiadas ou monocráticas, após divulgadas por qualquer meio, possam ser alvo de recurso. (…)".* (Emb. Infr. na Ap. Civ. 2.0000.00.447226-2/002 – 14ª Câm. Civ – Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes – Publ. em 9-5-2000)

TJ/RS: *"INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – TEMPESTIVIDADE. (…). Impõe-se reconhecer a tempestividade de recurso de embargos infringentes interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração, integrativa do acórdão de apelação, tendo em vista a interpretação e aplicação sistemática do ordenamento jurídico, não se admitindo a existência de várias interpretações antagônicas para situações semelhantes, em detrimento dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal (art. 5º, caput e LIV). Tal qual a publicação da sentença em audiência (art. 242, § 1º, do CPC), a proclamação do resultado do acórdão, em sessão pública de julgamento no Tribunal (art. 556 do CPC), é que define a sua existência, e não a publicação na imprensa oficial, que serve, tão-somente, como meio de intimação ao advogado (art. 506, III, do CPC). Assim, pode a parte, perfeitamente, dar-se por intimada (art. 214, § 1º, do CPC, modo analógico) e abrir mão do prazo recursal que com a intimação tem seu termo inicial, apresentando desde logo, e no mesmo ato, o recurso (art. 186 do CPC). De fato, o que não se pode é inverter a ordem processual, com a interposição de recurso contra decisão ainda não proferida, o que, aí sim, ofenderia o devido processo legal em seu aspecto formal. Nesse passo, considerar intempestivo o presente recurso se constituiria em ofensa ao princípio universal do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88). (…)".* (Emb. Inf. 70008135964 – 5° Grupo de Câmaras Cíveis – Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento)

Desse modo, entende-se tempestivo o recurso interposto.

Quanto à segunda preliminar aventada pelo apelado, entende-se que eventual vício de representação, ainda que existente, restou sanado, tendo em vista a efetiva participação da advogada recorrente nos atos da instrução criminal, inclusive, na presença da assistente de acusação.

Preliminares arguidas pelo apelado rejeitadas. Passa-se à análise do mérito recursal.

Ao exame dos autos, verifica-se que não restou evidenciada a autoria do réu no crime descrito na denúncia.

Nos termos da denúncia, os fatos supostamente atribuídos ao réu teriam ocorrido em novembro do ano de 2005, ao passo que os laudos de exame de constatação de conjunção carnal de fls. 32/33 e 46/53 se referem a fatos que teriam ocorrido antes de novembro de 2005, não podendo, a princípio, figurar como prova para embasar a condenação em face dos fatos descritos na inicial acusatória.

Ademais, como bem ressaltado pela douta Procuradoria de Justiça, *"no caso em tela, ainda que se afaste o erro material em face da data do documento médico-legal, a materialidade do delito não restou sobejamente demonstrada pelo laudo pericial de fls. 42/43, uma vez que não se constatou a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, nem mesmo sinais de violência no corpo da vítima".* (fl. 198)

Interrogado em fase de investigação policial e em Juízo (fls. 12/13 e 66/67), o réu negou, peremptoriamente, os fatos descritos na denúncia.

Frise-se que a vítima não depôs em Juízo e inúmeros foram os depoimentos nos autos descreditando a palavra da mãe da vítima, a Sra. Maria das Graças Thadeu de Jesus (como se depreende dos depoimentos transcritos abaixo), que seria, em tese, a única prova substancial que poderia implicar a condenação ou absolvição imprópria do réu.

Testemunha José Alcântara dos Santos: *"Que conhece o réu há quinze anos, pois é vizinho do réu; que conhece Maria das Graças e que ela tem um mal comportamento e que ela já tentou prejudicar o depoente e que ela tocou fogo nas plantações do depoente; (...) que nunca ouviu comentários de ter o réu abusado sexualmente de outra criança".* (fl. 199)

Testemunha Josefa Alves Santos: *"Que nunca ouviu comentários de ter o réu abusado sexualmente de outra criança; (...) que conhece Maria das Graças e que ela não tem um comportamento dos melhores, pois bebia e ficava trancada com a vítima; (...) que a mãe da vítima criava confusão com os vizinhos; (...) que o réu nunca ficou a sós com a vítima; (...) que a mãe da vítima seria capaz de inventar os fatos da denúncia".* (fl. 113)

Testemunha Edilberto Oliveira Leão: *"Que nunca ouviu falar de ter o réu abusado sexualmente de outra criança; que conhece Maria das Graças e que esta tem um comportamento horroroso e que divulga fatos falsos".* (fl. 114)

Ainda que haja dúvidas quanto à autoria do apelado, em homenagem ao princípio "*in dubio pro reo*", deve-se operar a manutenção da sua absolvição, nos exatos termos da sentença de 1º grau, uma vez que o acervo probatório não autoriza o desfecho condenatório ou a absolvição imprópria do réu.

Apelo conhecido e improvido. Decisão unânime.

*****

TJBA – Apelação Criminal nº 0112965-30.2005.8.05.0001, 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Ivone Bessa Ramos, julgado em 29.04.2014.

APELAÇÃO CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE RACISMO. FATO ATÍPICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. NÃO ACOLHIMENTO. ARTIGO 593 DO CPPB. PRAZO DE 05 (CINCO) DIAS PARA O MANEJO DO APELO. ARTIGO 41, INCISO IV, DA LEI ORGÂNICA DO

MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSÁRIA INTIMAÇÃO PESSOAL. PRAZO MINISTERIAL *A QUO* QUE SE INICIA DA DATA EM QUE OS AUTOS SÃO REMETIDOS COM VISTA AO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PROMOTORA DE JUSTIÇA QUE TEVE CIÊNCIA PESSOAL DA SENTENÇA EM 06.10.2011, INTERPONDO APELAÇÃO EM 10.10.2011 MEDIANTE TERMO NOS AUTOS (FLS. 244-V/245). TEMPESTIVIDADE DO APELO.

PRELIMINAR REJEITADA.

IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA, PARA QUE O APELADO SEJA CONDENADO NOS TERMOS PRECISOS DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A APONTAR QUE O RECORRIDO AGIU EM CONFORMIDADE COM AS NORMAS DE SEGURANÇA APLICÁVEIS À ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE CUNHO DISCRIMINATÓRIO. SENTENÇA GUERREADA QUE NÃO MERECE REPARO.

1. Crime previsto no art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, que se configura quando o agente pratica, induz ou incita a discriminação ou preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

2. Vítima que se dirigiu à Agência do Banco do Brasil situada no Shopping Center Iguatemi, Salvador/BA, visando efetivar uma operação de câmbio, quando foi impedida de ingressar no Estabelecimento em virtude de a porta giratória acusar estar ela supostamente com algum objeto metálico. Testemunhas que afirmaram que a vítima, à ocasião, portava uma maleta tipo "007", e se recusava a permitir a vistoria, pelo Segurança do Banco, do seu conteúdo. Depoimentos de que diversas outras pessoas da mesma raça conseguiram acesso normalmente através da porta giratória.

3. Conduta do vigilante e do Réu, então Gerente do Estabelecimento Bancário, que se deu em estrito cumprimento às normas de segurança, na medida em que, inicialmente, solicitaram o depósito de materiais metálicos, assim como, na persistência do travamento da porta giratória, a verificação do conteúdo da maleta que a vítima Adilson Dantas Conceição portava. Ademais, em face da recusa da vítima em abrir a maleta, o Réu solicitou sua inequívoca identificação, sendo, somente após, permitida sua entrada ao local.

4. Conjunto probatório que aponta que o Denunciado agiu, corretamente, no exercício de suas funções, segundo as normas de segurança aplicáveis ao caso, sem fazer qualquer restrição da vítima ao estabelecimento bancário por conta de sua raça. Conduta atribuída ao Apelado que se reveste de atipicidade.

APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0112965-30.2005.8.05.0001, da 14ª Vara Crime da Comarca de Salvador/BA, em que figura como Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e Apelado ROBERTO PEREIRA VIANA.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER do Recurso de Apelação interposto e NEGAR-LHE PROVIMENTO nos termos do voto da Relatora.

VOTO:

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

Ab initio, cabe analisar a questão preliminar de intempestividade do Recurso Ministerial arguída pelo Apelado ROBERTO PEREIRA VIANA em sede de Contrarrazões Recursais.

A Lei Adjetiva Penal, em seu art. 593, confere o prazo de 05 (cinco) dias às partes para manejarem Recurso de Apelação, começando o aludido prazo a correr, *in casu*, para o Ministério Público Estadual da data em que os autos lhe são remetidos com vista.

A hipótese ora trazida ao acertamento jurisdicional cinge-se, pois, à correta hermenêutica do art. 41, inciso IV, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12.02.1993), que dispõe, *in verbis*:

> Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:
> IV – receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista;

A questão já foi analisada pelos Tribunais Superiores Pátrios, razão pela qual se colaciona abaixo, a título instrutivo, os seguintes julgados (grifos acrescidos):

> PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO. INTIMAÇÃO PESSOAL. PRAZO. TERMO INICIAL. REMESSA DOS AUTOS COM VISTA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.
> **1 – O prazo de recurso para o Ministério Público Estadual começa a fluir da intimação pessoal, formalidade que se opera, a teor da Lei nº 8.625, de 12.02.93 – art. 41, IV – pela remessa dos autos com vista.**
> 2 – No presente caso, **remetidos os autos** em 29 de novembro de 1999, apresenta-se intempestiva a apelação interposta somente em 03 de fevereiro de 2000, data que o Representante do Parquet fez lançar o "ciente". [...]
> (STJ. REsp 327.433/DF, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 315)

> [...] **1. Há, no Superior Tribunal, orientação segundo a qual os prazos para o Ministério Público possuem como termo inicial a data da intimação pessoal da**

decisão prolatada, e não a data da remessa dos autos à Procuradoria. Tal prerrogativa não implica, contudo, que a contagem do prazo decorrente da intimação inicie-se somente após a entrega dos autos no órgão.
2. No caso dos autos, lícito é entender que, **entre a ciência certificada por auxiliar da Justiça e a ciência aposta ao pé da sentença – sem assinatura do promotor –, há de prevalecer a primeira, já que se presumem verdadeiras, até prova em contrário, as certidões dos auxiliares.**
3. Prevalecendo, como de fato **prevalece, como termo inicial do prazo recursal a data em que foi dada ciência da sentença ao Ministério Público pelo servidor do cartório judicial,** o caso dos autos é de apelação interposta a destempo.
4. Habeas corpus deferido.
(STJ. HC 105.062/PR, Relator: Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 10/08/2009)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. RECEBIMENTO DOS AUTOS COM VISTA.
O prazo para o Ministério Público interpor recurso tem início na data do ingresso dos autos na secretaria administrativa da instituição, e não da aposição do ciente pelo representante do órgão ministerial. Precedentes do STF e do STJ.
Recurso conhecido, mas desprovido.
(STJ. REsp 590.180/PE, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2004, DJ 28/06/2004, p. 406)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL PÚBLICO. PRAZO RECURSAL QUE COMEÇA A FLUIR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA DECISÃO PELO PRESENTANTE DO *PARQUET*. **Inexistente a comprovação de ingresso dos autos em setor administrativo do Ministério Público, prevalece a data em que o cartório judicial expediu certidão de ciência do presentante do *Parquet*.** Apelação intempestiva. Precedente: HC 83.915. Recurso provido.
(STF. RHC 88110, Relator: Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2006, DJ 17-11-2006 PP-00060 EMENT VOL-02256-03 PP-00475)

EMENTA: *Habeas corpus*. 2. Intempestividade do recurso interposto pelo Ministério Público. 3. Não configuração de supressão de instância, pois a questão de fundo foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. **Certidão acostada aos autos, noticiando que os autos encontravam-se no Ministério Público bem antes do registro de "ciente". Intempestividade do recurso ministerial.** Precedente do Plenário (HC 83.255). 5. Ordem concedida
(STF. HC 84354, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/11/2004, DJ 14-12-2004 PP-00071 EMENT VOL-02177-02 PP-00291 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 374-380 RTJ VOL-00193-02 PP-00668)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. ALEGAÇÕES REJEITADAS. Havendo sido o paciente denunciado pelos crimes de roubo e quadrilha, por força da conexão, acarretou a prorrogação da competência do Tribunal de Justiça, conforme estatuído nos arts. 109 da LOMAN e 79, II, b, da Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo. **A intimação do Ministério Público deve ser feita pessoalmente, ante o que estabelece o art. 41, IV, da Lei n. 8.625/93, iniciando-se o prazo recursal somente após cumprida essa formalidade.** O paciente censura as diligências realizadas pelo Oficial de Justiça, que não esgotou a possibilidade do chamamento pessoal, antes de proceder-se a citação editalícia, mas não fez prova de que residisse no endereço onde deixou de ser procurado, quando foi considerado em lugar ignorado. *Habeas corpus* indeferido.
(STF. HC 72969, Relatora: Ministro ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/11/1995, DJ 15-12-1995 PP-44080 EMENT VOL-01813-02 PP-00315).

Extrai-se da jurisprudência acima colacionada que o que se persegue é a pessoalidade da ciência do Órgão Ministerial dos pronunciamentos judiciais, em que pese ser observável caso a caso o exato momento em que esta ciência se dá. Verifica-se, ademais, que os Tribunais Superiores já se pronunciaram no sentido de que a remessa dos autos ao Órgão Ministerial (Secretaria Administrativa da Instituição) marcaria o termo *a quo* do prazo ministerial.

Minuciosa análise dos autos e da práxis cartorária permite fixar os seguintes fatos: em 27.06.2011, foi publicada a Sentença de fls. 239/242 (fl. 243); em 15.07.2011, o Cartório procedeu à movimentação física, disponibilizando os autos em armário próprio da 14ª Vara Crime destinado à ciência do Órgão Ministerial (fls. 244-v e 270); a Exma. Promotora Luciana A. Café de Jesus teve ciência pessoal da Sentença em 06.10.2011, apelando da Sentença em 10.10.2011 mediante termo nos autos (fls. 244-v/245).

Diante dessas premissas, conclui-se, até mesmo do teor do Extrato Processual de fl. 270, que, antes da data de 06.10.2011, não há efetiva comprovação, nos autos, da ciência do Ministério Público da Sentença de fls. 239/242. Explica-se tal conclusão, pois o carimbo aposto à fl. 244-v não restou acompanhado sequer de assinatura do suposto servidor responsável, tampouco de nota de ciência do membro do *Parquet*, não preenchendo, assim, os requisitos necessários à perfectibilização do termo de vista previsto no art. 41, inciso IV, da Lei nº 8.625/93.

Ressalta-se que o carimbo de vista não exclui o dever do Cartório de, na ausência de imediata aposição do visto de ciência do Promotor de Justiça, certificar que os autos foram pessoalmente entregues com vistas. Todavia, como inexiste nos fólios tal certidão, torna-se inviável precisar a data em que o Ministério Público foi intimado pessoalmente da Sentença.

Digno de nota, ainda, que é praxe cartorária, em todas as Varas Criminais da Comarca de Salvador/BA ter o *Parquet* armário próprio, situado no interior do Órgão Jurisdicional, não sendo os processos enviados à Secretaria do Ministério Público. Assim, não há como o Promotor de Justiça tomar conhecimento, de forma *incontinenti*, da aposição de processos no seu armário.

É de rigor apontar que não há como confundir a colocação dos processos no "armário" reservado ao Ministério Público com a remessa dos autos para a "Secretaria Administrativa da Instituição", pois, na sistemática adotada, inexiste um Servidor do *Parquet* responsável pelo recebimento dos autos que são entregues com vista ao referido Órgão.

Ante a prática cartorária acima narrada, a hermenêutica que se coaduna com a prerrogativa insculpida no art. 41, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, deve considerar que a vista dos autos pelo Ministério Público ocorre no momento em que seu nobre Membro chega ao Cartório, abre o seu armário e toma conhecimento dos processos ali existentes.

Neste diapasão, constata-se que o *Parquet* foi intimado pessoalmente da Sentença condenatória em 06.10.2011 (fl. 244-v) e que o Recurso de Apelação Ministerial foi interposto no dia 10.10.2011 (fl. 245), revestindo-se este, pois, de tempestividade, nos moldes do art. 593, *caput*, do CPPB. Destarte, **REJEITA-SE A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO MINISTERIAL**.

Assim é que, ante o preenchimento dos pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, exigidos no caso sob exame, **IMPÕE-SE O CONHECIMENTO** do Recurso.

No caso trazido ao acertamento jurisdicional, o Apelado ROBERTO PEREIRA VIANA foi absolvido, com supedâneo no art. 386, inciso III, da Lei Adjetiva Penal, tendo em vista o MM. Magistrado *a quo* ter se convencido, após a instrução processual, que a conduta descrita na Denúncia não se constitui infração penal, já que o Réu teria agido em conformidade com as normas de segurança interna do Banco.

Insurge-se o *Parquet* Estadual, pois, contra a Sentença absolutória de fls. 239/242, aduzindo, em suas Razões, que agiu com desacerto o Magistrado *a quo* quando julgou improcedente a Exordial Acusatória, por se encontrarem presentes, *in folio*, provas de materialidade e autoria do delito imputado ao ora Apelado (fls. 247/250).

Inicialmente, veja-se que o art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, tipifica como delito, *in verbis*:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Trata-se de delito formal, de mera conduta, que independe, pois, da ocorrência de qualquer prejuízo efetivo para a pessoa contra quem o agente praticou, induziu ou incitou condutas discriminatórias ou preconceituosas.

Sucede que, da análise pormenorizada do caderno processual, nota-se que a conduta narrada na Prefacial de fato não se amolda ao tipo penal descrito no art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, sendo, ademais, atípico, uma vez que o conjunto probatório aponta que o Denunciado agiu, corretamente, no exercício de suas funções, segundo as normas de segurança aplicáveis ao caso, sem fazer qualquer restrição da vítima ao estabelecimento bancário por conta de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Com efeito, extrai-se dos autos que por volta das 15:00 do dia 03.05.2002, o Sr. Adilson Dantas Conceição dirigiu-se à Agência do Banco do Brasil situada no Shopping Center Iguatemi, Salvador/BA, visando efetivar uma operação de câmbio, quando foi impedido de ingressar no estabelecimento em virtude de a porta giratória acusar estar ele

supostamente com algum objeto metálico. Frise-se que, segundo apontam as testemunhas, a sedizente vítima, à ocasião, portava uma maleta tipo "007", e se recusava a permitir a vistoria, pelo Segurança do Banco, do seu conteúdo, alegando que apenas continha o dinheiro a ser depositado. Senão, leiam-se os seguintes depoimentos, *in litteris*:

LUCIEL CONCEIÇÃO MACHADO NETO, à fl. 65, disse... *Que estava presente no dia e hora do fato; que era estagiário do escritório da vítima; que a vítima havia recebido pagamentos em dólares provenientes da Itália e se dirigiu ao banco que também na pasta a vítima portava alguns dólares, com os quais iria fazer uma operação cambial; que mesmo após a vítima ter retirado todos os objetos metálicos da pasta e colocado na caixa o vigilante não liberou a passagem;* ***que o vigilante exigiu que a vítima abrisse a pasta e houve recusa alegando que se tratava de propriedade privada; que mesmo assim o vigilante negou o acesso, então o Dr. Adilson exigiu que fosse chamado o Gerente ou outra pessoa responsável****... Que o Gerente exigiu que o Dr. Adilson se identificasse e o mesmo apresentou a carteira da OAB e continuou exigindo que retirasse do envólucro do plástico, o que foi negado de pronto pela vítima****... Que foi permitida a entrada do Dr. Adilson, só que o tempo não dava mais para realizar a operação... (sic)*

ANTÔNIO JORGE TEIXEIRA, à fl. 66, disse... *Que estava fazendo uma operação bancária quando viu o princípio de um tumulto; que parou para observar e viu a vítima aborrecido e pedindo explicações porque não conseguia entrar no banco; que a situação envolvia a vítima e o acusado; que também estavam presentes seguranças do banco...* ***Que a vítima estava usando paletó e mostrava uma pasta... Que a vítima disse que postava dinheiro e precisava de um local adequado para abrir a pasta****... (sic)*

MARIA ESTER MAGALHÃES BACIL, às fls. 70/71, disse... *Que é funcionária do Banco do Brasil e exerce o cargo de gerente de contas atualmente; que na época em que ocorreu o fato a depoente trabalhava na Agência do Banco do Brasil do Iguatemi; que viu muitas pessoas exaltadas na porta giratória e* ***em particular uma pessoa afrodescendente que se negava a atender as orientações de segurança****; que vinha com uma pasta e o sistema detectou metais e travou; que a praxe é que a pessoa mostre a pasta e o que contém na mesma; que havia discussão da pessoa com o segurança pois toda vez que ele tentava entrar a porta travava****; que alguém lá fora acalmou a situação e facilitou a entrada do cidadão ao banco; que provavelmente um funcionário do banco; que não pode afirmar quem foi a pessoa que fez o cidadão entrar... Que a porta trava na presença de qualquer metal, inclusive prótese dentária; que só quem libera a porta é a segurança contratada pelo banco... Que todos os dias ocorrem fatos parecidos na porta giratória na época em que a depoente trabalhou...* ***Que é uma praxe do banco pedir que as pessoas abram suas pastas e bolsas quando ocorre o travamento da porta giratória****; que provavelmente viu o segurança pedindo para que a vítima abrisse a pasta por ser uma praxe da segurança; que a vítima estava muito exaltada; que a vítima era cliente da Agência Garibaldi do Banco do brasil... Que não lembra se houve qualquer confusão a nível de racismo naquele momento; que lembra que a vítima dizia que era advogado... (sic)*

Inobstante se infira dos autos que o procedimento criminal em tela foi deflagrado em face do sentimento de indignação da vítima, que se sentiu discriminado quando de sua negativa de acesso ao estabelecimento bancário, não se verificou dos depoimentos das testemunhas inquiridas sob o crivo do contraditório, ressalte-se, qualquer rastro de conduta discriminatória por parte do Réu ROBERTO PEREIRA VIANA, tendo elas declarado, além do esposado alhures, que, na oportunidade em que a vítima aguardava solução para seu ingresso do Banco, diversas outras pessoas da mesma raça conseguiram normalmente ter acesso através da porta giratória. Nesse sentido:

> **ANTÔNIO JORGE TEIXEIRA**, *à fl. 66, disse... Que outras pessoas estavam acessando ao Banco; que eram pessoas claras e pessoas escuras... (sic)*
>
> **LUCIEL CONCEIÇÃO MACHADO NETO**, à fl. 65, disse... *Que a porta continuou com o fluxo normal de pessoas... Que passaram pela porta giratória enquanto estava ocorrendo a discussão entre a vítima e o acusado, pessoas 'baianas", ou seja de todas as raças, brancas, mamelucas, negras... (sic)*

No que tange aos procedimentos de segurança adotados pelas Agências Bancárias, note-se que foram acostados aos fólios a Norma Interna do Banco do Brasil referente ao travamento da porta giratória (fls. 92/93) e a Portaria nº 387/2006 do Departamento da Polícia Federal (fls. 122/169), que trazem os seguintes pontos (grifos acrescidos):

NORMA INTERNA DO BB

01. Nas dependências dotadas de Porta Giratória com Detector de Metais – PGDM, o controle de acesso será realizado da seguinte forma:

a) utilizar a PGDM como único acesso à dependência, inclusive nos horários de expediente interno;

e) **verificado o travamento da porta, o vigilante deve solicitar, com educação e cautela, que a pessoa deposite, na caixa coletora, objetos de metal ou eletrônicos que eventualmente esteja conduzindo**, tipo chaves, telefone celular, agenda, guarda-chuva etc. e que passe novamente pela PGDM, até que seu ingresso seja liberado automaticamente pelo equipamento;

g) **não será permitido o ingresso de pessoas portando pacotes, bolsas, embrulhos nem outros volumes motivadores do travamento da porta, sem que o seu conteúdo tenha sido apresentado ao responsável pela identificação, para verificação visual**;

h) se persistir o bloqueio, após esgotadas as possibilidades de identificação do motivo, o ingresso da pessoa somente poderá ser liberado com autorização da administração da dependência ou de funcionário designado para tal, mediante a adoção de cautelas para a identificação da pessoa.

PORTARIA Nº 387/2006 DO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA FEDERAL

Art. 67. Os estabelecimentos financeiros que utilizarem portas de segurança deverão possuir detector de metal portátil, a ser utilizado em casos excepcionais, quando necessária a revista pessoal.

Além disso, prescreve a Lei nº 7.102/83 – que, dentre outras providências, dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros – em seu art. 2º, literalmente:

> Art. 2º – O sistema de segurança referido no artigo anterior inclui pessoas adequadamente preparadas, assim chamadas vigilantes; alarme capaz de permitir, com segurança, comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo; e, pelo menos, mais um dos seguintes dispositivos:
> I – equipamentos elétricos, eletrônicos e de filmagens que possibilitem a identificação dos assaltantes;
> II – artefatos que retardem a ação dos criminosos, permitindo sua perseguição, identificação ou captura; e
> III – cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário no interior do estabelecimento.

Saliente-se que, conforme bem exposto pela Procuradoria de Justiça em seu Parecer de fls. 315/323, o uso de porta giratória com detector de metais é destinado, por questões de segurança, a todos os usuários que almejam ingressar no estabelecimento bancário, sem distinção.

Visto isso, é de rigor concluir que a conduta do funcionário e do Gerente do estabelecimento bancário deu-se em estrito cumprimento às supracitadas normas de segurança, na medida em que, inicialmente, solicitaram o depósito de materiais metálicos e, na persistência do travamento da porta giratória, a verificação do conteúdo da maleta que a vítima Adilson Dantas Conceição portava. Ademais, face à recusa da vítima em abrir a maleta, o Réu, na condição de Gerente, solicitou sua inequívoca identificação, sendo, somente após, permitida sua entrada ao local.

Isto posto, conclui-se que a conduta atribuída ao Apelado reveste-se de atipicidade, sendo, por tal razão, imperiosa a manutenção de sua absolvição, com supedâneo no art. 386, inciso III, do CPB.

É porque, depois do direito à vida, o maior bem jurídico do homem é a liberdade, sendo o seu respeito a essência do poder-dever de punir do Estado, guardião das garantias individuais do cidadão, não podendo e nem devendo a pessoa humana ser acionada na esfera penal, quando verificado que o fato narrado evidentemente não constitui crime.

Ex positis, na esteira do Parecer Ministerial, NEGA-SE PROVIMENTO ao Recurso, para manter integralmente a Sentença de mérito a quo.

*****

TJBA – Conflito de Jurisdição nº 0019592-86.2011.8.05.0080, Seção Criminal, Relator(a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 14.09.2012.

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICA-

DOS EM AMBIENTE FAMILIAR. VÍTIMA MENOR DE IDADE. CONFLITO QUE SE DIRIME À LUZ DAS NORMAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA, PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

I – Ação Penal proposta pelo Ministério Público, perante a 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana/BA, por crimes de estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra vítima menor de 5 (cinco) anos, no ambiente doméstico, tendo como autor o companheiro da mãe da ofendida.

II – Vítima do sexo feminino, mas que ainda não se enquadra no conceito biopsicossocial do gênero mulher, de sorte a reclamar, em seu favor, a aplicação das normas protetivas da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

III – Diversidade de conceitos entre sexo e gênero. O sexo (masculino ou feminino) é representado pelas características físicas externas, inerentes, desde o nascimento, à pessoa humana e decorre de uma conformação exclusivamente biológica. O gênero, por sua vez, corresponde à maneira com que as pessoas se portam e são vistas de acordo com o papel que lhes é convencionalmente atribuído na sociedade. Não é biológico. É fenômeno cultural.

IV – De acordo com o disposto no art. 85, c/c o art. 131, parágrafo único, da LOJ/BA, na Comarca de Feira de Santana/BA, a 1ª Vara Criminal é a competente para processar e julgar os feitos relativos aos crimes contra a criança e adolescente.

V – Parecer Ministerial pela competência da 1ª Vara Crime.

VI – Conflito de que se conhece, para julgar procedente, declarando a competência do Juízo Suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito Negativo de Competência nº 0019592-86.2001.8.05.0080, da Comarca de Feira de Santana/BA, Suscitante o juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Suscitado o juízo da 1ª Vara Crime da mesma Comarca.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, conhecer do Conflito para julgá-lo procedente, declarando a competência do Juízo Suscitado, da 1ª Vara Criminal, com competência cumulativa para processar os feitos relativos aos crimes contra Criança e Adolescente.

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência tendo como Suscitante a Juíza de Direito da Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Feira de Santana/BA e, como Suscitada, a Juíza da 1ª Vara Criminal, com competência

cumulativa para processar e julgar os Feitos Relativos aos Crimes contra a Criança e o Adolescente, da mesma Comarca.

Os fatos estão relatados na Denúncia oferecida, pelo Ministério Público, perante o juízo de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana, dando conta de que, no dia 29 de julho de 2005, no interior da residência situada na Rua Água Viva, nº 64, bairro Gabriela, naquela cidade, **ALEXSANDRO DOS SANTOS SALES**, que convivia maritalmente, havia 9 (nove) meses, com a mãe da menor A.C.S., nascida em 29/5/2000, colocou-a "**em cima da cama e em seguida tirou as suas roupas e roçou o pênis nas suas nádegas, e depois ejaculou sobre a criança**".

Considerando a circunstância de que esse episódio ocorreu antes do advento da Lei nº 12.015 de 7/8/2009, que estabeleceu sanção mais gravosa, a peça acusatória apontou o Denunciado como incurso nas penas do art. 214, c/c o art. 224, alínea **a**, art. 225, § 1º, inciso I, e art. 126, inciso II, todos do Código Penal.

Recebida a Denúncia (fls. 40), e antes mesmo de iniciada a colheita das provas (fls. 67), o novo Juiz da 1ª Vara Crime, invocando o fato de já ter sido instalada, na Comarca de Feira de Santana, a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, declinou da sua competência, ordenando a remessa dos autos àquele Juízo, em obediência, a seu ver, às regras de competência em razão da matéria segundo a organização judiciária do Estado da Bahia.

Divergindo desse entendimento, a MM Juíza Suscitante, com espeque no art. 131, parágrafo único, da LOJ/BA, argumenta que **"a competência para o processamento de crimes que tenham como vítima a criança e o adolescente é da 1ª Vara Crime desta Comarca e não da Vara de Violência Doméstica contra a Mulher – gênero"**.

Destaca, com amparo em jurisprudência do STJ, que **"no tocante às situações de violência em família praticadas contra criança ou adolescente, a vulnerabilidade física da vítima não se dá por conta do gênero, mas, sim, por sua condição de adolescente, hipossuficiente em razão de sua menoridade"** (fls. 81).

A Procuradoria de Justiça ofereceu o Parecer de fls. 87, destacando, inicialmente, que, em se tratando de conflito negativo de competência, entendia desnecessário o pedido de informações às autoridades conflitantes, nos termos do art. 239 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, e art. 116, § 3º, do Código de Processo Penal. Ao final, opinou no sentido de que a competência seria da 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana, ante o disposto no art. 85 da já reportada LOJ/BA.

Tendo sido redistribuídos os autos à Seção Criminal, coube-me a Relatoria (fls. 91), em cuja oportunidade entendi pertinente solicitar informações aos respectivos Juízos em Conflito, ocasião em que S.Exas. reafirmaram seus posicionamentos. Vale destacar, porém, haver o Juízo da 1ª Vara Crime agregado às suas razões o argumento de que **"a violência noticiada partira da relação entre padrasto-enteada, valendo-se de sua autoridade e da vulnerabilidade da ofendida em razão do convívio doméstico, uma vez que habitavam a mesma residência"**.

É o relatório.

VOTO

O presente conflito deve ser conhecido, uma vez que nenhuma das autoridades judiciárias admite sua competência para processamento do feito.

Como se verifica do teor das razões apresentadas pelos magistrados, a divergência consiste em se identificar a qual Juízo compete, na Comarca de Feira de Santana, conhecer e julgar os fatos criminosos que tenham sido cometidos, no âmbito e em razão das relações domésticas e familiares, contra menores.

Na hipótese sob exame, conforme descrito na Denúncia, o acusado, à época dos fatos, convivia maritalmente com a mãe da menor vítima do crime sexual, **criança de apenas 5 (cinco) anos de idade**.

Cumpre destacar, portanto, que o desate da questão há de exigir, previamente, uma ligeira digressão em torno dos motivos que determinaram a promulgação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em cotejo com as regras de competência fixadas na Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia, protetivas da Criança e do Adolescente.

Pois bem.

A sistemática opressão da mulher, sob as formas mais diversas, é algo identificado pelos estudiosos como presente em todas as sociedades, possibilitando que velhos padrões culturais de submissão fossem transmitidos, de geração a geração, atavicamente, até alcançar os tempos modernos.

Esse quadro de opressão e desigualdade é agravado por uma escalada de violência, especialmente doméstica, em que o autor das agressões não raras vezes é o próprio marido e companheiro das esposas.

De fato, constatando a histórica hipossuficiência da mulher frente ao homem, notadamente em suas relações domésticas e afetivas, o legislador brasileiro, inspirado em Convenções Internacionais que já integravam nosso ordenamento jurídico, buscou estabelecer meios para reequilibrar essas relações, coibindo todas as formas de abuso e dominação.

Foi exatamente esse caldo de cultura que fez proliferar, no País, os mais diversos movimentos sociais, de sorte a debater e coibir a violência contra a mulher, assim entendida como qualquer ato ou conduta baseada no **gênero**, que cause morte, dano, sofrimento físico, sexual ou psicológico, culminando com o advento da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como **Lei Maria da Penha**.

Diz essa Lei, em seus artigos 1º, 2º e 5º:

> "Art. 1º – Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.
>
> Art. 2º – Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

> Art. 5º – Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial."

Nesse passo, para fins de aplicação, ou não, da **Lei Maria da Penha**, convém refletir, antes de mais nada, sobre a diversidade de conceitos existente entre **sexo** e **gênero**.

O **sexo** (masculino ou feminino) é representado pelas características físicas externas, inerentes, desde o nascimento, à pessoa humana, e decorre de uma conformação exclusivamente biológica.

O **gênero** (homem ou mulher), por sua vez, diz respeito ao comportamento, e corresponde à maneira com que as pessoas se portam, de acordo com o papel que lhes é convencionalmente atribuído na sociedade. E isso não é biológico. Não é da ordem da natureza. É fenômeno puramente cultural.

Deveras, as relações de **gênero** são determinadas a partir das diferenças sexuais, portanto não são naturais. Constituem-se criação da sociedade, da ordem da cultura, dependendo do costume de cada lugar, do local, variando de acordo com as leis, as religiões e a maneira de organizar a vida familiar.

Cabe invocar, nessa toada, a expressão de Simone de Beauvoir em seu livro "O Segundo Sexo", onde a conhecida escritora francesa afirma, textualmente, que "**não se nasce mulher, torna-se mulher**".

Definitivamente, o conceito de mulher há de ser encontrado não na configuração meramente biológica de simples correspondência com o sexo feminino, mas reclama, muito além disso, a efetiva constatação, em cada caso concreto, de outros elementos de natureza bio-psíquico-social.

No caso sob exame, a vítima A.C.S., embora do sexo feminino, tinha, na época, **apenas 5 (cinco) anos incompletos**, sendo certo que, se encontrando ainda na fase correspondente à sua primeira infância, não possuía os atributos biopsicossociais de uma mulher, não se enquadrando, pois, entre aquelas pessoas destinatárias das normas protetivas da Lei Maria da Penha.

Com efeito, conforme bem elucidado em Acórdão do STJ, transcrito pela Juíza Suscitante, **"o fato de a menor agredida ser do sexo feminino não possui qualquer influência no delito praticado pela paciente, pois foi a condição de criança que levou a acusada a praticá-lo. Caso a vítima fosse homem, a conduta não deixaria de existir, pois o fundamental para a acusada era a incapacidade de resistência da vítima diante das agressões físicas e mentais praticadas. Destarte, se o delito não tem razão no fato de a vítima ser do gênero mulher, não há falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar** (HC 172.784/RJ, DJE de 21.02.2011)**.**

Nada obstante a situação fática submetida à análise do STJ tenha por objeto criança que sofreu agressões físicas e mentais, ***mutatis mutandis***, o raciocínio jurídico há de ser o mesmo quando, como no caso, a violência é de natureza sexual (***ubi eadem ratio eadem ius***).

Feitas essas considerações, avulta que a solução do Conflito passa pela aplicação das normas de Organização Judiciária do Estado da Bahia (Lei nº 10.845/2007).

Referida lei, ao versar sobre a competência das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabelece em seu art. 71:

> **"As Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência para processamento, julgamento e execução das causas cíveis e criminais, decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, na conformidade da Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006."**

De seu turno, o art. 85 da mesma LOJ/BA, cuidando da competência dos Juízes das Varas dos Feitos Criminais praticados contra Criança e Adolescente, assim dispõe:

> **"Aos Juízes das Varas dos Feitos Criminais praticados contra Criança e Adolescente compete processar e julgar os crimes e as contravenções penais cujas vítimas sejam crianças e adolescentes, bem como os incidentes processuais atinentes, ressalvada a competência das Varas do Júri, de Acidente de Veículos e do Juizado Especial Criminal."**

Trata-se, na espécie ***sub judice***, de dispositivos que disciplinam competência jurisdicional especial, ambas de natureza absoluta, uma em razão da matéria (violência doméstica e contra a mulher) e a outra em razão da pessoa (criança e adolescente).

Cumpre, portanto, para dirimir a questão, socorrer-se, o intérprete, dos princípios e regras de hermenêutica jurídica.

No caso, ainda quando, ***ad argumentandum tantum***, se pudesse alegar que o fato da vítima ser criança do sexo feminino (mulher no seu sentido lato), e ter sido cometido o delito no âmbito de moradia das partes envolvidas, tais circunstâncias, mesmo assim, não poderiam conduzir à fixação da competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar.

É que, como se depreende do art. 85 da LOJ/BA, acima transcrito, quando se tratar de crime ou contravenção cujas vítimas sejam menores, a competência absoluta das Varas dos Feitos Criminais praticados contra Criança e Adolescente só cede espaço, nos termos da lei, à competência das Varas do Júri, de Acidentes de Veículos e do Juizado Especial Criminal.

Ora. Como cediço, as normas que criam exceção, bem assim as que dão competência excepcional ou especialíssima, são de direito estrito, devendo, portanto, interpretar-se estritamente suas disposições (cf. Carlos Maximiliano, in Hermenêutica e Aplicação do Direito, ed. Freitas Bastos, 6ª edição, págs. 286/287).

Definidos esses parâmetros, há de se ter em conta que, **na Comarca de Feira de Santana**, **por força do disposto no parágrafo único do art. 131 da Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia, a 1ª Vara Criminal é a competente para processar e julgar, cumulativamente, os feitos relativos aos crimes contra a Criança e Adolescente**.

Ante o exposto, conduzo o meu voto no sentido de conhecer do Conflito para julgá-lo procedente, declarando a competência do Juízo Suscitado, 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana/BA.

*****

TJBA – Conflito de Jurisdição nº 0012552-24.2009.8.05.0080, Seção Criminal, Relator(a): Desª. Rita de Cássia Machado M. F. Nunes, julgado em 04.04.2014.

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SUSCITANTE: JUÍZA DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA/BA. SUSCITADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIME DO MESMO FORO, COM COMPETÊNCIA CUMULATIVA PARA PROCESSAR E JULGAR FEITOS RELATIVOS AOS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE.

I. Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pela MM. Juíza de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana/BA, em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime do mesmo foro - o qual, segundo o art. 131, parágrafo único, da LODJBA, detém competência cumulativa para processar e julgar os feitos relativos aos crimes contra a criança e o adolescente -, uma vez que ambos não se consideram juízes naturais para cognição da ação penal tombada sob o n.º 0012522-24.2009.8.05.0080.

II. Processo principal (no bojo do qual o presente incidente foi instaurado) deflagrado por denúncia do Ministério Público em virtude de suposta prática do delito de estupro perpetrado por ascendente contra vítima menor de catorze anos (art. 213, c/c arts. 224, "a", e 226, II, todos do CP – com redação anterior à Lei n.º 12.015/09), na ambiência doméstica.

III. Fatos que não evidenciam violência de gênero, entendida como aquela motivada pela ideia de submissão do sexo feminino ao masculino, até porque, estando a ofendida com doze anos recém-completados, enquadra-se menos no conceito biopsicossocial de mulher do que de infante – nessa esteira, tem-se que tanto sua compleição quanto seu desenvolvimento psicológico e intelectual não destoam da normalidade (logo, ainda pueril), consoante descrição de peritos (fl. 40) e depoimentos da menor e de sua mãe, irmã e prima (fls. 14/15, 10/11, 17/18 e 22/23). Assim, o que se sobressai é o seu estado púbere, com as fragilidades e inexperiências que lhe são próprias, sendo tal circunstância a grande responsável pelo seu acentuado grau de vulnerabilidade, retirando-lhe a capacidade de resistência.

Suposta infração contra a dignidade sexual de vulnerável que não ostenta cunho de violência doméstica e familiar contra a mulher. Diversos precedentes desta Seção Criminal, a exemplo dos Conflitos de Jurisdição n.º: 0008788-11.2001.805.0080-0, da Re-

latoria do Exmo. Des. Carlos Roberto Santos Araújo; 0003638-97.2011.8.05.0080 e 0008835-96.2012.8.05.0080, da Relatoria da Exma. Desa. Inez Maria B. S. Miranda; 0017370-48.2011.8.05.0080, 0017871-36.2010.8.05.0080 e 0019154-31.2009.8.05.0080, da Relatoria do Exmo. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva; 0003266-51.2011.8.05.0080, da Relatoria da Exma. Desa. Nágila Maria Sales Brito; 0017375-70.2011.8.05.0080 e 0000452-66.2011.8.05.0080, da Relatoria do Exmo. Des. Nilson Soares Castelo Branco; e 0019592-86.2011.8.05.0080 e 0014968-91.2011.8.05.0080, da Relatoria do Exmo. Des. Pedro Augusto Costa Guerra.

V. Entendimento do STJ sobre o assunto também no sentido da imperiosidade de identificar-se a existência ou não de opressão ao gênero feminino, valendo consignar que, para tanto, a Corte da Cidadania, já que impedida de revolver provas, esteia-se no quanto decidido pelo Tribunal *a quo*.

VI. Parecer ministerial pela improcedência do incidente.

VII. CONFLITO DE JURISDIÇÃO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIME DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA/BA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de CONFLITO DE JURISDIÇÃO tombados sob o n.º 0012552-24.2009.8.05.0080, provenientes da Comarca de Feira de Santana/BA, em que figura, como Suscitante, a JUÍZA DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA/BA, como Suscitado, o JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIME DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA/BA e, como Interessados, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e EDILSON COSME FERREIRA DE OLIVEIRA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em conhecer e JULGAR PROCEDENTE o presente incidente, declarando a competência do Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana/BA. E assim o fazem pelas razões adiante expostas no voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição (*rectius*: competência) suscitado pela MM. Juíza de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana/BA em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime do mesmo foro, uma vez que ambos não se consideram juízes naturais para processamento e julgamento da ação penal autuada sob o n.º 2586784-5/2009 (numeração atual: 0012522-24.2009.8.05.0080).

O aludido processo de primeira instância (no bojo do qual o presente incidente foi instaurado) deflagrou-se por denúncia do Ministério Público do Estado da Bahia dirigida a Edilson Cosme Ferreira de Oliveira, por suposta prática do delito de estupro perpetrado por ascendente contra vítima menor de catorze anos (art. 213, c/c arts. 224, "a", e 226, II, todos do CP – com redação anterior à Lei n.º 12.015/09). Segundo consta da peça acusatória (fls. 02/03), entre o mês de outubro do ano de 2008 e a data de 1º de janeiro de 2009, o acusado teria constrangido, mediante grave ameaça, a adolescente C.S.O. (à época com doze anos completos), sua filha, a ter com ele, por diversas vezes, conjunção carnal, fatos supostamente ocorridos nos aposentos da casa onde residiam.

A petição inicial foi instruída com elementos informativos colhidos ao longo do Inquérito Policial n.º 10/2009 (fls. 05/51), dentre os quais, destacadamente: *notitia criminis* de cognição mediata fornecida por representante legal da vítima (fl. 07); *delatio criminis* do Conselho Tutelar (fls. 08/09 e 30/32); termos de declarações de Cláudia Tereza dos Santos Silva, mãe da menor (fls. 10/11), da própria ofendida (fls. 14/15); de Laís Silva de Oliveira, sua irmã caçula (fls. 17/18), de Ediclaudio Silva de Oliveira e Edilson Cláudio Silva de Oliveira, seus irmãos mais velhos (respectivamente, fls. 19/20 e 21), de Gleisikely Ferreira Santos, sua prima (fls. 22/23), e de Rivalda Silva Ferreira (fls. 25/26), sua tia e genitora da última depoente; termo de interrogatório (fls. 27/28); laudo pericial (fl. 40, anverso e verso); certidão de nascimento de C.S.O. (fl. 41); ficha civil e criminal do investigado, oriunda do portal eletrônico da Secretaria Estadual de Segurança Pública (fls. 45/46); boletim individual do mesmo (fl. 48); e relatório da autoridade administrativa (fls. 49/50). Além disso, acostou-se cópia do pleito em que corroborou representação pela prisão preventiva (fls. 52/53).

O feito foi, de início, distribuído à 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana, cuja Secretaria certificou a inexistência de outras ações penais contra o indiciado (fl. 55) e cujo órgão jurisdicional, em 18/5/09, recebeu a denúncia, determinou a citação e solicitou ficha de antecedentes ao Centro de Documentação e Estatística Policial (CEDEP) (fl. 56), sendo que esta última ordem restou cumprida à fl. 63.

A relação jurídica processual foi regularmente triangularizada (fls. 57/58), e, logo após, foi ofertada resposta à acusação, através de defensor público (fls. 62).

Seguidamente, o magistrado então responsável por impulsionar o trâmite declinou de sua competência, por entender, em síntese, que, considerando tratar a matéria deduzida de possível infração praticada no âmbito das relações domésticas e familiares, o processamento deveria dar-se perante unidade judiciária especializada (fl. 65).

Remetidos os autos para a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a juíza titular suscitou o incidente ora apreciado, alegando, resumidamente, que não se vislumbra na narrativa dos abusos a motivação de gênero, circunstância fundamental para a fixação do seu limite de jurisdição (fls. 67/72).

A representação foi devolvida a este Egrégio Tribunal de Justiça, cabendo a relatoria ao eminente Desembargador Abelardo Virgínio de Carvalho, à época integrante da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal (fl. 75).

Em segundo grau, foram requisitadas, como medida primeva, informações aos conflitantes, tendo a suscitante da divergência reiterado as razões outrora apresentadas, salientando, ainda, que tal manifestação só foi possível a partir de consulta a espelho extraído do Sistema de Acompanhamento Integrado de Processos Judiciais (Saipro), pois o instrumen-

to do procedimento criminal já se encontrava nesta Corte (fls. 78/79); o suscitado, por sua vez, limitou-se a asseverar a impossibilidade de prestar os esclarecimentos, seja pelo mesmo motivo concernente à subida do caderno processual, seja porque o ofício de solicitação não foi acompanhado de cópia da decisão declinatória de competência (fls. 120/121).

Ademais, recebeu-se pedido de revogação da prisão preventiva do réu (fls. 84/110) – a qual foi decretada em 4 de junho de 2009 pelo juiz da 1ª Vara Crime de Feira de Santana e cumprida em meados de maio de 2012 –, além de diversos ofícios provenientes do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Feira de Santana, em que se requeria a designação de um dos litigantes para a solução de medidas urgentes (fls. 116/119, 122/126).

Com a aposentadoria do Relator, houve redistribuição do incidente para o Exmo. Desembargador Luiz Fernando Lima, o qual indicou o juiz da 1ª Vara Crime para decidir as questões emergenciais relativas à demanda principal (fl. 127).

Ouviu-se a douta Procuradoria de Justiça, que emitiu parecer pelo reconhecimento da competência do juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (fls. 135/139), considerando, em suma, que o caso concreto amolda-se às hipóteses da Lei Maria da Penha (n.º 11.340/06), não sendo o estado juvenil da vítima suficiente para obstar tal incidência. Logo, entende que o feito deve tramitar perante o aludido juízo especializado, o qual, inclusive, apresentaria melhor estrutura para prestar um atendimento multidisciplinar, citando acórdãos do TJ/MG e do TJ/RJ em que se ventila o mesmo raciocínio.

Em ato preparatório para julgamento, corrigiu-se equívoco na autuação referente à identificação das partes suscitante e suscitada (fls. 142/143). Depois, durante a sessão, deliberou-se que, nos termos do RITJ/BA, conflito dessa natureza deve ser conhecido pela Seção Criminal, ao invés de colegiado com menor representatividade, a saber, Turma (fls. 145/146).

Consectariamente, procedeu-se a novo sorteio e distribuição, em razão de que o feito veio-me concluso, para elaboração de voto.

Nesse ínterim, pronunciou-se o suscitado acerca da supramencionada decisão proferida pelo ilustre Des. Luiz Fernando Lima (o qual determinou que analisasse as matérias surgidas ao longo do incidente), informando e juntando certidão no sentido de que a demanda já fora remetida ao suscitante (fls. 149/153).

Por fim, insta registrar o que se segue:

À fl. 114, o preclaro Desembargador Aliomar Silva Britto declarou impedimento, uma vez que seu irmão funcionou como magistrado na 1ª Vara Crime da Comarca de Feira de Santana, tendo, inclusive, prolatado o édito que ensejou a prisão processual do denunciado.

Às fls. 112/128, foram, respectivamente, apensada e desapensada documentação consubstanciadora da ação de *habeas corpus* n.º 0317648-85.2012.8.05.0000, na qual foi concedida a ordem em favor do acusado paciente, por excesso de prazo, conforme cópia do acórdão atachada (fls. 129/131).

Juntou-se, em apartado, o processo sob n.º 0007648-58.2009.805.0080 (pedido de prisão preventiva), no qual se noticia a realização de busca e apreensão da vítima e de sua irmã mais nova, por determinação do MM. Juiz Titular da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Feira de Santana, e o encaminhamento de ambas para abrigo provisório (fls. 30/31, 36 – anverso e verso –, 39).

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição (*rectius*: competência) suscitado pela MM. Juíza de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana/BA em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime do mesmo foro, uma vez que ambos não se consideram juízes naturais para processamento e julgamento da ação penal autuada sob o n.º 2586784-5/2009 (numeração atual: 0012522-24.2009.8.05.0080).

À guisa de prólogo, verifica-se, preliminarmente, que o conflito de competência em pauta preenche todos os seus pressupostos e condições de admissibilidade, bem como apresentou desenvolvimento regular (segundo as diretrizes do CPP e do RITJ/BA), a ensejar, portanto, o seu conhecimento, e possibilitar o enfrentamento do *thema decidendum*.

Nessa senda, tem-se que, da análise exauriente das razões de fato e de direito aduzidas, assiste razão à suscitante, pelos fundamentos explicitados alhures.

De acordo com o artigo 131, *caput* e parágrafo único, da vigente Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado da Bahia (n.º 10.845, de 27/11/07), dentre os 33 juízes de direito que servirão, em princípio, na Comarca de Feira de Santana:

a) 1 (um) presidirá a 1ª das seis Varas Criminais (juízo do suscitado), a que cumpre processar e julgar, a título cumulativo, os feitos relativos aos delitos em que figurem criança e/ou adolescente na qualidade de ofendido;

b) 1 (um) será lotado na Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (juízo da suscitante), incumbida da cognição, resolução e execução das demandas cíveis e penais decorrentes da prática de qualquer ação ou omissão que cause dano físico, psicológico, sexual, patrimonial ou moral a pessoa de identidade feminina, motivada por conta da vulnerabilidade ainda persistente em relação a tal grupo, e ocorrido em uma ambiência domiciliar, familiar ou íntima.

Ante o exposto, constata-se que as frações de jurisdição retrocitadas são definidas *ratione personae* (logo, absolutas), mas a primeira revela-se mais genérica, uma vez que se utiliza somente de um critério etário (disposto no art. 2º do ECA), enquanto a segunda mais específica, pois se vale não só da condição de gênero (esta, igualmente ampla, e constante no art. 2º da Lei Maria da Penha), mas, de modo somatório, da circunstância concernente ao vínculo pessoal da ofendida com o agente do fato (consagrada nos arts. 5º e 7º do último diploma referido).

Por conseguinte, apesar de aqui não se cogitar de invalidade, mas apenas de definição do sentido e do alcance de comandos normativos, a fixação do órgão natural deve ser feita com base no tradicional critério da especialidade para solução de aparentes antinomias jurídicas de primeiro grau (*Lex Specialis Derogat Legi Generali*).

Soluciona-se, assim, o conflito da seguinte maneira: pela competência, *prima facie*, da unidade especializada infanto-juvenil, a qual só será afastada se os elementos concretos abojados no instrumento do processo evidenciarem a presença de todos os requisitos atrativos da disciplina veiculada pela Lei n.º 11.340/06, máxime a ocorrência de violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral a indivíduo de identidade feminina que seja baseada na discriminação negativa dessa sua qualidade, a qual ainda persiste (lamentavelmente, urja-se) na sociedade contemporânea, como malfadada reminiscência de uma cultura patriarcal.

Tal raciocínio prestigia, inclusive, o texto integral da Lei Maria da Penha (em especial seus arts. 2º e 13), que não exclui do seu âmbito material de incidência sujeitos de reduzida idade, e ainda prevê expressamente a incidência da legislação específica relativa à criança e ao adolescente, no que não conflitar com suas disposições.

Saliente-se que, determinada a competência do juízo criminal protetivo da criança e do adolescente para situações como a sob destrame, não se restringe, necessariamente, o direito substantivo a ser aplicado, por força do princípio da proteção infanto-juvenil integral, com sede no art. 227 da CRFB-88, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas e internalizada ao ordenamento doméstico pelo Decreto n.º 99.710/90) e no ECA. A dita norma finalística assegura, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento.

Aventadas tais premissas, avança-se à apreciação dos autos em exame, do que se conclui que os fatos narrados na denúncia, a partir dos elementos informativos coligidos durante a fase inquisitorial, e contra os quais a defesa insurge-se, não apresentam as peculiaridades necessárias ao deslocamento para a unidade judiciária da suscitante. Senão vejamos:

Extrai-se das peças atachadas que a suposta vítima é adolescente do gênero feminino (cf., e.g., certidão de nascimento à fl. 41) e que teria sido estuprada (cf. laudo positivo de constatação de conjunção carnal à fl. 40) por seu genitor no âmbito doméstico (cf. termos de declarações e de interrogatório às fls. 10/11, 14/15, 17/18, 19/20, 21, 22/23, 25/26 e 27/28).

Entretanto, não há que se falar em violência de gênero, entendida como aquela motivada pela ideia de submissão do sexo feminino ao masculino, até porque, estando C.S.O. com doze anos recém-completados, enquadra-se menos no conceito biopsicossocial de mulher do que de infante. Nessa esteira, tem-se que tanto sua compleição quanto seu desenvolvimento psicológico e intelectual não destoam da normalidade (logo, ainda pueril), consoante descrição de peritos (fl. 40) e depoimentos da menor e de sua mãe, irmã e prima (fls. 14/15, 10/11, 17/18 e 22/23). Assim, o que se sobressai é o seu estado púbere, com as fragilidades e inexperiências que lhe são próprias, sendo tal circunstância a grande responsável pelo seu acentuado grau de vulnerabilidade, retirando-lhe a capacidade de resistência.

Corroborando o quanto exposto, transcreve-se trechos de relatos anunciados perante autoridade policial:

> "[...] *que desde o mês de outubro do ano passado, seu pai começou a abusar sexualmente de sua pessoa; que o fato já aconteceu por umas 10 vezes, sendo que desde a primeira vez houve o coito sexual total, tendo a declarante sentido dores e sangrado; Que todas as vezes que acontece o pai está sob o efeito de bebida alcoólica e aproveita-se quando o irmão mais velho da declarante não está em casa e os demais dormindo; Que às vezes, quando acontece o ato, que o seu irmão chega, o seu genitor manda que vá para o banheiro enquanto ele vai abrir a porta, sendo que se o irmão já percebeu alguma coisa nunca comentou nada; Que quando a declarante começa a chamar pela mãe,* ***"Castelo"****, como é conhecido o seu genitor, lhe esbofeteia no rosto e lhe manda calar a boca; Que a última vez em que aconteceu foi no primeiro dia deste ano, quando sua irmã pequena viu, e que quando a declarante foi para o banheiro ela lhe seguiu abraçou e ficou chorando; Que para desabafar a declarante comentou com sua amiga KELLY, lhe pedindo por tudo que não comentasse com ninguém, entretanto a amiga lhe disse que poderia até ficar 'de mal' com sua pessoa mas que iria contar para a mãe, RIVALDA; que em todos os atos sexuais impostos por seu genitor, o mesmo ejaculava e que nunca usava camisinha; que a declarante teve seu primeiro ciclo menstrual com pouco mais de 11 anos e que nunca usou nenhum método contraceptivo;* […] *Que realmente quando a situação veio à tona, Castelo chamou a declarante e lhe disse que caso sua mãe registrasse queixa, a declarante dissesse que havia sido um colega da escola pois seria menor e não teria problemas com a polícia; Que inclusive toda a família de seu pai ao saber da possibilidade da declarante ser ouvida pela polícia, a orientou para dizer que nada tinha acontecido, assim a história se encerraria;* […] *que a declarante nunca havia mantido relações sexuais quando foi violada por seu genitor, sendo virgem quando tudo aconteceu.*" (C.S.O. - fls. 14/15).

> "[…] *Que ao ser informada do acontecido pela adolescente a declarante procurou se certificar de que a garota não tivera qualquer envolvimento com algum namoradinho da escola, ao que a mesma negou veementemente, dizendo que não era louca de levantar tal falso testemunho contra o pai; Que na presença de* ***Castelo****, a adolescente nega a acusação, tendo justificado tal atitude por haver sido ameaçada pelo mesmo;* [...] *a mais nova, de 9 anos, disse para a declarante que o pai a havia pegado no quarto e levado para dormir em sua cama, tendo se deitado na cama de* ***C.S.O.*** [...]." (Claudia Tereza dos Santos Silva, mãe – fls. 10/11).

> "*Viu por mais de vez o pai chegar no quarto que divide com sua irmã 'CHIQUITA', acorda-la e leva-la para o próprio quarto onde, lhe batendo, a obrigava a tirar a roupa e 'fazer coisas'; Que CHIQUITA não sabe que viu por muitas vezes o que acontecia pois não lhe dizia nada; Que somente da última vez que viu acontecer, a declarante levantou-se e também chorando, foi consolar sua irmã no banheiro, abraçando-a; que quando isso acontecia seu pai sempre estava bêbado; Que o pai só agia daquela maneira quando os dois irmãos da declarante não estavam em casa e que também nem a declarante nem CHIQUITA jamais lhes contaram nada sobre o que estava acontecendo, como também acha que os irmãos nunca desconfiaram; que quando o pai se curava da bebedeira fazia de conta que não tinha acontecido nada* […]." (Laís Silva de Oliveira – fl. 17).

Por tudo isso, conclui-se que os fatos trazidos a lume indicam, nesse início da fase processual da *persecutio criminis*, tratar-se apenas (e isso diga-se sem minimizar a gravidade do eventual ocorrido) de infração contra a dignidade sexual de vulnerável, sem cunho de violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão de que deve ser julgado pelo suscitado, o qual tem competência cumulativa para processar os feitos relativos a delitos contra a criança e o adolescente.

Insta frisar ser este o entendimento que vem sendo reiteradamente adotado, ainda que (por vezes) em posição majoritária, pela venerável Seção Criminal desta Corte de Justiça, a exemplo dos seguintes Conflitos de Jurisdição tombados sob o n.º: 0008788-11.2001.805.0080-0, da Relatoria do Exmo. Des. Carlos Roberto San-

tos Araújo; 0003638-97.2011.8.05.0080 e 0008835-96.2012.8.05.0080, da Relatoria da Exma. Desa. Inez Maria B. S. Miranda; 0017370-48.2011.8.05.0080, 0017871-36.2010.8.05.0080 e 0019154-31.2009.8.05.0080, da Relatoria do Exmo. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva; 0003266-51.2011.8.05.0080, da Relatoria da Exma. Desa. Nágila Maria Sales Brito; 0017375-70.2011.8.05.0080 e 0000452-66.2011.8.05.0080, da Relatoria do Exmo. Des. Nilson Soares Castelo Branco; e 0019592-86.2011.8.05.0080 e 0014968-91.2011.8.05.0080, da Relatoria do Exmo. Des. Pedro Augusto Costa Guerra.

Ademais, pela similitude de alguns dos mencionados precedentes com a matéria deduzida e com a linha intelectiva sustentada, vale destacar as ementas abaixo:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS EM AMBIENTE FAMILIAR. VÍTIMA MENOR DE IDADE. CONFLITO QUE SE DIRIME À LUZ DAS NORMAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA, PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. [...] II – Vítima do sexo feminino, mas que ainda não se enquadra no conceito biopsicossocial do gênero mulher, de sorte a reclamar, em seu favor, a aplicação das normas protetivas da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). III – Diversidade de conceitos entre sexo e gênero. O sexo (masculino ou feminino) é representado pelas características físicas externas, inerentes, desde o nascimento, à pessoa humana e decorre de uma conformação exclusivamente biológica. O gênero, por sua vez, corresponde à maneira com que as pessoas se portam e são vistas de acordo com o papel que lhes é convencionalmente atribuído na sociedade. Não é biológico. É fenômeno cultural. [...] VI – Conflito de que se conhece, para julgar procedente, declarando a competência do Juízo Suscitado. (TJ/BA – Seção Criminal - Conflito de Jurisdição n.º 0019592-86.2011.8.05.0080/Feira de Santana – Rel. Des. Pedro Augusto Costa Guerra – Suscitante: Juíza de Direito da VVDFCM – Suscitado: Juiz de Direito 1ª VC).

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO PERPETRADO CONTRA FILHA MENOR IMPÚBERE. RELAÇÃO DE ASCENDÊNCIA, QUE NÃO SE CONFUNDE COM SUBMISSÃO ENTRE OS GÊNEROS MASCULINO E FEMININO, ASSIM INAPLICÁVEIS AS REGRAS DE COMPETÊNCIA ORIENTADAS PELA CHAMADA LEI MARIA DA PENHA. PRÁTICA DELITIVA NÃO ABRANGIDA PELA LEI 11.340/06. CONDUTA IMPULSIONADA PELA CONDIÇÃO ETÁRIA DA VÍTIMA. VIOLÊNCIA SEXUAL NÃO ATRELADA À VIOLÊNCIA DE GÊNERO ENTRE OFENSOR E OFENDIDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROVIDO. (TJBA – Seção Criminal - Conflito de Jurisdição n.º 0008788-11.2001.8.05.0080/Feira de Santana – Rel. Des. Carlos Roberto Santos Araújo – Suscitante: Juíza de Direito da VVDFCM – Suscitado: Juiz de Direito 1ª VC).

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA ADOLESCENTE DO SEXO FEMININO, OCORRIDA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE COMPETÊNCIA ESTABELECIDA PELA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). VULNERABILIDADE DA VÍTIMA QUE DECORRE DA SUA CONDIÇÃO DE ADOLESCENTE NÃO SE CONFUNDE COM A VIOLÊNCIA EM RAZÃO DO GÊNERO SEXUAL. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. (TJ/BA – Seção Criminal - Conflito de Jurisdição n.º 0003638-97.2011.8.05.0080/Feira de Santana – Rel. Desa. Inez Maria B. S. Miranda – Suscitante: Juiz de Direito da 1ª VC – Suscitado: Juiz de Direito VVDFCM).

Digno de registro, por fim, o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, *ex vi*:

> *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. TORTURA CONTRA CRIANÇA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PROCURADORA DE JUSTIÇA APOSENTADA. INEXISTÊNCIA DE PRIVILÉGIO DE FORO. SÚMULA 451/STF. COMPETÊNCIA DO JUIZ CRIMINAL E NÃO DO JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CRIME COMETIDO EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE CRIANÇA DA VÍTIMA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NOVOS TÍTULOS APTOS A SUSTENTAR A CUSTÓDIA, CUJOS FUNDAMENTOS NÃO FORAM IMPUGNADOS NA INICIAL. PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO DESTA CORTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HC PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM. […] 3. O fato de a menor agredida ser do sexo feminino não possui qualquer influência no delito praticado pela paciente, pois foi a condição de criança que levou a acusada a praticá-lo. Caso a vítima fosse homem, a conduta não deixaria de existir, pois o fundamental para a acusada era a incapacidade de resistência da vítima diante das agressões físicas e mentais praticadas. Destarte, se o delito não tem razão no fato de a vítima ser do gênero mulher, não há falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar. […] 6. HC parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. (STJ – T5 – HC 172784/RJ 2010/0088351-5 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – decisão unânime – julgamento em 3/2/2011 – publicação no DJe em 21/2/2011).

> *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM FACE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE AMEAÇA AO DIREITO AMBULATÓRIO. CRIME DE TORTURA, PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO, CONTRA CRIANÇA DO SEXO FEMININO. ART. 5.º, INCISO I, DA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. REQUISITO REPUTADO COMO PREENCHIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR QUE SE AMOLDAM À HIPÓTESE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO

> CONHECIDO. […] 3. O Tribunal de origem, com o grau de discricionariedade próprio à espécie, constatou estar preenchido o requisito de motivação de gênero, sendo impossível, à luz dos fatos narrados, infirmar-se essa ilação. […] 6. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ – T5 – HC 250435/RJ 2012/0161493-0 – Rela. Mina. Laurita Vaz – decisão unânime – julgamento em 19/9/2013 – publicação no DJe em 27/9/2013).

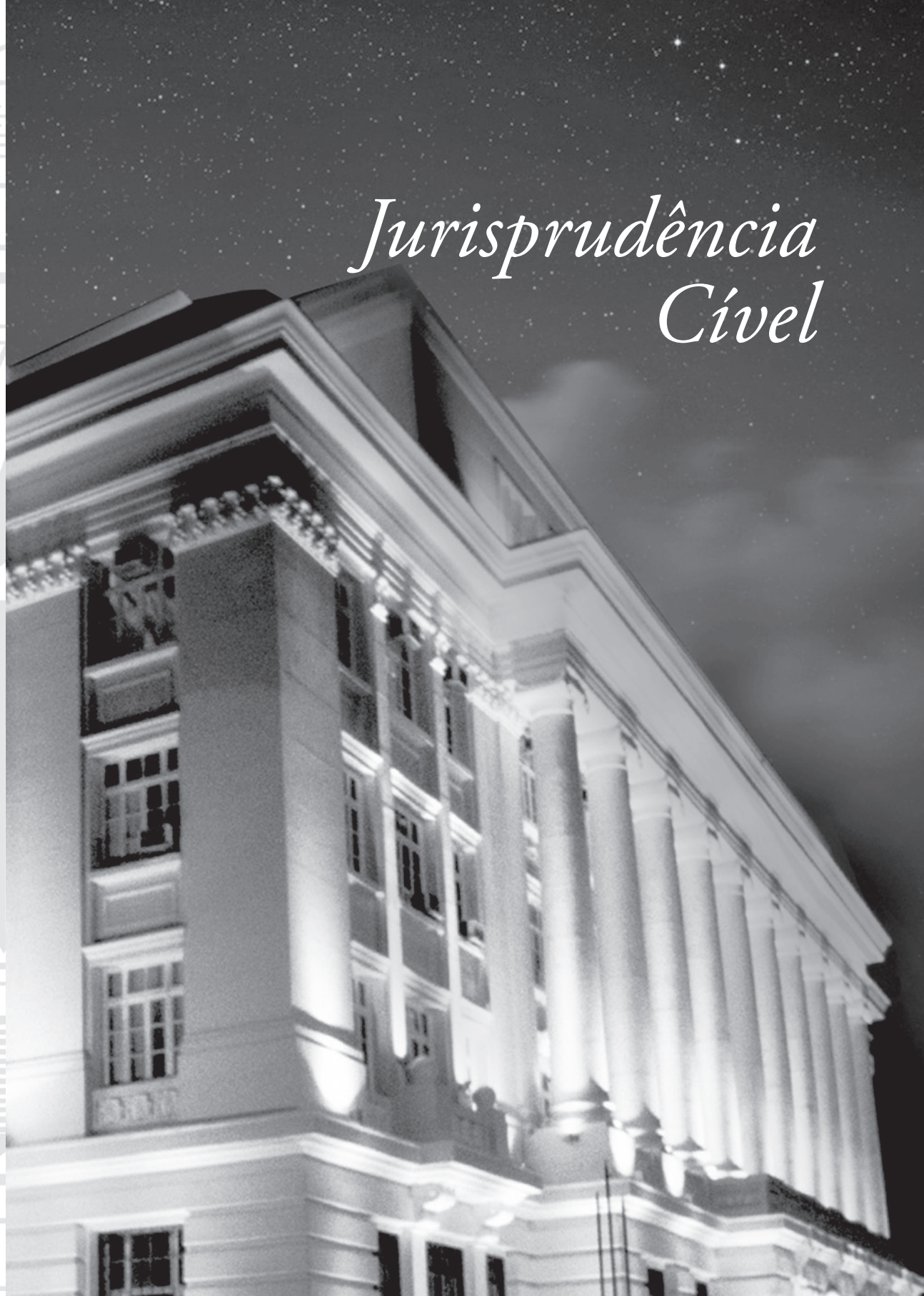
O posicionamento sob comento aponta para a imperiosidade de, nos conflitos dessa natureza, identificar-se a existência ou não de opressão ao gênero feminino, valendo consignar que, para tanto, a Corte da Cidadania, já que impedida de revolver provas, esteia-se no quanto decidido pelo Tribunal *a quo.*

Tão somente por amor ao debate, cabe trazer a lume notícia de que a questão vem sendo tratada pelos Tribunais Estaduais, inclusive, com a edição de Resoluções que não apontam para entendimento uniforme (Resolução TJ/PR nº 70/2012 e Resolução TJ/AC nº 134/2009), o que denota o risco de se tentar modular a questão no campo abstrato.

De outra banda, nada obsta que esta Corte, em momento próprio, objetivando traçar diretrizes que auxiliem o Magistrado a examinar a matéria, edite súmula, a exemplo do Tribunal paulista que assim dispõe:

> **Súmula 114**: Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.

Isto posto, meu voto é no sentido de conhecer do Conflito de Jurisdição e JULGÁ-LO PROCEDENTE, para DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIME DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA/BA.



TJBA – Mandado de Injunção nº 0004249-28.2013.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julgado em 27.11.2013.

EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE INJUNÇÃO CONTRA ALEGADA AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA DO DIREITO DE SERVIDORES PÚBLICOS À APOSENTADORIA ESPECIAL, ASSEGURADO PELO ART. 40, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL – LEI 8.213/91. MÉDICA – ATIVIDADE INSALUBRE. PROVA DOCUMENTAL – NECESSIDADE DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO PLEITEADO – AUSÊNCIA – DOCUMENTAÇÃO QUE NÃO COMPROVA OS VINTE E CINCO ANOS DE ATIVIDADE INSALUBRE A ENSEJAR A APLICAÇÃO DA NORMA LEGAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

I – A matéria retratada no presente mandamus diz respeito à aplicação de norma federal ao direito a ser adquirido pela impetrante médica ao completar vinte e cinco anos de atividades em condições insalubres, o que ocorrerá em 13/1/2014. O writ cabe quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de um direito subjetivo.

II – O Mandado de Injunção é utilizado para suprimento de omissões contidas em normas constitucionais que não são autoaplicáveis, necessitando de regulamentação específica. Portanto, ausente a norma regulamentadora que viabilize o seu exercício, o objetivo do Mandado de Injunção é tutelar concretamente o direito, liberdade ou prerrogativa em benefício exclusivo da impetrante, tendo como pressupostos a falta de norma regulamentadora para efetiva aplicação do disposto no preceito constitucional (inciso LXXI, art. 5º) e o favorecimento direto conferido a seu titular, que assim está legitimado à ação.

III – o Mandado de Injunção deverá ser devidamente instruído com prova documental, a não deixar dúvidas quanto à liquidez e certeza do direito pleiteado, a não ser que tal documento esteja em poder de alguma autoridade que se recuse a fornecê-lo, podendo o julgador exigir a apresentação, o que não é o caso, em vista da própria alegação da parte em sua inicial. Nota-se que a impetrante em sua exordial assevera que: "[…] desde janeiro/1989 que a médica trabalha diariamente atendendo paciente em diversas situações patologias, tais como asma, tuberculose, pneumonias etc., e, por isso, sendo exposta a agentes biológicos infectocontagiosos. Por desempenhar suas funções em ambiente insalubre, percebe, inclusive, Gratificação Adicional de Insalubridade. É o que demonstram, inclusive, os recibos de pagamento adunados. Deste modo, devido à peculiaridade da atividade exercida, tal profissão é reconhecida, pela legislação previdenciária do Regime Geral de Previdência, como profissão de risco, exercida em condições especiais, o que confere ao empregador do setor privado

o direito à aposentadoria aos 25 anos de exercício de atividades sob tais condições. Considerando-se, portanto, que a autora está prestes a trabalhar um período de vinte e cinco anos submetido a condições especiais, teria direito, ao completar tal período, a uma aposentadoria especial caso o Estado da Bahia tivesse uma legislação própria sobre o tema, o que não ocorre por inércia do Poder Executivo". (grifo nosso)

IV – Percebe-se que a impetrante não comprova, através de prova documental, a liquidez e certeza do direito pleiteado, eis que aborda que está prestes a completar o período de vinte e cinco anos no exercício de atividade insalubre que enseja a possibilidade de aplicação do benefício de aposentadoria especial, aplicando-se, subsidiariamente, o art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, visto que os contracheques acostados aos autos, às fls. 19/38, compreendem o período de 1992 à 2013, não demonstrando o exercício da atividade em condições insalubres pelos vinte e cinco anos exigidos para aplicação da norma legal.

V – Nos termos legais, é indispensável que fique evidenciado que a impetrante trabalhava sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a sua integridade física, o que não restou demonstrado, no que tange ao tempo de serviço exigido.

VI – Cumpre, ainda, esclarecer que o efeito do mandado de injunção tem natureza mandamental e, jamais, declaratória de omissão, conforme já decidido pelo STF no MI nº 721, de modo que, não tendo sido preenchidos os requisitos para o exercício do direito de aposentadoria em condições especiais, não se prestará o remédio constitucional para declarar a omissão e permitir que, em momento oportuno, a impetrante exercite o direito pleiteado.

*VII – Ante o exposto, o voto é no sentido de **EXTINGUIR O MANDAMUS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, em virtude da ausência de documentação e da possibilidade de aposentação com aplicação de eficácia da referida lei federal, neste momento, visto que só completará 25 (vinte e cinco) anos de serviço prestado no próximo ano (2014).*

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutido este **MANDADO DE INJUNÇÃO** nº 0009481-21.2013.805.0000-2, em que figuram, como impetrante, ROSANA NUNES DE ABREU FRANCO e, como impetrado, GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **EXTINGUIR O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, e assim o fazem conforme o voto da relatora Desª MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Injunção impetrado por ROSANA NUNES DE ABREU FRANCO, em face de ato omissivo carregado ao GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA. Aduz que é servidora pública estadual, atuando como médica do

Quadro de Pessoal Efetivo da SESAB, exercendo suas atividades de atendimento clínico/pneumológico no ambulatório do Hospital Octávio Mangabeira, em unidade de doenças respiratórias.

Observa que está prestes a trabalhar um período de vinte e cinco anos submetida a condições especiais e que teria direito, ao completar tal período, a uma aposentadoria especial caso o Estado da Bahia tivesse uma legislação própria, o que não ocorre por inércia do Estado.

A impetrante alega o direito de obtenção de aposentadoria especial, em razão do exercício de atividades em condições especiais que prejudicam sua saúde e integridade física, nos termos do art. 42, §8º, da Constituição Estadual/89, e do art. 40, §4, III, da CF/88, que está sendo obstado por ausência de norma legal de iniciativa legislativa do Governador do Estado.

Assim, requer seja suprida a omissão concernente à inexistência de lei regulamentando a aplicação do §8º, art. 42, da Constituição Estadual de 1989, com a redação da Emenda Constitucional nº 07/99, bem como seja garantido o direito à adoção da Lei 8213/91, lei geral da Previdência Social, para a concessão de aposentadoria especial com o tempo de 25 (vinte e cinco) anos.

Informações prestadas às fls. 50/53. Intervenção Estatal (fls. 54/63).

A Procuradoria de Justiça opina pela concessão da segurança, deferindo-se o pedido exposto na exordial, em razão do evidente direito da impetrante ao benefício da aposentadoria especial, aplicando-se ao caso concreto, subsidiariamente, o art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91. Constatada a ausência de norma regulamentadora do benefício da aposentadoria especial prevista no art. 42, §8º, da Constituição do Estado da Bahia, requer o Ministério Público baiano a notificação da autoridade impetrada para o suprimento da referida omissão legislativa.

É, no que interessa, o Relatório.

VOTO

A matéria retratada no presente *mandamus* diz respeito à aplicação de normal federal ao direito a ser adquirido pela impetrante médica ao completar vinte e cinco anos de atividades em condições insalubres, que ocorrerá em 13/1/2014.

O *writ* cabe quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de um direito subjetivo. Nesse sentido, Ministro Gilmar Ferreira Mendes ensina: "*cuida-se de instrumento do processo constitucional voltado para a defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório." (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 5ª edição, pág. 642).*

Prescreve o inciso LXXI, art. 5º, CF: *"conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos a liberdades constitucionais das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".*

O Mandado de Injunção é utilizado para suprimento de omissões contidas em normas constitucionais que não são autoaplicáveis, necessitando de regulamentação específica.

Para Marcus Vinícius Americano da Costa *in* Poder Judiciário, Direitos Fundamentais e Ações Constitucionais a injunção é:

> *"instituto de natureza mandamental e como remédio para preservação de certos direitos e garantias requer a existência de um procedimento especial e sumário a ser utilizado subsidiária ou supletivamente, pois o seu reconhecimento e efetivo exercício estão atrelados à prática posterior de ato legislativo no sentido genérico do vocábulo, a fim de impedir que na hipótese de transgressão, como se fosse letra morta, a inércia por parte de quem tenha competência inviabilize o direito contemplado no preceito constitucional sujeito à regulamentação". (pg. 415).*

Portanto, ausente a norma regulamentadora que viabilize o seu exercício, o objetivo do Mandado de Injunção é tutelar concretamente o direito, liberdade ou prerrogativa em benefício exclusivo da impetrante, tendo como pressupostos a falta de norma regulamentadora para efetiva aplicação do disposto no preceito constitucional (inciso LXXI, art. 5º) e o favorecimento direto conferido a seu titular, que assim está legitimado à ação.

André Ramos Tavares, referindo-se às condições constitucionais, elenca:

> *"1ª) previsão de um direito pela constituição; 2ª) necessidade de uma regulamentação que torne esse direito exercitável; 3ª) falta da norma que implemente tal regulamentação; 4ª) inviabilização referente aos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania; 5ª) nexo de causalidade entre a omissão e a inviabilização" (Curso de Direito Constitucional, SP, 2002, p. 714).*

Sobre o assunto, merece destaque o seguinte posicionamento jurisprudencial, senão vejamos:

> Vistos etc. Trata-se de mandado de injunção impetrado contra alegada ausência de norma regulamentadora do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, assegurado pelo art. 40, § 4º, da Lei Maior. A impetrante informa ser ocupante da função de psicóloga, no Centro de Socioeducação de Curitiba, órgão integrante da Administração estadual, em virtude do qual exerceria atividades que representam risco à saúde e à integridade física. Alude, como prova dessa circunstância, ao recebimento efetivo de adicional de insalubridade. Sustenta que a falta de regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição da República, dependente de lei complementar de iniciativa do Presidente da República, impede o exercício da aposentadoria especial. Requer a concessão de ordem para que lhe seja viabilizado o exercício do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da Constituição da República, mediante aplicação do art. 57 da Lei 8.213/1991. Nas informações apresentadas em 20/6/2012, o Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União, noticia que o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projetos de lei que "visam à regulamentação dos incisos I, II e III do § 4º do artigo 40 da CF" e pontua que "inexiste dano a ser protegido através da via do mandado de injunção, pois não há a alegada inércia legiferante". Pugna pela extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, ao argumento de que "sem o estado de mora legislativa, caracterizado pelo retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional, não há como reconhecer-se ocorrente o próprio interesse de agir em sede injuncional".

> No mérito, defende a improcedência da ação. Citado, o Estado do Paraná, em contestação, argui a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação e falta de interesse de agir. Manifesta-se pelo não-cabimento do presente mandado de injunção (i) por ausência do pressuposto de constituição válida e regular do processo concernente à comprovação do indeferimento do pedido de aposentadoria especial pela Administração Pública; (ii) impropriedade da via processual eleita; e (iii) ausência de prova pré-constituída. No mérito, defende a improcedência do feito. O Procurador-Geral da República opina pela procedência parcial do pedido, a fim de que se reconheça o direito da impetrante de ter "a sua situação analisada pela autoridade administrativa competente à luz da Lei nº 8.213/91, no que se refere especificamente ao pedido de concessão da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, da Constituição". É o relatório. Decido. Na dicção do art. 5º, LXXI, da Constituição da República, "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (destaquei). Emerge, desse preceito, amoldar-se perfeitamente ao objeto do mandado de injunção a pretensão de assegurar a fruição de direito outorgado pela Constituição, cujo exercício se vê inviabilizado por não ter sido regulamentado. Conforme pontua, com clareza, José Afonso da Silva, a função do mandado de injunção é "fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada" (Curso de Direito Constitucional Positivo. 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 450, destaquei). Impende destacar, com efeito, que nem toda omissão legislativa se revela apta a ensejar a impetração do mandado de injunção, senão aquela que (a) reflete o descumprimento, pelo legislador, de específica incumbência constitucional, e (b) tem como consequência a frustração do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nesse sentido, o magistério de JJ Gomes Canotilho: "A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas." (As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 354-5, destaquei)
>
> Funda-se, a pretensão ora deduzida pela impetrante, na inexistência de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, da Carta da Republica, a impedir-lhe o exercício de direito constitucionalmente assegurado, qual seja, a aposentadoria especial do servidor público que exerce atividades de risco ou sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Aponta, nessa medida, frustrado, em face de omissão legislativa, o exercício de direito subjetivo assegurado por norma constitucional de eficácia limitada. Subordinado, pois, o exercício do direito constitucional postulado à atuação positiva do legislador, adequada se mostra a tutela postulada mediante a impetração do writ injuncional. Igualmente, a ausência de norma regulamentadora do direito constitucional cujo exercício se pretende viabilizar, consoante se verifica das informações prestadas pela Presidência da República, é suficiente

para evidenciar o interesse processual da impetrante. Lado outro, condicionada a eficácia do direito inscrito no art. 40, § 4º, da Lei Maior à sua regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do Presidente da República, cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 102, I, q, da Carta Política, o julgamento do mandado de injunção impetrado, ainda que por servidor público estadual, com o objetivo de viabilizar o seu exercício, mormente diante da vedação contida no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/1998 (incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13/2001), que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim tem decidido este Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica nas decisões proferidas no MI 1.169-AgR/DF (Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 19/8/2011), no MI-1.525-AgR/DF (Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 11/4/2011), no MI 1.417-ED/DF (Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 17.4.2012), no MI 2.091/DF (Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 2/4/2012) e no MI 4.196/PR (Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 27/3/2012). Em todos esses casos, a Corte examinou o mérito da ordem injuncional impetrada com vistas a assegurar a aplicação supletiva do art. 57 da Lei 8.213/1991 na análise do preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria especial de servidores públicos estaduais, com base na previsão do art. 40, § 4º, da Constituição da República. Rejeito as preliminares arguidas.
Não é recente a preocupação da doutrina jurídica com o problema da aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos. Reconhecendo a imperatividade de tais normas, Rui Barbosa já chamava atenção para a compreensão de que "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios necessários de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo critérios, os habilite a exercer. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos" (Comentários à Constituição Federal Brasileira. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-9). O desafio representado pelo problema da eficácia das normas constitucionais também mereceu reflexão de Norberto Bobbio, para quem "O campo dos direitos do homem ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de 'programáticas'. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc,* mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos é esse que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito?" (Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77-8)

Introduzido pela Carta de 1988, o mandado de injunção assume especial relevo, na ordem jurídica contemporânea, como instrumento voltado à efetivação dos direitos e liberdades com assento no texto constitucional, bem como às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando a inércia legislativa obstaculiza o seu exercício. Não visa, assim, à criação ou elaboração, e sim à viabilização do exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas já titularizados, porquanto outorgado pelo Poder Constituinte. A própria previsão do mandado de injunção é o reconhecimento, pela Carta de Direitos, de que a omissão legislativa na regulamentação dos direitos, liberdades e prerrogativas nela diretamente previstos configura, em si, situação revestida de inconstitucionalidade, incompatível com a ordem estabelecida. Na espécie, serve-se a impetrante da via injuncional para demandar ordem integrativa, de modo a viabilizar-lhe o exercício de direito subjetivo que assinala abrigado no art. 40, § 4º, da Constituição da República, obstaculizado pela mora legislativa em regulamentá-lo. Trata-se da adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, em caráter especial, ao servidor público exercente de atividades de risco ou sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Com a Emenda Constitucional 20/1998, o que até então era previsto no antigo § 1º do art. 40 da Constituição da República como faculdade do legislador de estabelecer exceções à regra geral de aposentadoria no serviço público, "no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas", foi convertido, agora no § 4º, em um dever de definir, em lei complementar, "os casos de atividades exercidas exclusivamente sob tais condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física", autorizadores da adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria. Lei complementar, vale dizer, de iniciativa do Presidente da República, por força do art. 61, II, a, da Lei Maior. Posteriormente, a Emenda Constitucional 47/2005 conferiu nova redação ao § 4º do art. 40 da Constituição da República, que, ampliando as circunstâncias ensejadoras do direito do servidor público à aposentadoria especial, passou a ostentar a seguinte redação: "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física." (destaquei) A jurisprudência desta Casa já se pronunciou diversas vezes no sentido de que a regra do § 4º do art. 40 da Carta Política, desde a EC 20/1998, traduz verdadeiro direito subjetivo do servidor público à aposentadoria especial quando verificadas as condições nela previstas. Encerra, ainda, o preceito, em decorrência, incumbência específica dirigida ao legislador complementar, e não

mera faculdade. Como bem observou o Ministro Março Aurélio, nos autos do MI 721/DF, "hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física." Igualmente concluiu, acerca do conteúdo da norma em apreço, a Ministra Cármen Lúcia, ao registrar que "a norma constitucional impõe ( ) regulamentação específica (Lei complementar), por meio da qual se defina a inteireza do conteúdo normativo a viabilizar o exercício daquele direito insculpido no sistema fundamental". Cumpre equacionar, de outra parte, a caracterização da mora legislativa na regulamentação da norma constitucional em questão. Reporto-me, quanto a esse aspecto, às seguintes ponderações de Flávia Piovesan, em monografia sobre o tema: "Parece se dirigir a essa problemática Clémerson Merlin Clève, quando distingue as omissões inconstitucionais das chamadas 'situações constitucionais imperfeitas' ou 'lacunas técnicas' ou 'lacunas de legislação'. Assim, em sua lição, a 'lacuna' só se converteria em omissão inconstitucional após decorrido um lapso temporal que extravasasse os limites do razoável, razão pela qual, em seu entendimento, 'é preciso ver, então, que a omissão inconstitucional configura um *plus* em relação às situações jurídicas imperfeitas. A inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para a sua caracterização: o tempo'. Ou, ainda, como quer Regina Maria Macedo Nery Ferrari, 'a inconstitucionalidade por omissão nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato que viesse a propiciar a efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais '. À luz, portanto, da razoabilidade e levando em conta este amplo elenco de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, se se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia como devia ser emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade" (Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95, destaquei). A esse respeito, salientou, com pertinência, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do MI 20/DF, que "a inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento da efetivação da prestação legislativa não obstante a ausência, na Constituição, de prazo prefixado para a edição da necessária norma regulamentadora vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários" (MI 20/DF, Tribunal Pleno,DJ 20/5/1994, destaquei). De fato, o período transcorrido entre a promulgação da Emenda Constitucional 20/1998 e o ajuizamento da presente ação supera uma década, sem que tenha sido cumprido, pelo legislador complementar, o comando constitucional viabilizador do exercício do direito em causa. Qualifica-se, assim, a mora legislativa, a toda evidência, como injustificada e excessiva, além de não razoável, como reiteradamente reconhecido pela jurisprudência desta Suprema Corte. Ao apreciar o mandado de injunção nº 721-7/DF, o Plenário do STF, reconheceu que, evidenciada a mora legislativa em disciplinar a aposentadoria especial do servidor público prevista no art. 40, § 4º, da Lei Maior, se impõe a adoção supletiva, via pronunciamento judicial, da disciplina própria do Regime Geral da Previdência Social, a teor do art. 57 da Lei 8.213/1991, em decisão assim ementada: "MANDADO DE

INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91."(MI 721/DF, Relator Ministro Março Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 29.11.2007, destaquei) No mesmo sentido, os seguintes precedentes:" EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91."(MI 795/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 15.4.2009, destaquei)" EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos."(MI 788/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 7/5/2009,destaquei) Na mesma linha as decisões monocráticas proferidas no MI 912/DF (Relator Ministro Cezar Peluzo, DJe 19/5/2009), no MI 1169/DF (Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 3/8/2009), no MI 1394/DF (Relator Ministro Celso de Mello, DJe 4/6/2010), no MI 2170 (Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 29.9.2011), no MI 2340 (Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 11/11/2011), no MI 2745/DF (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 18/10/2010), no MI 2934/DF (Relator Ministro Março Aurélio, DJe 22/11/2010), no MI 3248/DF (Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 29/7/2011) e no MI 3588 (Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 09/8/2011). Ao conceder o mandado de injunção, deve o

Poder Judiciário viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontre obstado ante a falta de norma regulamentadora. A concessão do *writ* injuncional, portanto, não implica o Poder Judiciário na produção, senão na revelação da norma aplicável supletivamente, porque já previsto o direito na Constituição.

Exaure-se a prestação jurisdicional na revelação da legislação aplicável à regulamentação do direito, enquanto perdurar a omissão legislativa reconhecida, de modo a viabilizar, na situação concreta, o seu exercício. Segundo a autorizada liça de Calmon de Passos, ainda, o mandado de injunção "não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso." (Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98-9,destaquei). Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, em sede de mandado de injunção, substituir-se à autoridade competente para aferir concretamente o preenchimento do requisitos legais para a aposentadoria especial da impetrante, senão possibilitar o seu exercício indicando a norma aplicável em caráter supletório. Destaco, por fim, que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em 15/4/2009, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do MI 795-1/DF (Relatora Ministra Cármen Lúcia), autorizou fossem os casos idênticos decididos monocrática e definitivamente. Ante o exposto, reconhecida a omissão legislativa no que pertine à regulamentação do direito constitucionalmente assegurado do servidor público à aposentadoria especial, concedo parcialmente a ordem injuncional para determinar seja aplicado supletivamente o art. 57 da Lei 8.213/1991 pela autoridade administrativa a quem compete apreciar concretamente o preenchimento do requisitos legais para a jubilação especial da impetrante, até a superveniência da lei complementar a que se refere o § 4º do art. 40 da Constituição da República, que se toma por condição resolutiva desta decisão. Publique-se. Brasília, 11 de setembro de 2012.Ministra Rosa Weber Relatora (STF - MI: 3591 DF , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 11/9/2012, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 2/10/2012 PUBLIC 3/10/2012)

E, neste Tribunal, já foram julgados os seguintes entendimentos:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL E ABONO DE PERMANÊNCIA. ARTIGOS 40 DA CF E 42 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INICIATIVA DE LEI PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. PRELIMINAR ACOLHIDA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO. PRELIMINAR QUE SE REJEITA. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. NEGATIVA FORMAL DO PODER PÚBLICO NÃO CONFIGURA REQUISITO PARA A IMPETRAÇÃO DO PRESENTE MANDAMUS. PRELIMINAR QUE SE REJEITA. ABONO DE PERMANÊNCIA. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS NESTA PARTE. MORA LEGISLATIVA CONFIGURADA NA PARTE RELATIVA À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. SUPRESSÃO. FORÇA MANDAMENTAL. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (PROCESSO 0001565-72.2009.805.0000-0 - MANDADO DE INJUNÇÃO – de relatoria da DESª MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO).

Mandado de Injunção. Servidores do Poder Judiciário aposentados nas funções de técnico gráfico e impressor gráfico. Alegação de que prestavam serviço em atividades insalubres, com recebimento de verba a esta correspondente. Preliminar de carência de ação rejeitada, pois a ausência de documento que confirme a negativa da autoridade responsável pela aposentação não inviabiliza a pretensão perseguida pelos Impetrantes, pois o Mandado de Injunção tem por finalidade dar efetividade à norma constitucional na hipótese de ausência de Lei regulamentadora do Direito garantido na Carta Maior. Preliminar de inépcia da inicial também rejeitada, pois o legislador constitucional expressou a vontade de garantir o direito à aposentadoria especial e não há incompatibilidade entre as alegações feitas e o pedido formulado. Mérito. O art. 40, § 4º, da Constituição Federal é norma de eficácia limitada, sendo necessária a edição de Lei Complementar para que sejam traçados parâmetros a fim de diferenciar a aposentadoria dos servidores que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. O Supremo Tribunal Federal entende que, na ação mandamental, não basta a declaração da omissão legislativa, mas considera que a decisão deva ter eficácia, definindo as condições para o implemento da aposentadoria especial utilizando a legislação aplicável aos trabalhadores em geral, por analogia, naquilo que lhe for aplicável. Pedido relativo ao abono de permanência não conhecido por conter o art. 40, § 19º, da CF norma de eficácia plena e não limitada. Segurança parcialmente Concedida para declarar a mora legislativa e determinar a adoção pela Autoridade Impetrada dos preceitos normativos estabelecidos no caput do art. 57 e § 1º da Lei 8.213/91 para fins de exame da aposentadoria especial aos Impetrantes, sem prejuízo da análise de suas respectivas situações funcionais. (MANDADO DE INJUNÇÃO N. 0005248-49.2011.805.0000-0, RELATOR: DES. JOSÉ CÌCERO LANDIN NETO)

No entanto, tais precedentes não se aplicam à situação fática apresentada, pois a impetrante não tem tempo suficiente para fazer *jus* à aplicação da legislação em questão, bem como deixou de apresentar a documentação que comprove o exercício do adicional de insalubridade durante todo o período em que presta serviços médicos como servidora pública estadual.

Sendo assim, o Mandado de Injunção deverá ser devidamente instruído com prova documental, a não deixar dúvidas quanto à liquidez e certeza do direito pleiteado, a não ser que tal documento esteja em poder da alguma autoridade que se recuse a fornecê-lo, podendo o julgador exigir a apresentação, o que não é o caso, em vista da própria alegação da parte em sua inicial.

Nota-se que a impetrante, em sua exordial, assevera que:

> *" […] desde janeiro/1989 que a médica trabalha diariamente atendendo paciente em diversas situações patologias, tais como asma, tuberculose, pneumonias etc., e, por isso, sendo exposta a agentes biológicos infectocontagiosos. Por desempenhar suas funções em ambiente insalubre, percebe, inclusive, Gratificação Adicional de Insalubridade. É o que demonstra, inclusive, os recibos de pagamento adunados. Deste modo, devido à peculiaridade da atividade exercida, tal profissão é reconhecida, pela legislação previdenciária do Regime Geral de Previdência, como profissão de risco, exercida em condições especiais, o que confere ao empregador do setor privado o direito à aposentadoria aos 25 anos de exercício de atividades sob tais condições. Considerando-se, portanto, que a autora está prestes a trabalhar um período de vinte e cinco anos submetida a condições especiais, teria direito, ao completar tal período, a uma aposentadoria especial caso o Estado da Bahia tivesse uma legislação própria sobre o tema, o que não ocorre por inércia do Poder Executivo". (grifo nosso)*

Percebe-se que a impetrante não comprova, através de prova documental, a liquidez e certeza do direito pleiteado, eis que aborda que está prestes a completar o período de vinte e cinco anos no exercício de atividade insalubre que enseja a possibilidade de aplicação do benefício de aposentadoria especial, aplicando-se, subsidiariamente, o art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, visto que os contracheques acostados aos autos, às fls. 19/38, compreendem o período de 1992 à 2013, não demonstrando o exercício da atividade em condições insalubres pelos vinte e cinco anos exigidos para aplicação da norma legal.

Nos termos legais, é indispensável que fique evidenciado que a impetrante trabalhava sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a sua integridade física, o que não restou demonstrado, no que tange ao tempo de serviço exigido.

Cumpre, ainda, esclarecer que o efeito do mandado de injunção tem natureza mandamental e, jamais declaratória de omissão, conforme já decidido pelo STF no MI nº 721, de modo que, não tendo sido preenchidos os requisitos para o exercício do direito de aposentadoria em condições especiais, não se prestará o remédio constitucional para declarar a omissão e permitir que, em momento oportuno, a impetrante exercite o direito pleiteado.

> MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (STF – MI 721-DF, DJ 30/8/2007, Min. Marco Aurélio) (grifo nosso)

Ante o exposto, o voto é no sentido de **EXTINGUIR O MANDAMUS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, em virtude da ausência de documentação e da possibilidade de aposentação com aplicação de eficácia da referida lei federal, neste momento, visto que só completará 25 (vinte e cinco) anos de serviço prestado no próximo ano (2014).

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0029929-52.1989.8.05.0001, 5ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Vera Lúcia Freire de Carvalho, julgado em 04.09.2012.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO EM AÇÃO POPULAR – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DE AÇÃO PELA ILEGITIMIDADE DO PÓLO PASSIVO REJEITADA –PEDIDO DE NULIDADE DE ATO QUE CONCEDEU SUBSÍDIO MENSAL VITALÍCIO A EX-GOVERNADOR – BENEFÍCIO NÃO AMPARADO PELA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SIMETRIA DAS NORMAS FEDERAIS E ESTADUAIS – AFRONTA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA E LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Trata-se de Apelação no bojo de Ação Popular com vistas a anular ato de concessão de subsídio mensal vitalício para ex-governador do Estado da Bahia, julgada procedente.
2. Rejeitada preliminar de inépcia da inicial e carência de ação por ilegitimidade passiva, tendo em vista que o art. 6º da Lei 4.717/65, disciplinadora desta demanda, autoriza a propositura da ação não apenas em face de pessoa jurídica, mas também contra a autoridade que praticou o ato impugnado e o seu beneficiário. Ademais o Estado da Bahia compareceu ao processo e se manifestou nos fólios, sanando, acaso existisse, eventual irregularidade.
3. No mérito, merece amparo o pleito do Autor da Ação, uma vez que o deferimento da vantagem que se pretende anular encontra óbice no ordenamento jurídico, mormente porque realizado sob a égide da nova Constituição Federal de 88, que não mais previa o benefício paradigma para os ex-presidentes.
4. A entrada em vigor do novo texto constitucional revogou, portanto, as normas da antiga Carta Política do Brasil e não recepcionou as disposições infraconstitucionais com ela incompatíveis, dente as quais se encontra o art. 52 da antiga Constituição do Estado da Bahia, utilizada como fundamento para a concessão do subsídio mensal vitalício.

5. O princípio da Simetria o qual possibilitou a estipulação da benesse prevista no âmbito federal para a esfera estadual, serve de parâmetro também para concluir que, desaparecendo o benefício na órbita Federal, não mais persiste nos Estados.
6. Tendo em vista que o ato impugnado vai de encontro às normas legais e constitucionais, comprometendo a moralidade administrativa e causando lesão ao patrimônio público, manifesta é a procedência da Ação Popular.
RECURSOS IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029929-52.1989.805.0001-0, em que figuram como Apelantes FRANCISCO WALDIR PIRES DE SOUZA e NILO AUGUSTO MORAES COELHO, tendo como Apelado EDUARDO CORREIA DA CRUZ.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em MANTER A SENTENÇA, NEGANDO PROVIMENTO AOS RECURSOS, tendo em vista as razões a seguir expostas.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelações Cíveis interpostos por Francisco Waldir Pires de Souza e Nilo Augusto Moraes Coelho em face da sentença de fls. 190/201, lançada nos autos da Ação Popular n. 14089220093-6, proferida pelo Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, por meio da qual confirmou a liminar prolatada no bojo da demanda, julgando procedente o pleito do autor no sentido de nulificar o ato do, à época, Chefe do Executivo Estadual, o Sr. Nilo Augusto de Moraes Coelho, concessivo do benefício de subsídio mensal e vitalício ao ex-governador Francisco Waldir Pires de Souza.

Adoto o relatório da sentença objurgada, acrescentando que, em seu julgamento, o magistrado primevo decretou a invalidade do ato impugnado para fazer cessar os efeitos da vitaliciedade da pensão concedida, sem prejuízo do ressarcimento ao erário, pelos Requeridos, da quantia paga ao Abrigo Salvador.

Condenou ainda, em razão da sucumbência, os Réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor atribuído à causa.

Irresignado, Francisco Waldir Pires de Souza, interpôs o Apelo de fls. 204/216, atribuindo, primeiramente, o ajuizamento da Ação Popular a motivos estritamente políticos. Rechaçou a interpretação acerca da necessidade de término do período governamental para requerer o subsídio em questão, sob o argumento de que retiraria a utilidade prática da regra autorizadora de concessão da vantagem a quem renuncia. Alegou existirem duas hipóteses de concessão da verba: uma para quem conclui o mandato e outra para quem renuncia a fim de concorrer a outro cargo eletivo, no prazo de lei. Defendeu ter direito adquirido à pensão vitalícia a partir do momento da renúncia, refutando a

tese da mera expectativa de direito. Distinguiu os proventos de aposentadoria de funcionário público do subsídio atribuído a ex-governador, razão pela qual afirmou não serem aplicáveis a este as regras daquela. Sustentou a validade da previsão da Carta Estadual com base na autonomia administrativa dos Estados, argumentando tratar-se de matéria contida na sua competência legislativa. Aduziu que o benefício foi deferido na égide da Constituição do Estado então vigente à época, amparado pela CF/67, e não teria sido revogado pela posterior Carta Estadual. Requereu, ao final, o provimento do Recurso.

O apelado, a seu turno, apresentou contrarrazões de fls. 226/231, ressaltando, a priori, não ter sido instrumento de malabarismo ao propor a Ação Popular, ajuizada, segundo aduziu, pela convicção de que o ex-governador em comento não tinha direito ao benefício concedido. Ressaltou o acerto do pronunciamento hostilizado, destacando que à época da concessão da vantagem não mais existia essa autorização na Constituição Federal de 88, razão pela qual a posterior Carta Estadual da Bahia excluiu esse benefício. Deduziu assim que, além de ilegal, já que não tinha a condição temporal exigida em lei para pleitear tal verba vitalícia, seria inconstitucional, uma vez não obedecida a Lei Maior de 88. Pugnou com isso pela manutenção da sentença.

Posteriormente, às fls. 234/245, foi juntado Recurso de Apelação do 2º litisconsorte passivo, o Sr. Nilo Augusto Moraes Coelho, suscitando, como preliminar, a inépcia da inicial pela ilegitimidade de parte, resultando em falta de condição da ação, ao fundamento de que a demanda deveria ter como réu o Estado da Bahia. No mérito, repetiu o argumento da compatibilidade do benefício com a Emenda 19/84 da Constituição do Estado, advogando a tese da não revogação do benefício pela nova Carta Política da Bahia de 1989, ante a omissão desta última, bem como invocou, também, o direito adquirido. Refutou, ainda, a aplicação das normas de aposentadoria à espécie em tela, defendendo se referir a pensão civil especial pelo exercício de cargo político. Pediu, por derradeiro, a reforma do julgado com a condenação do Autor, por litigância de má fé, ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios.

Instado a se manifestar sobre a 2ª Apelação, às fls. 257/260, o Apelado reiterou os termos das contrarrazões e combateu a alegação de inépcia da inicial sob o fundamento de que a Lei de Ação Popular, em seu art. 6º, também autoriza a propositura da demanda contra autoridades, funcionários ou administradores.

Remetido o processo e recebido por esta instância *ad quem,* procedeu-se a sua distribuição à Quinta Câmara Cível, cabendo-me, após regular sorteio, a função de Relatora.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela confirmação da decisão de primeira instância.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, visto que restaram preenchidos os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de Apelações Cíveis em face da sentença que julgou procedentes, confirmando a liminar, os pedidos insertos no bojo de Ação Popular com vistas a obstar e anular o ato que deferiu a percepção do subsídio vitalício mensal ao ex-governador Waldir Pires.

Ab initio, cumpre analisar a preliminar aventada de inépcia da inicial e carência de ação pela suposta ilegitimidade passiva. A simples leitura do art. 6º da Lei 4.717/65 revela que não merece amparo a referida preambular, isto porque o sujeito passivo da Ação Popular não se restringe a pessoa jurídica, como afirmado pelo Apelante, mas também abrange pessoas físicas, consoante a redação a seguir transcrita:

> Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, c**ontra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.** (negritos acrescidos)

Desta forma, não restou equivocada a indicação dos legitimados passivos feita pelo Autor, o qual incluiu a autoridade que editou o ato guerreado e a pessoa que dele se beneficiou. Ademais, após o ingresso destes dois Requeridos, o Estado da Bahia teve participação no processo, inclusive oferecendo contestação de fls. 78/83, bem como se manifestou nos autos após a prolação da sentença, conforme petição acostada à fl. 225, sanando eventuais irregularidades, razões pelas quais, fica, então, rejeitada a preliminar ora examinada.

No mérito, o cerne da controvérsia cinge-se à possibilidade de concessão do benefício relativo ao recebimento de subsídio mensal e perpétuo em razão do exercício do cargo de Chefe do Executivo Estadual e se, caso possível, as condições para fazer jus a esta benesse foram preenchidas.

A admissibilidade da percepção desta vantagem varia de acordo com o tempo em que pedido de tal natureza foi realizado e concedido. Isto porque o tema passou por mudanças dentro da ordem jurídica ao longo dos anos, de modo que o requisito temporal se revela imprescindível para a análise da demanda.

A Constituição Federal de 1969, em seu art. 184, autorizava o pagamento da verba que muitos denominam de pensão vitalícia para ex-Presidentes da República nos seguintes termos:

> Art. 184 – Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual aos vencimentos do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. (Obs: com a redação dada pela EC 11/1978)

Os Constituintes Estaduais, a exemplo do Estado da Bahia, por sua vez, atentos a tal regra, adotaram a mesma disciplina para os ex-governadores, normas estas que tiveram questionadas a constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A Egrégia Corte Maior, em respeito ao princípio da simetria, concluiu pela compatibilidade de tais disposições estaduais com a *Lex Legum,* devendo as mesmas serem válidas apenas enquanto perdurasse o padrão da Carta Política Federal.

Assim, com o advento da *novel* Constituição de 1988, o referido benefício não mais constou em seu texto, denotando com isso a sua revogação, razão pela qual as normas contidas nas Constituições dos Estados autorizadoras da vantagem perderam o seu

fundamento de validade e não poderiam ser aplicadas, posto não terem sido recepcionadas pelo novo texto constitucional.

Nesta linha de raciocínio, deve-se separar aqueles que obtiveram a concessão de tal pensão mensal antes e após o Texto Magno de 1988. As vantagens concedidas sob a égide da *Lex Mater* anterior, embora questionáveis, encontravam amparo no texto constitucional, benefício este que não mais poderá ser pleiteado depois do advento da nova Carta Política.

Vale dizer que a nossa Corte Maior já enfrentou o tema, em algumas oportunidades, restando pacificado o assunto desde 2007, em sede de ADI, donde se extrai as conclusões que embasam este julgado. Nesse sentido, merece transcrição o acórdão proferido quando da concessão de medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1461/AP:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. EX-GOVERNADOR DE ESTADO. SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO A TÍTULO DE REPRESENTAÇÃO. EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 003, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1995, DO ESTADO DO AMAPÁ.
> 1. Normas estaduais que instituíram subsídio mensal e vitalício a título de representação para Governador de Estado e Prefeito Municipal, após cessada a investidura no respectivo cargo, **apenas foram acolhidas pelo Judiciário quando vigente a norma-padrão no âmbito federal.**
> **2. Não é, contudo, o que se verifica no momento, em face de inexistir parâmetro federal correspondente, suscetível de ser reproduzido em Constituição de Estado-Membro.**
> **3. O Constituinte de 88 não alçou esse tema a nível constitucional.**
> 4. Medida liminar deferida.
> (ADI 1461 / AP – Amapá Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator(a): Min. Maurício Corrêa Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes Julgamento: 12/9/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (negritos acrescidos)

O pronunciamento final, porém, ocorreu com a perda do objeto diante da publicação superveniente da Emenda Constitucional n. 35, que acrescentou e revogou dispositivos da Constituição Estadual do Amapá, dentre eles o art. 356, §§ 1º e 2º, objetos da comentada ADI, ficando o acórdão derradeiro com a seguinte ementa:

> EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Subsídio mensal e vitalício a ser concedido a ex-Governadores do Estado do Amapá. 3. Artigo 356 e §§ 1º e 2º das Disposições Constitucionais Gerais da Constituição do Estado do Amapá, com a redação conferida pela EC nº 3/1995, revogado pela Emenda Constitucional nº 35, de 21 de março de 2006. 4. Ação direta julgada prejudicada ante a perda do objeto.

Tema idêntico foi enfrentado pelo Supremo também na ADI 3853/MS, cujo acórdão traz-se à baila:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONS-

TITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, *CAPUT* e §§ 1º, 2º E 3º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR.

1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, ***caput***, 25, § 1º, 37, ***caput*** e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.
(ADI 3853 / MS – Mato Grosso do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade Relator(a): Min. Cármen Lúcia Julgamento: 12/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (negritos acrescidos)

Assim, atento à mudança da CF/88 e para compatibilizar as normas estaduais com os termos daquela Carta, o legislador do Estado da Bahia, em 1989, não mais reproduziu o comando autorizador do benefício em comento.

Desta forma, o caso ora em pauta, encontra óbice na novel Carta Magna, de forma a concluir que não há amparo jurídico para a concessão do subsídio mensal vitalício pleiteado. Com efeito, a renúncia do ex-governador do Estado da Bahia, para candidatar-se a Vice-Presidente da República, deu-se em maio de 1989, isto é, após a promulgação e vigência da Constituição de 1988, sendo que o pedido e concessão da vantagem foram realizados neste ano de 1989, ou seja, quando o ordenamento jurídico não mais permitia a obtenção desta benesse.

E não se diga que, à época, a Carta Política Estadual ainda autorizava, uma vez que, conforme já explicitado, quando a referida pensão deixou de constar no texto constitucional ocorreu o fenômeno da revogação das normas da *Lex Mater* anterior e não recepção das normas infraconstitucionais com ela incompatíveis. Quando uma Lei Maior quer manter um dispositivo do texto constitucional pretérita deve fazê-lo de forma expressa, sob pena de haver a ab-rogação (revogação integralmente) do regramento pas-

sado. Com isso, rechaça-se o argumento de possibilidade de manutenção do benefício mesmo após as novas Constituições, quer seja a após nova Lei Maior Federal de 1988, quer seja, depois da Carta Política Estadual de 1989.

Nesta esteira, não há como admitir, igualmente, a tese do direito adquirido na hipótese em questão se o benefício foi requerido em julho de 1989 e deferido em 24 dos mesmos mês e ano mencionados, repita-se, posteriormente a novel *Lex Legum,* a qual já não mais autorizava a percepção da pretendida vantagem. Ora, se as normas estaduais foram criadas tendo como fundamento de validade o texto da Constituição Federal, a partir do momento em que uma nova Lei Maior entrou em vigor, não mais subsistem os demais regramentos que com ela confrontam. Impossível, portanto, amparar-se no instituto que torna intangível o direito adquirido, já que a alegada aquisição de direito não tinha se consolidado quando começou a vigorar o novo comando constitucional, ao qual todas as demais normas devem se adequar. O princípio da Simetria que possibilitou a estipulação da benesse prevista no âmbito federal para a esfera estadual, serve de parâmetro também para deduzir que, desaparecendo o benefício na órbita Federal, não mais persiste nos Estados.

Por tudo quanto foi exposto, o raciocínio aqui perfilhado se coaduna com o opinativo do Ministério Público ao concluir:

> "Muitos foram os argumentos em que se pautaram o acionante e o magistrado em seu *decisum,* dentre eles o direito intertemporal e a aplicação legislativa; a equiparação da pensão ao regime de aposentadoria, impossibilitando, destarte, a sua criação sem previsão de receita; a ausência de previsão legal da pensão, nos moldes solicitados pelo ex-governador Waldir Pires, dentre outros. Entretanto, entende a Procuradoria de Justiça que o principal fundamento da procedência da Ação Popular e, consequentemente, da improcedência dos presente recursos, cinge-se à **não recepção pela Constituição Federal do dispositivo da Constituição Estadual que estabelecia o benefício de pensão mensal vitalícia a ex-governadores**."

Tendo em vista que o ato atacado confronta o ordenamento jurídico, comprometendo a moralidade administrativa e lesando o patrimônio público, manifesta é a procedência da presente Ação Popular. Com tais considerações, restou cristalino o acerto do pronunciamento primevo.

Diante do exposto, o voto é no sentido de **MANTER A SENTENÇA,** confirmando-a pelos fundamentos acima expendidos, **NEGANDO PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.**

*****

TJBA – Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0007746-16.2014.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Rita de Cássia Machado M. F. Nunes, julgado em 31.07.2014.

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE, MONOCRATICAMENTE, EXTINGUIU O PROCESSO

OBJETIVO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INALBERGAMENTO. ILEGITIMIDADE DO ÓRGÃO DE ABRANGÊNCIA LOCAL (EM VEZ DO ESTADUAL) DA AGREMIAÇÃO PARA PROPOR ADI PERANTE ESTA CORTE DE JUSTIÇA. UM DOS DOIS ITENS DA IMPUGNAÇÃO QUE TRADUZ OFENSA MERAMENTE REFLEXA AO PARÂMETRO INVOCADO, E O OUTRO (REMANESCENTE) QUE NÃO CONSTA NO TEXTO LEGAL QUE, APÓS SANÇÃO, FOI HOMOLOGADO E PUBLICADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), através de causídico regularmente constituído pelo Presidente da referida agremiação na Comarca de Ibiassucê, insurgindo-se contra a decisão consubstanciada às fls. 58/63, que, com fulcro no art. 162, XXIV do RITJ/BA, não conheceu, monocraticamente, da ação direta de inconstitucionalidade outrora requerida pelo aludido ente privado de existência ideal - na qual se questionava a validade da Lei n.º 228/2014 do Município de Ibiassucê, em face do princípio da isonomia e dos arts. 61 e 62, todos com sede na Constituição do Estado da Bahia - e, por conseguinte, extinguiu o processo objetivo por ela deflagrado sem resolução do mérito.

II. Alega o agravante, através de sua petição constante às fls. 67/81, em apertada síntese, que a manifestação jurisdicional impugnada deve ser reformada, uma vez que o poder constituinte derivado decorrente atribui legitimidade para a propositura de ADI a partido político, sem, contudo, ressalvar a impossibilidade de fazê-lo mediante o seu Diretório Local. Além disso, ratifica a regularidade do requerente perante a Justiça Eleitoral.

III. Assevera, ainda, que o ato normativo em fiscalização, ao criar cargos públicos de natureza efetiva em pleno desacordo com os limites de gasto com despesas de pessoal previstos na legislação constitucional e infra, atinente a orçamento e finanças públicas, bem como ao autorizar a concessão, pelo Chefe do Poder Executivo, de adicionais de gratificação por merecimento ou realização de trabalho extraordinário, nos valores de cinco a duzentos por cento sobre os vencimentos de referência, sem fixar qualquer critério para o deferimento, acaba por violar diretamente o parâmetro constitucional invocado, razão por que também merece ser apreciado.

IV. Recurso conhecido. Decisão mantida pela Desembargadora Relatora.

V. Mérito. Consoante cediço, em se tratando do direito de propositura de ação direta de inconstitucionalidade conferido ao partido político, o Pretório Excelso, em atenção ao valor de ampliação da jurisdição constitucional adotado pelo constituinte de 1998, temno admitido ainda nos casos de singularidade da representação parlamentar no Congresso Nacional e de perda superveniente de mandato, bem como tem dispensado a demonstração de interesse de

agir por pertinência temática. Malgrado isso, firmou entendimento de que, independentemente do objeto da fiscalização, apenas os Diretórios Nacionais podem agir em nome da agremiação (e isso através de causídico com poderes especiais, não é inoportuno lembrar)

VI. Jurisprudência supramencionada que se coaduna com os limites interpretativos estabelecidos pela moldura normativa extraída do texto dos arts. 103, VIII, da CF, e 2º, VIII, da Lei n.º 9.869/99, bem como com a regra da legitimação restrita nos sistemas de controle concentrado, cujo desrespeito ensejaria, segundo os célebres escólios do Mestre Português José Joaquim Gomes Canotilho, a " […] inflação dos processos de controle que a acção popular universal poderia originar [...]" (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 6º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 896).

VII. Racionalidade de tal discurso, que tem levado os Tribunais de Justiça pátrios a aplicarem, por simetria, a mesma *ratio decidendi* nas ADIs de sua competência. Precedentes.

VIII. Certidão atachada pela parte autora de regularidade eleitoral da Comissão Provisória do PSB na Comarca de origem que não sana a falta de condição da ação aventada, uma vez que a mesma consistiu na falta de legitimidade do Presidente desta, enquanto presentante de órgão de abrangência local (ao invés de estadual), propor a multicitada ação direta.

IX. A título corroborativo, tem-se, ainda, que, para admitir o direito de provocação da jurisdição constitucional em tela, seria necessária a reforma do Texto Magno Baiano, para tratar da matéria tal qual o fazem os §§ 1º e 2º do art. 95 da Lei Maior do Estado do Rio Grande do Sul.

X. Ademais, inobstante os fundamentos já elencados, de *per se* suficientes para obstaculizar a tramitação do procedimento, tem-se, ainda, que a alegada inconstitucionalidade da lei impugnada, por criar cargos públicos de natureza efetiva em inobservância dos limites financeiros e orçamentários de despesas com pessoal, traduz ofensa oblíqua, indireta ou mediata ao bloco de constitucionalidade tomado por referência, já que a verificação da antinomia depende do cotejo entre os diplomas e ato interposto, a saber, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000). Por conseguinte, patente a inadequação da via eleita para cognição da matéria.

XI. Inobstante isso, compulsando detidamente a base normativa censurada (fls. 34/37), não se constata, seja em seu art. 7º, seja nos demais dispositivos, o afirmado conflito da mesma com os princípios regentes da Administração Pública, por autorizar a concessão, pelo Chefe do Poder Executivo, mediante decreto, de adicionais de gratificação por merecimento ou realização de trabalho extraordinário, nos valores de cinco a duzentos por cento sobre os vencimentos de referência, deixando, contudo, de fixar qualquer parâmetro para

o deferimento. Logo, não se extraindo tal norma do texto que, após sanção do competente alcaide, foi homologado e publicado, descabido o requerimento nessa quota.
XII. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 0007746-16.2014.8.05.0000/50000, provenientes da Comarca de Ibiassucê, em que figuram, como Agravante, o PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO (PSB) e, como Agravado, o MUNICÍPIO DE IBIASSUCÊ.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, e assim o fazem pelas razões adiante expostas no voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), por meio de causídico regularmente constituído pelo Presidente da referida agremiação na Comarca de Ibiassucê, insurgindo-se contra a decisão consubstanciada às fls. 58/63, que, com fulcro no art. 162, XXIV do RITJ/BA, não conheceu, monocraticamente, da ação direta de inconstitucionalidade outrora requerida pelo aludido ente privado de existência ideal – na qual se questionava a validade da Lei n.º 228/2014 do Município de Ibiassucê, em face do princípio da isonomia e dos arts. 61 e 62, todos com sede na Constituição do Estado da Bahia – e, por conseguinte, extinguiu o processo objetivo por ela deflagrado sem resolução do mérito.

Alega o agravante, através de sua petição constante às fls. 67/81, em apertada síntese, que a manifestação jurisdicional impugnada deve ser reformada, uma vez que o poder constituinte derivado decorrente atribui legitimidade para a propositura de ADI a partido político, sem, contudo, ressalvar a impossibilidade de fazê-lo mediante o seu Diretório Local. Além disso, ratifica a regularidade do requerente perante a Justiça Eleitoral.

Assevera, ainda, que o ato normativo em fiscalização, ao criar cargos públicos de natureza efetiva em pleno desacordo com os limites de gasto com despesas de pessoal previstos na legislação constitucional e infra, atinente a orçamento e finanças públicas, bem como ao autorizar a concessão, pelo Chefe do Poder Executivo, de adicionais de gratificação por merecimento ou realização de trabalho extraordinário, nos valores de cinco a duzentos por cento sobre os vencimentos de referência, sem fixar qualquer critério para o deferimento, acaba por violar diretamente o parâmetro constitucional invocado, razão por que também merece ser apreciado.

Por tudo isso, requer, por parte da Desembargadora Relatora, a reconsideração do pronunciamento combatido, com o consequente prosseguimento da tramitação do feito, ou, alternativamente, o conhecimento e provimento do recurso, junto ao Egrégio Tribunal Pleno desta Corte de Justiça.

O pleito foi instruído com o documento de fl. 82.

Após, entendendo a Desembargadora Relatora pela manutenção do *decisum* e havendo condições de proferir voto, solicitou-se a inclusão do feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), por meio de causídico regularmente constituído pelo Presidente da referida agremiação na Comarca de Ibiassucê, insurgindo-se contra a decisão consubstanciada às fls. 58/63, que, com fulcro no art. 162, XXIV, do RITJ/BA, não conheceu, monocraticamente, da ação direta de inconstitucionalidade outrora requerida pelo aludido ente privado de existência ideal - na qual se questiona a validade da Lei n.º 228/2014 do Município de Ibiassucê, em face do princípio da isonomia e dos arts. 61 e 62, todos com sede na Constituição do Estado da Bahia - e, por conseguinte, extinguiu o processo objetivo por ela deflagrado sem resolução do mérito.

Alega o agravante, em apertada síntese, que a manifestação jurisdicional impugnada deve ser reformada, uma vez que o poder constituinte derivado decorrente atribui legitimidade para a propositura de ADI a partido político, sem, contudo, ressalvar a impossibilidade de fazê-lo mediante o seu Diretório Local. Além disso, ratifica a regularidade processual do requerente perante a Justiça Eleitoral.

Assevera, ainda, que o ato normativo em fiscalização, ao criar cargos públicos de natureza efetiva em pleno desacordo com os limites de gasto com despesas de pessoal previstos na legislação constitucional e infra, atinente a orçamento e finanças públicas, bem como ao autorizar a concessão, pelo Chefe do Poder Executivo, de adicionais de gratificação por merecimento ou realização de trabalho extraordinário, nos valores de cinco a duzentos por cento sobre os vencimentos de referência, sem fixar qualquer critério para o deferimento, acaba por violar diretamente o parâmetro constitucional invocado, razão por que também merece ser apreciado.

Por tudo isso, requer, por parte da Desembargadora Relatora, a reconsideração do pronunciamento combatido, com o consequente prosseguimento da tramitação do feito, ou, alternativamente, o conhecimento e provimento do recurso, junto ao Egrégio Tribunal Pleno desta Corte de Justiça.

À guisa de prólogo, verifica-se que o instrumento processual em pauta preenche todos os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade. Ademais, constata-se que o mesmo apresentou desenvolvimento regular (segundo as diretrizes da Lei n.º 9.868/99 – legislação analogicamente aplicável às ações de controle concentrado abstrato perante o TJ/BA –, do CPC e, sobretudo, do RITJ/BA). Por conseguinte, resta possível o enfrentamento do *thema decidendum*.

Nessa senda, tem-se que, da análise exauriente das razões de fato e de direito aduzidas, não assiste razão ao agravante, pelos fundamentos explicitados alhures.

A decisão recorrida restou fundamentada nos seguintes termos:

> Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), na qual questiona a validade da Lei n.º 228 do Município de

Ibiassucê, publicada no dia 7 de abril de 2014, em face do princípio da isonomia e dos arts. 61 e 62, todos com sede na Constituição do Estado da Bahia.

O requerente, em sua petição inicial de fls. 02/13, aduz, em apertada síntese, que o aludido diploma cria cargos públicos de natureza efetiva em pleno desacordo com os limites de gasto com despesas de pessoal previstos na legislação constitucional e infra, atinente a orçamento e finanças públicas. Ademais, autoriza a concessão, pelo Chefe do Poder Executivo, de adicionais de gratificação por merecimento ou realização de trabalho extraordinário, nos valores de cinco a duzentos por cento sobre os vencimentos de referência, sem fixar qualquer parâmetro para o deferimento.

A impugnação foi instruída com os documentos de fls. 14/39.

Tendo em vista a formulação de pedido de medida cautelar (*rectius*: antecipação dos efeitos da tutela) e constatando não ser o caso de excepcional urgência - uma vez que o concurso público deflagrado para provimento das vagas existentes no quadro da Administração não conta com data de prova designada e as vantagens instituídas ainda carecem de regulamentação -, esta Desembargadora reservou-se, com fulcro no art. 10 da Lei Federal n.º 9.868/99, à apreciação do pleito de urgência após proceder à audiência do órgão e da autoridade editores do ato normativo sob censura (fls. 41/42).

Consectariamente, a Câmara Municipal de Ibiassucê, devidamente notificada, manifestou-se, por meio de sua Presidente, às fls. 44/46, encampando as alegações consubstanciadas na exordial, frisando o contexto político-partidário do processo legislativo que culminou com o diploma em tela, alertando que o retrocitado procedimento seletivo já conta com a avaliação objetiva designada para o dia 22/6, e juntando ao caderno processual a peça da fls. 47/48, tendo sido os correspondentes originais acostados posteriormente, às fls. 50/54.

Nesse ínterim, a agremiação autora formulou, às fls. 55/56, pedido de reconsideração do despacho que postergou a resolução do requerimento emergencial, máxime diante da nova informação sobre a cronologia do certame, disposta no seu edital.

Após, os autos retornaram conclusos, para decisão.

É o relatório.

O pedido ora *sub examnine*, como qualquer *thema decidendum*, implica, preliminarmente ao seu enfrentamento, um juízo de cognoscibilidade. Frise-se que, em se tratando de questão incidental, tal exame recairá sobre a específica pretensão deduzida, sem prejuízo, contudo, de dirigir-se também ao ponto principal, visto que as questões de admissibilidade processual caracterizam-se como de ordem pública, sendo, portanto, auferíveis em qualquer tempo enquanto o feito estiver pendente, e não se sujeitando, segundo a doutrina majoritária, nem mesmo à preclusão *pro iudicato* lógica ou consumativa.

Nessa esteira, é inelutável concluir, de plano, no primevo pronunciamento de conteúdo decisório, que a ação em tela não preenche todas condições para o seu exercício, pelos motivos adiante explicitados.

Consoante cediço, em se tratando do direito de propositora de ação direta de inconstitucionalidade conferido ao partido político, o Pretório Excelso, em atenção ao valor de ampliação da jurisdição constitucional adotado pelo constituinte de 1998, tem-no admitido ainda nos casos de singularidade da representação parla-

mentar no Congresso Nacional e de perda superveniente de mandato, bem como tem dispensado a demonstração de interesse de agir por pertinência temática. Malgrado isso, firmou entendimento de que, independentemente do objeto da fiscalização, apenas os Diretórios Nacionais podem agir em nome da agremiação (e isso por meio de causídico com poderes especiais, não é inoportuno lembrar), *ex vi*:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda nº 7, de 31/10/96, à Constituição do Estado do Amapá. Artigos 95, I, e 100, § 3º. Constituição Federal, art. 57, § 4º. Assembléia Legislativa. Reeleição dos membros da Mesa Diretora. Possibilidade. **Questão de Ordem. Ilegitimidade ativa *ad causam* de Diretório Regional ou Executiva Regional. Firmou a jurisprudência desta Corte o entendimento de que o Partido Político, para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, deve estar representado por seu Diretório Nacional, ainda que o ato impugnado tenha sua amplitude normativa limitada ao Estado ou Município do qual se originou. Precedentes: ADI nº 610, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 7/2/92 e ADI nº 2.547, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 1/2/2002. No caso em exame, embora não haja na petição inicial nenhuma referência quanto ao órgão pelo qual se fez representar o Partido requerente, os documentos trazidos pelo autor - mandato outorgado pelo Presidente do Diretório Regional do Partido no Amapá ao subscritor da inicial (fls. 6/6-v) e Ata da Reunião do Diretório Regional do PFL do Amapá, para a eleição de sua Executiva Regional (fls. 8/11) - evidenciam a iniciativa local do Partido no ajuizamento da presente ação. Questão de ordem resolvida no sentido de não conhecer a presente ação direta de inconstitucionalidade** (grifos aditados). (STF – Tribunal Pleno – ADI 1528 QO/AP – Rela. Mina. Ellen Gracie – decisão unânime – julgamento em 01/08/2002 – publicação no DJ em 23/08/2002).

Ressalte-se que a jurisprudência supramencionada coaduna-se com os limites interpretativos estabelecidos pela moldura normativa extraída do texto dos arts. 103, VIII, da CF, e 2º, VIII, da Lei n.º 9.869/99, pois a legitimidade *ad causam* cinge-se aos partidos com filiados eleitos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, e somente os respectivos órgãos de direção máximos dentro da estrutura desses entes ostentam a prerrogativa jurídico-processual, conferida por estatuto, de presentá-los, não podendo fazê-lo, pelo menos em regra, presidentes e comissões executivas de âmbito regional ou local.

Ademais, a linha intelectiva sustentada alinha-se à regra da legitimação restrita nos sistemas de controle concentrado, cujo desrespeito ensejaria, segundo os célebres escólios do Mestre Português José Joaquim Gomes Canotilho, a " […] inflação dos processos de controlo que a acção popular universal poderia originar [...]" (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 6º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 896).

Ante a racionalidade de tal discurso, os Tribunais de Justiça pátrios têm aplicado, por simetria, a mesma *ratio decidendi* nas ADIs de sua competência:

> Ação direta de inconstitucionalidade - Lei 4.976, de 28 de novembro de 2012, do Município de Itapira - Alegação de ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade, além de afronta à vedação de redução de subsídios e vício de iniciativa – **Ajuizamento por Diretório Municipal de Partido Político – Ilegitimidade ativa *ad causam* - Precedentes deste C. Órgão Especial – Ação que não reúne condições de admissibilidade – Processo extinto, sem resolução do mérito.** (grifos aditados). (TJSP – Órgão Especial – ADI 2070478-48.2013.8.26.0000/São Paulo – Rel. Des. Paulo Roberto Grava Brazil – decisão unânime – julgamento em 15/01/2014 – registro em 16/1/2014).

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSUAL CIVIL. DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO. LEI ORÇAMENTÁRIA MUNICIPAL RELATIVA AO ANO DE 2012. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. LEI DE EFEITOS CONCRETOS. SUBMISSÃO AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXERCÍCIO FINANCEIRO FINDO. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. **Por analogia à orientação do STF, que reconhece a legitimidade ativa *ad causam* do Diretório Nacional de Partido Político para ajuizar ADI perante aquele Tribunal, excluindo a do Diretório Regional ou da Executiva Regional, é de se concluir que não pertence ao Diretório Municipal de Partido Político, mas ao seu Órgão Estadual, a legitimidade para arguir inconstitucionalidade de lei orçamentária municipal,** via controle difuso. […]. (grifos aditados). (TJMG – Órgão Especial – ADI 1.0000.12.055627-9/000 0556279-92.2012.8.13.0000 – Rel. Des. Armando Freire – decisão unânime – julgamento em 27/2/2013 – publicação da súmula em 15/3/2013).

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 53, § 1.º, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO E ARTS. 16, 28, 29 E 34 DA RESOLUÇÃO N.º 53/2003 DA CÂMARA DE VEREADORES DE LONDRINA. **DEMANDA PROPOSTA PELO DIRETÓRIO MUNICIPAL DO PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. PRECEDENTES DESTA CORTE. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM FULCRO NOS ARTS. 267, INCISOS I E VI, E 295, INCISO II, AMBOS DO CPC, COMBINADOS COM O ART. 200, INCISO XII, DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL. Somente o Diretório Estadual do Partido Político detém legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade perante este Tribunal de Justiça.** (grifos aditados). (TJ/PR – Órgão Especial – ADI 968233-7/Curitiba – Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira – decisão monocrática – julgamento em 25/10/2012 – publicação em 31/10/2012).

Do quanto exposto, bem como a partir da análise detida dos autos, infere-se que a ação direta de inconstitucionalidade em pauta foi ajuizada pela Seção de Ibiassucê do Partido Socialista Brasileiro – PSB (fls. 02 e 12/15), por meio de seu Presidente, este representado pelo advogado subscritor da exordial, sendo inelutável concluir pela ilegitimidade do referido órgão, por sua abrangência municipal, para figurar como autor do presente processo objetivo. Ausente tal condição da ação, o consectário lógico é a extinção do feito, sem resolução do mérito.

Insta consignar também que, consoante se infere da certidão partidária de fl. 16, o próprio requerente encontra-se com sua Comissão Provisória no Distrito de origem ostentando *status* de não vigência perante a Justiça Eleitoral, desde 30/4/2014, data anterior à propositura da ação.

Inobstante os fundamentos já elencados, de *per se* suficientes para obstaculizar a tramitação do procedimento, tem-se, ainda, que a alegada inconstitucionalidade da lei impugnada, por criar cargos públicos de natureza efetiva em inobservância dos limites financeiros e orçamentários de despesas com pessoal, traduz ofensa oblíqua, indireta ou mediata ao parâmetro invocado, já que a verificação da antinomia depende do cotejo entre os diplomas e ato interposto, a saber, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000). Por conseguinte, patente a inadequação da via eleita para cognição da matéria, como se pode depreender, a título exemplificativo, no aresto abaixo:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE MAJORA OS SUBSÍDIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 137/CE-PR. GASTOS COM PESSOAL SUPERIORES AOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 19, INC. III, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101 /2001 (LEI DE RESPONSABILIDADES FISCAIS). INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA OU MEDIATA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. **1. A ação direta de inconstitucionalidade não é adequada quando não existe relação imediata de incompatibilidade entre a Lei Municipal impugnada e a Constituição Estadual. 2. A questão referente ao aumento da despesa pública, com gastos de pessoal, além dos limites previstos na Lei de Responsabi-**

> **lidades Fiscais é um problema de controle da legalidade pela verificação da eventual incompatibilidade entre a Lei Municipal impugnada e a LC 101 /2001- não ensejando o controle da constitucionalidade, pela via da ação direta, uma vez que o artigo 137 da CE-PR apenas faz remissão genérica aos limites estabelecidos nesta Lei Complementar Federal. 3. A não adequação da demanda aos resultados pretendidos, mediante a concessão da tutela jurisdicional, torna o exercício da ação inútil, por faltar ao demandante interesse processual, a determinar a extinção do processo sem exame da pretensão (mérito), com fundamento no artigo 267, inc. VI, do CPC.** (grifos aditados). (TJ/PR – Órgão Especial – ADI 1264280 – Rel. Des. Accácio Cambi –– julgamento em 15/8/2003 – publicação em 15/9/2003).

Além disso, compulsando detidamente a base normativa censurada (fls. 34/37), não se constata, seja em seu art. 7º, seja nos demais dispositivos, o aventado conflito da mesma com os princípios regentes da Administração Pública, por autorizar a concessão, pelo Chefe do Poder Executivo, mediante decreto, de adicionais de gratificação por merecimento ou realização de trabalho extraordinário, nos valores da cinco a duzentos por cento sobre os vencimentos de referência, deixando, contudo, de fixar qualquer parâmetro para o deferimento. Logo, descabido o requerimento nessa quota.

Digno de registro, por derradeiro, que, se a hipótese fosse de conhecimento da ADI, não haveria que se albergar o pleito reconsideratório formulado pela agremiação, uma vez que, nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.686/96, exceto durante o período de recesso forense, a medida cautelar deve ser deliberada em colegiado. Assim sendo, esta Desembargadora, no despacho combatido, apenas se reservou a submeter o pedido de urgência ao Plenário após proceder à oitiva do órgão e da autoridade editores da Lei, dando-lhe o processamento regular no expediente normal, pelo qual, reitere-se, não há que se proferir decisão monocrática. Posto tudo isso, com esteio nos arts. 103, VIII, da CF, 2º, VIII, e 4º da Lei n.º 9.686/96 (legislação analogicamente aplicável às ações de controle concentrado abstrato perante este egrégio Tribunal de Justiça, em razão da ausência de regulação específica), 295, II, e 267, VI, do CPC, e 162, XXIV, do RITJ/BA, NÃO CONHEÇO da presente ação direta de inconstitucionalidade, extinguindo o processo objetivo por ela deflagrado sem resolução do mérito.

Ante todo o exposto, inelutável concluir-se que o pronunciamento jurisdicional agravado restou devidamente motivado em sedimentadas orientações jurisprudenciais acerca do controle concentrado abstrato de constitucionalidade, máxime no tocante à cognoscibilidade das ADIs.

Saliente-se que a certidão atachada pela parte autora de regularidade eleitoral da Comissão Provisória do PSB na Comarca de origem não sana a falta de condição da ação aventada, uma vez que a *ratio decidendi* fulcral consistiu na falta de legitimidade do Presidente desta, enquanto presentante de órgão de abrangência local (em vez de estadual), para propor a multicitada ação direta.

A título corroborativo, tem-se, ainda, que, para admitir o direito de provocação da jurisdição constitucional em tela, seria necessária a reforma do Texto Magno Baiano, para tratar da matéria, tal qual o fazem os §§ 1º e 2º do art. 95 da Lei Maior do Estado do Rio Grande do Sul:

> § 1.º Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ou por omissão:
> [...] VI - partido político com representação na Assembleia Legislativa;
> [...] § 2.º Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, ou por omissão:
> [...] V - partido político com representação na Câmara de Vereadores; [...].

Ademais, arremate-se, ainda que superado esse ponto, o conhecimento da pretensão objetiva esbarrar-se-ia, como bem demonstrado no *decisum* acima transcrito, no fato de um dos dois itens da impugnação implicar ofensa meramente reflexa ao bloco de constitucionalidade tomado por referência e de o outro (remanescente) não constar no texto legal que, após sanção do competente alcaide, foi homologado e publicado.

Isto posto, voto no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

*****

TJBA – Direta de Inconstitucionalidade nº 0312384-87.2012.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julgado em 9/10/2013.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 2.114/2009 INSTITUIU NA SUA ESTRUTURA BÁSICA A DEFENSORIA PÚBLICA MUNICIPAL – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO QUE IMPORTA EM VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA. ATO NORMATIVO IMPUGNADO – INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

I – A discussão em tela refere-se à possibilidade ou não de se instituir a Defensoria Pública Municipal, diante da competência legislativa do Estado da Bahia.

II – A Constituição Federal estabelece em seu texto normativo que incumbe à Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa e orientação dos necessitados – função essa concretizadora do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

III – A Carta Magna inclui no rol exemplificativo de direitos fundamentais individuais que o serviço de prestação de assistência jurídica seja realizado pela Defensoria Pública. Tal atribuição foi reverenciada no corpo da legislação estadual da Bahia, nos arts. 144/145.

IV – Ressalte-se, portanto, que a legislação municipal não pode criar a Defensoria Pública em âmbito local e, tendo feito, como no caso do Município de Itabuna, incorre em inconstitucionalidade do artigo 9, II-3, "a" e "b", da Lei 2.114/2009.
V – Indiscutivelmente, o comando esculpido nos arts. mencionados da Lei Municipal padecem de vício de incontornável inconstitucionalidade, infringindo o consagrado pelos artigos 12, XIII e 144, da Constituição do Estado da Bahia.
VI – Ação Procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE *Nº 0312384-87.2012.805.000-0*, da Comarca de Itabuna-BA, como requerente ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DA BAHIA e requerido CÂMARA MUNICIPAL DE ITABUNA.

Acordam os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno, à unanimidade, em julgar PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE e o fazem de acordo com o voto da relatoria da Desª MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL, pelas razões a seguir expostas.

RELATÓRIO

A impetrante alega que a Lei Municipal, ao dispor sobre a nova estrutura administrativa do Município de Itabuna, institui a Defensoria Pública Municipal, incidindo, com isso, em vício insanável, pois a competência legislativa é do Estado da Bahia, afrontando-se, assim, o art. 144 da Constituição Estadual da Bahia.

Requer a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 9, inciso II – 3, "a" e "b", da Lei 2114/09.

Às fls. 73, determinou-se a intimação do impetrado para prestar informações e, após, que fossem remetidos aos autos à Procuradoria.

A impetrada não prestou informações, conforme certidão de fls. 81.

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, II – 3, "a" e "b", da Lei 2114/2009, do Município de Itabuna, por estar eivado de vício formal insanável e por violar tanto o direito fundamental à prestação de assistência jurídica gratuita de maneira integral e independente quanto o direito de acesso à Justiça, em afronta ao comando constitucional esculpido nos arts. 12, XIII e 144 da Constituição do Estado da Bahia.

É, no que interessa, o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da *Ação Direta de Inconstitucionalidade.*

A discussão em tela refere-se à possibilidade ou não de se instituir a Defensoria Pública Municipal, diante da competência legislativa do Estado da Bahia.

A Constituição Federal estabelece em seu texto normativo que incumbe à Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa e orientação dos necessitados – função essa concretizadora do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

> *Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*

A Carta Magna inclui no rol exemplificativo de direitos fundamentais individuais que o serviço de prestação de assistência jurídica seja realizado pela Defensoria Pública. Tal atribuição foi reverenciada no corpo da legislação estadual da Bahia, nos arts. 144/145, *in verbis:*

> *SEÇÃO III – Da Defensoria Pública*
> *Art. 144 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.*
> *§ 1º – A Defensoria Pública promoverá, em juízo ou fora dele, a defesa dos direitos e as garantias fundamentais de todo cidadão, especialmente dos carentes, desempregados, vítimas de perseguição política, violência policial ou daqueles cujos recursos sejam insuficientes para custear despesas judiciais.*
> *§ 2º – Na prestação da assistência jurídica aos necessitados, a Defensoria Pública contará com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, pelas suas comissões respectivas.*
> *Art. 145 – A Lei organizará a Defensoria Pública em cargos de carreira, providos na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, dentre brasileiros, bacharéis em direito, inscritos regularmente na Ordem dos Advogados do Brasil.*
> *§ 1º – O defensor-chefe da Defensoria Pública será nomeado, em comissão, pelo governador, dentre os integrantes da carreira.*
> *§ 2º – Aos integrantes da carreira de defensor público é assegurada a garantia de inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.*

Em respeito a isso, o Ilustre Procurador de Justiça refere que "

> *(…) a Defensoria Pública é fundamental para o exercício de uma das atribuições do Estado brasileiro, formando parte ao lado do Ministério Público e do Poder Judiciário, da organização do sistema de justiça e que esse sistema, desde a época do Império, não comporta a participação dos Municípios. Não é outro o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 124 e 256/257):*
> *O Município não exerce qualquer função jurisdicional, função essa que foi retirada das Municipalidades brasileiras desde os tempos imperiais, pela Lei de 101828. Tal lei, ao despojar as Câmaras das funções judicantes, declarou-as corporações meramente administrativas (…) a atividade jurídica cabe, por índole, às esferas governamentais mais altas (União e estados-membros), pela razão muito simples de que contêm interesses nacionais e gerais relevantíssimos, que só elas estão em condições de atender eficazmente.*

Por conta disso, ao Município não cabe instituir, organizar e manter um sistema de justiça que contemple um Poder Judiciário, um Ministério Público e uma Defensoria Pública, em seu âmbito.
(…)
Vê-se, pois, que a edição de lei municipal que cria a Defensoria Pública no âmbito local ou, mesmo, delega à Procuradoria Municipal ou a qualquer outro órgão a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita incide em vício de inconstitucionalidade orgânica, por macular diretamente os artigos 12, incisos XIII e 144, caput, ambos da Constituição da Bahia.(...)

Ressalte-se, portanto, que a legislação municipal não pode criar a Defensoria Pública em âmbito local e, tendo feito, como no caso do Município de Itabuna, incorre em inconstitucionalidade do artigo 9, II-3, "a" e "b", da Lei 2.114/2009.

Indiscutivelmente, o comando esculpido nos arts. mencionados da Lei Municipal, padecem de vício de incontornável inconstitucionalidade, infringindo o consagrado pelos artigos 12, XIII, e 144 da Constituição do Estado da Bahia.

Diante do exposto, na esteira do Parecer Ministerial, o voto é no sentido de julgar **PROCEDENTE A AÇÃO** para declarar a inconstitucionalidade do artigo 9, II-3, "a" e "b", da Lei 2.114/2009, do Município de Itabuna, na medida em que violam os arts. 12, XIII, e 144 da Constituição do Estado da Bahia.

*****

TJBA – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0107238-51.2009.8.05.0001, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. José Edivaldo Rocha Rotondano, julgado em 27.11.2013.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INCISOS II, III E IV DO ARTIGO 1º DA LEI ESTADUAL 11.372/2009. DEFENSORIA PÚBLICA. INSTITUIÇÃO DO REGIME DE SUBSÍDIOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A SISTEMA REMUNERATÓRIO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL SÓ RECONHECIDA QUANDO IMPORTAR EM DECESSO NO VALOR NOMINAL DA REMUNERAÇÃO. INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E DOS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO E DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA.

1. Consoante jurisprudência pacífica do STF, o servidor público não tem direito adquirido ao regime remuneratório, admitindo-se sua alteração pelo Poder Público, em conformidade com a conveniência administrativa.

2. A consagração constitucional do princípio da irredutibilidade salarial se estende aos servidores públicos, mas a estes só se aplica quando resultar, do cotejo entre a novel legislação e a norma anterior, decréscimo no valor nominal da remuneração antecedente.
3. Analisando detidamente os termos da Lei 11.372/09, percebe-se que a incorporação das vantagens pecuniárias ocorreu em idênticos percentuais, e, ao assim proceder, a nova legislação não respeitou as distinções existentes entre os diversos integrantes da carreira, inclusive quanto ao tempo de efetivo exercício da função pública, além de admitir, quanto à "gratificação de substituição de função por diferença de entrância", sua manutenção, com incorporação em separado (art. 5º), estabelecendo indevida diferenciação no sistema remuneratório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de arguição de inconstitucionalidade no bojo de apelação cível tombada sob o n. 0107238-51.2009.805.0001, em que figuram, como apelante, o Estado da Bahia, e apelada, Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Plenário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos incisos II, III e IV da lei estadual 11.372/2009, pelas razões alinhadas no voto do relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação cível interposta pelo Estado da Bahia cuja apreciação meritória se encontra suspensa até o julgamento de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 5ª Câmara Cível (acórdão de fls. 188/191), atinente aos incisos II, III e IV da Lei estadual n. 11.372/2009, que incorporou os adicionais por tempo de serviço, de insalubridade e a gratificação por substituição cumulativa aos vencimentos dos defensores públicos estaduais.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se, às fls. 201/211, pela inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos legais.

Assim, vieram-me conclusos para análise, elaborando-se o relatório, o qual deverá ser submetido aos desembargadores componentes do Órgão Plenário do Tribunal de Justiça da Bahia, devendo a Secretaria do Órgão providenciar a remessa dos documentos exigidos pelo Regimento Interno.

VOTO

1. Requisitos de admissibilidade:

A matéria tratada no bojo da apelação cível interposta pelo Estado da Bahia pressupõe a análise de constitucionalidade dos incisos II, III e IV do artigo 1º da lei estadual

11.372/2009, a qual, considerando a cláusula de reserva de plenário, há de ser feita pelo Tribunal Pleno, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e do Regimento Interno.

Registre-se, por oportuno, que a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, perante a 5ª Câmara Cível, fora acolhida (acórdão de fls. 188/191), à unanimidade, na sessão ordinária de 9 de julho de 2013 (certidão de fls. 187).

2. Da apreciação incidental de inconstitucionalidade:

Observando-se o disposto nos artigos 480 e 481, cumulados com os artigos 227/228 do Regimento Interno do TJ/BA, ressalta-se, inicialmente, que este julgamento perante o Órgão Plenário cinge-se à verificação de constitucionalidade, ou não, dos dispositivos inquinados, relegando-se à 5ª Câmara Cível a apreciação da matéria fática.

Perlustrando-se os autos, depreende-se que o deslinde da inconstitucionalidade dos incisos II, III e IV se encontra amparada sob três pilares;

a) Inexistência de direito adquirido ao regime remuneratório, sustentada pelo Estado da Bahia;
b) A irredutibilidade salarial, e
c) A violação da isonomia, alegados pela parte autora.

A) Do regime remuneratório dos servidores públicos:

No bojo das razões recursais, o Estado da Bahia sustentou que a gratificação por substituição cumulativa e os adicionais por tempo de serviço e de insalubridade e periculosidade foram incorporados aos vencimentos básicos dos defensores públicos quando da modificação da remuneração para o regime de subsídio pela Lei 11.372/2009.

Nesse contexto, aduziu haver incompatibilidade lógica com os demais dispositivos da Lei 11.372/2009, já que o valor estabelecido a título de vencimentos nesta norma legal decorreu da incorporação daquelas vantagens pecuniárias.

Assim, considerou insubsistentes as alegações, ante a inexistência de direito adquirido a regime jurídico no que respeita à irredutibilidade vencimental.

Sabe-se que, a teor do disposto na Constituição Federal (art. 39), os servidores públicos vinculam-se ao regime jurídico estatutário, instituído através de lei específica.

Cuidando, especificamente, da Defensoria e Advocacia Públicas, o art. 135 da Carta Magna dispôs:

> "Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do artigo 39 §4º".

E, portanto:

> Art. 39 - (...)
> § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Nesse sentido, tem-se que a lei estadual 11.372/2009, ao alterar o regime remuneratório da carreira, buscou adequá-lo aos parâmetros das Constituições Federal e Estadual e também à lei complementar estadual 33/2009.

Dito isso, calha a observação de que, em consonância com jurisprudência pacífica do STF, o servidor público não tem direito adquirido ao regime remuneratório, admitindo-se sua alteração pelo Poder Público, em conformidade com a conveniência administrativa. Confira-se:

> Recurso extraordinário: a aplicação de norma ou princípio a situação por eles não alcançada vale por contrariá-los. II. "Estabilidade financeira": inexistência de direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente. 1. Pacífico no STF a inexistência de conflito entre a chamada "estabilidade financeira" e o art. 37, XIII, CF, que proíbe vinculação entre vencimentos (cf. precedentes citados), daí não se segue, contudo, o direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal de atrelamento do valor dela ao vencimento do respectivo cargo em comissão: donde a legitimidade e a aplicabilidade imediata da lei que desvincule o reajuste futuro da vantagem àqueles vencimentos do cargo em comissão, submetendo-a aos critérios das revisões gerais dos vencimentos do funcionalismo. 2. Nessa hipótese, o paradigma do inativo aposentado com a "estabilidade financeira", para os efeitos do art. 40, § 4º, CF, não é o ocupante atual do respectivo cargo em comissão, mas sim o servidor efetivo igualmente beneficiário, na ativa, da vantagem decorrente do exercício anterior dele. 3. Dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação. III. Recurso extraordinário: inconstitucionalidade reflexa ou mediata e direito local. Como é da jurisprudência iterativa, não cabe o RE, a, por alegação de ofensa mediata ou reflexa à Constituição, decorrente da violação da norma infraconstitucional interposta; mas o bordão não tem pertinência aos casos em que o julgamento do RE pressupõe a interpretação da lei ordinária, seja ela federal ou local: são as hipóteses do controle da constitucionalidade das leis e da solução do conflito de leis no tempo, que pressupõem o entendimento e a determinação do alcance das normas legais cuja validade ou aplicabilidade se cuide de determinar.(STF - RE: 226462 SC , Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/05/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 25/5/2001 PP-00019 EMENT VOL-02032-05 PP-01010 RTJ-0177-02 PP-00973) (grifos não originais)

Da doutrina, observe-se:

> Dessa forma, no regime estatutário, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, o Estado deterá o poder de alterar, legislativamente, o regime jurídico de seu servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando do seu ingresso. Os benefícios e vantagens previstos inicialmente podem ser suprimidos em momento posterior,

daí porque os direitos que derivam desse regime não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor. Não há direito adquirido no tocante à manutenção do regime (MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo,* 5ª ed. Ed. Impetus, 2010, p. 592).

Por isso, não há qualquer salvaguarda jurisdicional à inovação legislativa que transmutou o regime dos defensores públicos estaduais de remuneração para subsídio.

B) Da irredutibilidade salarial:

A consagração constitucional do princípio da irredutibilidade salarial se estende aos servidores públicos, mas a estes só se aplica quando resultar, do cotejo entre a novel legislação e a norma anterior, decréscimo no valor nominal da remuneração antecedente.

Sob esse aspecto, embora o inciso XV do artigo 37 assegure, textualmente, que "o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis", a interpretação do STF é que essa garantia não obsta mudanças na forma de cálculo, desde que não haja irredutibilidade nominal, acostando-se ementa do RE 563965/RN, decidido em caráter de repercussão geral:

> DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO: AUSÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 203/2001 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a ausência de direito adquirido a regime jurídico. 2. Nesta linha, a Lei Complementar n. 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto em que alterou a forma de cálculo de gratificações e, consequentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF - RE: 563965 RN , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO)

Segundo documento de fls. 64, elaborado pela Coordenadora de Administração de Pessoal, não houve decesso remuneratório da autora, mas, ao revés, a Lei 11.372/2009 importou em pagamento a maior no total da remuneração, agora sob a forma de subsídio.

C) Da violação ao princípio da isonomia:

Vislumbrando o aspecto da isonomia, a clássica lição aristotélica de tratar desigualmente os desiguais há de ser respeitada, sob pena de afronta constitucional. Sob esse prisma, admite-se a instituição de discriminações legais, a partir de um elemento objetivo capaz de assegurar que o tratamento equânime não seja violador de direitos já adquiridos.

Em interessante trabalho, Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Igualmente, quando a lei diz: a partir de tal data, tais situações passam a ser regidas pela norma superveniente, não está, com isto, elevando o tempo à conta de razão de discrímen, porém, tomando os fatos subjacentes e dividindo-o em fatos já existentes e fatos não existentes. Os que já existem recebem um dado tratamento, os que não existem e virão a existir receberão outro tratamento. É a diferença entre existir e não existir (ter ocorrido ou não ter ocorrido) que o Direito empresta força de fator distintivo entre as situações para lhes atribuir disciplinas diversas. E, mesmo nesta hipótese, não é ilimitada a possibilidade de discriminar. Assim, os fatos já existentes foram e continuam sendo todos eles tratados do mesmo modo, salvo se, por outro fator logicamente correlacionado com alguma distinção estabelecida, venham a ser desequiparados (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª ed. Malheiros, 2003, p. 31/32).

Analisando-se detidamente os termos da Lei 11.372/09, percebe-se que a incorporação das vantagens pecuniárias ocorreu em idênticos percentuais. Veja-se:

> Art. 1º – Serão incorporadas aos vencimentos básicos atribuídos aos cargos de Defensor Público as seguintes vantagens:
> (...)
> II – Gratificação por Substituição Cumulativa, no percentual remanescente de 33,33% (trinta e três vírgula trinta e três por cento);
> III – Adicional por Tempo de Serviço, no percentual de 18% (dezoito por cento);
> IV – Adicional de Insalubridade ou de Periculosidade, no percentual único de 30% (trinta por cento).

Portanto, ao assim proceder, a novel legislação não respeitou as distinções existentes entre os diversos integrantes da carreira, inclusive quanto ao tempo de efetivo exercício da função pública, além de admitir, quanto à "gratificação de substituição de função por diferença de entrância", sua manutenção, com incorporação em separado (art. 5º), estabelecendo indevida diferenciação no sistema remuneratório.

3. Conclusão:

Nesse cenário, afiguram-se razoáveis as alegações da parte autora/apelada, razão pela qual voto no sentido de declarar, *incidenter tantum,* a inconstitucionalidade dos incisos II, III e IV do artigo 1º da Lei 11.372/2009.

*****

TJBA – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0117629-70.2006.8.05.0001, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Augusto de Lima Bispo, julgado em 23.04.2014.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAIS MILITARES. ANEXO V DA LEI ESTADUAL Nº 7.622/2000. REVISÃO

GERAL ESTABELECIDA PELA LEI Nº 7.622/2000. DISTINÇÃO DE ÍNDICES. INCONSTITUCIONALIDADE. EXTENSÃO DO MAIOR REAJUSTE AOS DEMAIS SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

O reajuste concedido pela Lei nº 7.622/2000 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.

Interpretando-se o anexo V da Lei Estadual nº 7.622/2000, conforme a constituição, há de se 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0117629-70.2006.8.05.0001, em que figuram, como suscitante, a Primeira Câmara Cível e, interessados, Carlos Etienne Falcão Rodrigues, Romário Teixeira Braga Filho e Estado da Bahia

ACORDAM os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer a arguição de inconstitucionalidade formulada pela Primeira Câmara Cível, PARA DETERMINAR A INTERPRETAÇÃO DO ANEXO V DA LEI ESTADUAL Nº 7.622/2000, CONFORME A CONSTITUIÇÃO, pelas razões expendidas.

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 apelados 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 CÍVEL. 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 SOLDO (§ 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 6/8/2013)*

> *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 CONSOLIDADO NA CORTE. LEI 10558/2007. CARÁTER DÚPLICE DA NORMA. 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 ADVOCATICIOS. REDIMENSIONAMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA REFORMADA. CONFIRMAÇÃO PARCIAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível e Remessa Necessária n° 0044401-86.2011.8.05.0001, Relator Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, DJE 6/8/2013)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. POLICIAL MILITAR. IMPLEMENTAÇÃO NO SOLDO 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 SOLDO DE FORMA DIFERENCIADA ENTRE DETERMINADAS PATENTES. AFRONTA AO ART. 37, X DA CF. REAJUSTE DO SOLDO 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 soldo dos autores/apelados, 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 apelados, 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 apelados 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 n° 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 à 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 3/4/2012). 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 deverão se observar os parâmetros do art.5º da referida Lei. Inteligência do RESP nº 1205946/SP julgado 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 à 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[1]:

1. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 11.

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)

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.**

Após trânsito em julgado, devem os autos retornar à Primeira Câmara Cível, para que o julgamento da apelação tenha a sua continuidade necessária.

*****

TJBA – Mandado de Segurança nº 0010084-60.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 11.09.2014.

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALUNO MENOR. APROVAÇÃO NO ENEM E NO VESTIBULAR. CURSO DE PSICOLOGIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO. ART. 6º, 205 E 208, V DA CF. ART 54, V DO ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. PROTEÇÃO A BEM JURÍDICO. CAPACIDADE INTELECTUAL E COGNITIVA COMPROVADA. ILEGALIDADE DA NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

A parte impetrante submeteu-se às prova do Exame Nacional do Ensino Médio, tendo obtido notas superiores às exigidas.

Impetração do *writ* visando obter o certificado de conclusão do ensino médio para ingresso no curso superior de Psicologia em Instituição de Ensino Superior.

O direito à educação é assegurado a todos pela Carta Magna (art. 6º), devendo o Estado garantir a preservação dos atributos materiais e imateriais da pessoa humana, observada a capacidade de cada um, nos termos do art. 208, inciso V, da Lei Maior, bem como os direitos inerentes à dignidade e à igualdade perante a lei, sem a distinção de qualquer natureza.

Assim, tanto a Carta Magna como o Estatuto da Criança e do Adolescente, norma esta infraconstitucional, apontam o nível intelectual de cada aluno como indicador para progressão no ensino, em atenção a direito constitucionalmente previsto, no caso, acesso à educação.

A negativa em se conceder o certificado de conclusão do ensino médio representa inobservância aos preceitos constitucionais, obstando o exercício de direito líquido e certo de pleno acesso à educação. A prova pré-constituída colacionada aos autos respalda os argumentos lançados no presente *mandamus*, de modo a evidenciar a liquidez e certeza do direito pretendido, não havendo razão de se impedir a obtenção do certificado atinente à conclusão do ensino médio e o ingresso em curso superior para o qual, com êxito, a parte impetrante foi aprovada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Mandado de Segurança nº 0010084-60.2014.8.05.0000,** em que figuram, como impetrante, **E. de M. B.**, representado por **Enete Souza de Medeiros,** e, impetrado, o **Secretário da Educação do Estado da Bahia**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **CONCEDER A SEGURANÇA**, para confirmar a decisão liminar deferida e determinar a expedição do certificado de conclusão do ensino médio da impetrante para possibilitar o ingresso no curso de Psicologia da Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública.

Sala de Sessões da Seção Cível de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, aos 11 dias do mês de setembro do ano de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação mandamental impetrada por E. de M. B., Rep. Por Enete Souza de Medeiros, em face de ato do Secretário da Educação do Estado da Bahia, autoridade apontada como coatora, que não concedeu o certificado de conclusão do ensino médio em razão da impetrante ser menor de 18 anos de idade.

A impetrante afirmou ter participado de processo seletivo realizado pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, convocada, conforme Relação de Convocados do Processo Seletivo Formativo 2014.2, do Curso de Psicologia, com escore global de 54,5505 e obtendo a 24ª colocação.

Salientou, também, que logrou êxito na prova do ENEM, superando os 450 pontos previstos em cada uma das áreas de conhecimento do exame e os 500 pontos estabelecidos para a redação, alcançando, portanto, a pontuação necessária para ingressar no citado curso.

Enfatiza que, apesar de ter cumprido os requisitos para a emissão do certificado de conclusão do ensino médio, não conta com a idade mínima exigida pela portaria SEC nº 12.235/2002, uma vez que atingirá a maioridade no dia 3/9/2014, tendo o seu direito de protocolar o pedido de emissão do mencionado certificado negado.

Assevera que a matrícula na instituição de ensino superior em que foi aprovada findará no dia 9 de julho de 2014, quando deverá apresentar, entre outros documentos, o certificado de conclusão do ensino médio e que, caso este não seja apresentado, restará prejudicado o seu direito líquido e certo de estudar, constitucionalmente previsto.

Requer, por fim, a concessão da liminar para que seja concedido o certificado de conclusão do ensino médio, em que pese não possuir a idade de 18 (dezoito) anos. Por conseguinte, no mérito, pela concessão definitiva da segurança.

Com a inicial, vieram encartados os documentos às fls. 15/29.

Gratuidade Judiciária deferida à fl. 40/40-verso, bem como liminar concedida às fls. 43/44, determinando que a autoridade coatora expeça o certificado de conclusão de ensino médio.

Autoridade coatora e o Estado da Bahia, respectivamente, apresentaram informações e intervieram no feito numa mesma peça processual, ora acostada às fls. 48/58, aduzindo a inexistência de direito líquido e certo em face da ausência de maturidade mental e intelectual da impetrante, menor de 18 (dezoito) anos, de modo que não recomendável a inscrição e prestação de exame supletivo.

Asseverou que a autoridade coatora não agiu com abuso ou fora dos parâmetros legais, tendo como supedâneo, para negativa do pleito do autor, a legislação aplicável à espécie.

Ainda em suas razões, sustentou que o ingresso prematuro na Instituição de Ensino Superior vai de encontro aos interesses da adolescência e juventude, sendo a exigência de idade mínima para realizar os exames supletivos medida legal e constitucional.

Por fim, requereu a denegação da segurança pretendida, ante a ausência de ilegalidade do direito líquido e certo.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou pronunciamento às fls. 61/68 e opinou no sentido da concessão da segurança requerida.

Relatados os autos e em condições de se proferir voto, solicitou-se a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança por meio do qual se pretende concessão de segurança para que seja expedido certificado de conclusão do ensino médio e que possibilite o ingresso da impetrante no curso de Psicologia na Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, em que se foi aprovado.

Na hipótese em exame, a impetrante pretende obter o certificado de conclusão do ensino médio, ante a negativa da Autoridade Coatora, sob a justificativa de ser aquela menor de idade e não ter concluído o ensino médio, o que inviabiliza o seu ingresso no curso de Psicologia, após ter se submetido à prova do Exame Nacional do Ensino Médio e obtido notas superiores às exigidas.

Como se sabe, o direito à educação é assegurado a todos pela Carta Magna (art 6º), devendo o Estado garantir a preservação dos atributos materiais e imateriais da pessoa humana, observada a capacidade de cada um, nos termos do art. 208, V, da Carta Magna, que prevê:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> (...)
> V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Em outra vertente, estatui a Constituição Federal, no art. 205, que devem ser observados os direitos inerentes à dignidade e à igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, consoante se transcreve:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Por sua vez, o art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> *Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
> (...)
> *V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*

Assim, infere-se que tanto a Carta Magna como o Estatuto da Criança e do Adolescente, norma infraconstitucional, apontam como indicador para progressão no ensino a capacidade de cada aluno, avaliando-se, neste caso, o nível intelectual, com o fim de prestigiar direito constitucionalmente previsto, no caso a educação.

Nesta senda, obstaculizar o ingresso da impetrante em curso superior, somente pela questão da idade, não é razoável, uma vez que, configurada a capacidade intelectual e cognitiva da estudante para frequentar curso superior, ante a sua aprovação em exame, evidencia-se estar apta ao cumprimento deste desiderato, não se podendo, injustamente, impedi-la de ter acesso ao Ensino Superior com supedâneo apenas em exigências como a questão da idade.

Nesse contexto, decisões favoráveis têm sido proferidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia, fundadas no princípio da razoabilidade e do acesso aos níveis superiores de ensino, de acordo com a capacidade de cada um, a saber:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO. ALUNA MENOR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR. DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO. ART.6º E 205 DA CARTA MAGNA. CIDADANIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART.1º, II E III. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. EXIGÊNCIA DA MAIORIDADE CIVIL. ACESSO AOS NÍVEIS MAIS ELEVADOS DE ENSINO, SEGUNDO CAPACIDADE DE CADA UM. ART.208, V DA CF/88. PREVALÊNCIA DO BEM JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO. AMADURECIMENTO INTELECTUAL COMPROVADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE DA NEGATIVA ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.
> 1. A Constituição Federal preconiza, como direito social impostergável (art.6º, caput), a garantia de acesso à educação, cuja universalidade é estatuída nos art.205 e art.208, V, à luz do princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art.1º, II e III).

2. Na hipótese dos autos, a pretensão mandamental visa repelir ato ilegal e abusivo atribuído ao Secretário de Educação do Estado da Bahia, que, inobstante sua aprovação em vestibular, negara a emissão do certificado de conclusão do ensino médio, por ser aluna menor de 18 anos.

3**.** Entretanto, malgrado as disposições da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, há de prevalecer o entendimento de que não se pode distinguir, por aspecto unicamente etário, alunos que se encontrem em igual grau de aprendizado, sob pena de afronta direta a objetivo fundamental inserto no art.3º, IV, e art.5º da Carta Magna.

4. Da prova pré-constituída (fls.14 e 25), evidencia-se que os resultados obtidos pela menor em processo seletivo e no ENEM foram suficientes para a sua aprovação em curso de Direito, inobstante a sua tenra idade, não subsistindo motivos para o empecilho em lhe conferir a certidão de término do segundo grau, exigido para a sua matrícula universitária.

5. Prevalente, na espécie, o art.208, V, da Carta Magna, que assegura o "**acesso aos níveis mais elevados do ensino**, da pesquisa e da criação artística, **segundo a capacidade de cada um"**.

6. Evidencia-se, portanto, a ofensa de direito líquido e certo da Impetrante, pelo ato ilegal e abusivo do Impetrado, que, a despeito do seu amadurecimento intelectual e do princípio constitucional da isonomia, negou-lhe certidão de conclusão do ensino médio, em contrariedade ao assegurado no art.1º, II e III, 3º, IV, 5º, 6º, 205 e 208, V, da Constituição Federal.

7. SEGURANÇA CONCEDIDA.(Mandado de Segurança n.º 0004267-49.2013.8.05.0000 – Relatora - Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel – Segunda Câmara Cível – DJe 21/02/2014) [Grifado]

Mandado de Segurança. Direito Constitucional e Administrativo. Aprovação em vestibular e no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM. Negativa de Emissão do Certificado de Conclusão do Ensino Médio em razão do requisito idade, menor de 18 anos. A aprovação do Impetrante, menor de 18 anos, no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM –, alcançando pontuação acima do quanto exigido para certificação de conclusão de ensino médio, conforme previsão do art. 2º da Portaria nº 144/2012 do INEP, e sua aprovação para o curso superior que escolheu (Engenharia Química na UFBA), demonstra sua plena capacidade intelectual, devendo ser mitigado o critério etário preconizado pela Lei 9.394/96 e pela Portaria Normativa nº 10/2012 do Ministério da Educação, em consonância com o disposto no art. 208, inciso V, da Constituição Federal, que determina a observância da capacidade do indivíduo como pressuposto para acesso aos patamares mais elevados de ensino. Garantia do direito fundamental à educação (art. 205 da CF/88). Precedentes jurisprudenciais. Segurança concedida para que, efetivamente comprovada a aprovação do impetrado no ENEM, expeça-se o competente certificado de conclusão do ensino médio, na forma da Portaria nº 144/2012. Liminar ratificada.(Mandado de Segurança nº 0016105-86.2013.805.0000 – Relator Des. José Cícero Landin Neto – Seção Cível de Direito Público- DJe 3/12/2013).

Por tais razões, o bem jurídico que se visa proteger é o direito à educação, que deve ser privilegiado quando demonstradas perfeitas condições do aluno para o ingresso no ensino superior.

Não obstante o art. 2º da Portaria 144/2012 assegurar o certificado de conclusão de ensino médio apenas aos maiores de 18 anos aprovados no ENEM, deve prevalecer, neste caso, o entendimento que a Constituição Federal consagrou como absoluto e impostergável, qual seja o direito social à educação (art.6º, *caput*) há de ser salvaguardado pelo Sistema de Proteção Integral (art. 227, *caput,* c/c art. 208, I e V), que, dentre outros princípios, visa atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

A par dessa disposição, a hipótese deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais norteadores aplicáveis ao caso e, sobretudo, ao direito fundamental à educação.

Nesse sentido, a negativa da indigitada autoridade coatora, em conceder o certificado de conclusão do ensino médio à impetrante, representou a não observância desta autoridade ao preceitos constitucionais, obstando o exercício do direito líquido e certo da impetrante em ter acesso, de forma plena, aos melhores níveis da educação.

Desta feita, a prova pré-constituída colacionada aos autos respalda os argumentos lançados no presente *mandamu*s, de modo a evidenciar a liquidez e certeza do direito pretendido, não havendo razão para impedir a obtenção do certificado atinente à conclusão do ensino médio e, consequentemente, o ingresso da impetrante em curso superior para o qual foi aprovada.

Diante do exposto, presente a liquidez e certeza do direito invocado, voto no sentido de **CONCEDER A SEGURANÇA** para, confirmando a decisão liminar deferida, determinar a expedição do certificado de conclusão do ensino médio da impetrante e possibilitar o seu ingresso no curso de Psicologia na Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública.

Tendo em vista a isenção estatal e em se tratando de mandado de segurança, a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF e do art. 25 da Lei 12.016/09, deixo de condenar o impetrado em custa e honorários sucumbenciais.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0010211-54.2011.8.05.0274, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Regina Helena Ramos Reis, julgado em 12/8/2014.

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. *APELAÇÃO* CÍVEL. ALUNA APROVADA PELO SISTEMA DE COTAS EM UNIVERSIDADE PÚBLICA. NÃO CONFIGURADOS OS REQUISITOS PARA TANTO. BOLSISTA INTEGRAL DE ESCOLA PARTICULAR. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA CONFIGURADA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA MATERIAL. PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Tendo a apelada estudado por apenas um ano em escola particular, a circunstância de ter se utilizado de bolsa integral torna possível enquadrá-la no grupo albergado pela política de ações afirmativas da UESB.

2. Ainda que se cogite a alegada violação à legalidade, havendo colisão entre dois princípios constitucionais – legalidade e isonomia –, há de se reconhecer, por um juízo de ponderação, que merece, no caso sob vértice, preponderar a isonomia material.

3. Precedentes jurisprudenciais."

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível n. 0010211-54.2011.8.05.0274, em que é recorrente UESB – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – e recorrida Priscila Sousa Ivo.

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, mantendo-se a sentença recorrida em sede de reexame necessário, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Cuida a espécie de Apelação Cível interposta pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB, em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista, que *"concedeu a segurança para determinar a efetivação da matrícula da Impetrante PRISCILA SOUSAS IVO no curso de Bacharelado em Cinema e Audiovisual junto à UESB"*.

Inconformada, a apelante rechaçou a fundamentação do MM *a quo* sob o argumento de que todos os candidatos que concorreram ao exame vestibular por meio do sistema de cotas satisfizeram a exigência de se comprovar *"a procedência, com aprovação, dos últimos 7 (sete) anos de estudos regulares (5ª, 6ª, 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e 1°, 2° e 3° ano do ensino médio), ou ter realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimento da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir da 5ª série e todo o Ensino Médio"*.

Nessa lógica, defendeu que, ao *"privilegiar, pois, a Apelada, com a matrícula, estar-se-á violando diretamente o Princípio Constitucional da Isonomia"*, uma vez que a apelada não teria cumprido com o que determina expressamente a legislação de regência, além de amparar-se em um precedente deste sodalício do ano de 2008. Suscitou, por fim, a violação ao princípio da legalidade.

A apelada não apresentou contrarrazões de apelo, inobstante intimada, cf. Fls. 152.

Instado a se manifestar, o Órgão Ministerial em 2° grau emitiu pronunciamento favorável à apelada, tendo em vista a sua hipossuficiência econômica e, também, o fato de que *"já é pacífico na jurisprudência do País que a passagem de candidatos cotistas por ensino particular, contemplados ou não por bolsa integral, não acarreta diferença significativa entre os demais concorrentes, vez que prepondera a vida estudantil cursada em ensino público"*, razão pela qual reputou abusivo e ilegal o ato ora impugnado, opinando, ao final, pelo desprovimento do apelo.

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

Analisando as razões recursais da recorrente, em cotejo com os preceitos constitucionais que regem o litígio e com a jurisprudência que vem se firmando neste colendo Sodalício, constata-se que a sentença objurgada merece ser confirmada por este Órgão Colegiado.

Há que se registrar, inicialmente, que o sistema de cotas para acesso às universidade públicas insere-se no raio das relevantes e necessárias ações afirmativas destinadas ao alcance da igualdade em seu aspecto substancial.

Dentro desse contexto, a política de cotas, já consagrada em diversas universidades brasileiras, visa corrigir diferenças sociais historicamente consolidadas, de modo a reduzir a discriminação racial e possibilitar o acesso ao ensino superior a pessoas que tiveram menos oportunidades ao longo de toda a vida, configurando-se, de fato, em uma política de inclusão social.

Tendo como vetor a transitoriedade, o sistema de cotas tem como pressuposto a sua extinção tão logo se alcance a igualdade na sociedade brasileira, embora esta circunstância ainda não seja vislumbrada num futuro próxima.

Até que alcance a sua finalidade primordial, que é a igualdade de condições entre os cidadãos, a política de cotas merece ter efetividade, especialmente porque a Constituição assegura o direito a todos os brasileiros de serem tratados de forma igualitária e justa.

A igualdade invocada, como já mencionado, trata-se da vista sob o aspecto material. Ou seja, tratar de forma igualitária os iguais e tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

A sociedade brasileira, sem dúvidas, é marcada por disparidades gritantes, manifestadas nos mais diversos prismas. O Brasil, como é sabido, é um dos países em que o nível de concentração de renda é um dos maiores do mundo, situação que acaba refletindo na disponibilização de oportunidades. Enquanto alguns têm acesso a tudo quanto possível para aprimorar a sua capacidade intelectual e ampliar o conhecimento, outros enfrentam dificuldades desde os primeiros anos de vida, limitados pelo precário ensino da escola pública brasileira e pela falta de oportunidades. Isso, obviamente, possui reflexos no acesso às universidades públicas, visto que, dificilmente, um aluno que sempre teve menos oportunidades e recursos financeiros vai ter condições de concorrer com outro que, desde o início, esteve cercado por tudo que há de melhor.

Daí que as cotas, especialmente as sociais, cumprem importante função: tentar, ao menos, equilibrar as condições, tratando de forma desigual pessoas que sempre tiveram níveis de oportunidades diferentes.

O alcance da isonomia substancial é que direciona e motiva a adoção desse sistema de cotas, através do reconhecimento de que não se pode tratar de forma igual, em relação ao acesso ao ensino superior, pessoas que nunca tiveram tratamento igual.

Para implementar a política supramencionada, cada universidade que optou por adotá-la criou os seus critérios. Critérios escolhidos, ressalte-se, com o fito de oportunizar o acesso a pessoas que se encontram socialmente em desvantagem (no caso das cotas sociais).

A universidade em questão – UESB – estabeleceu que é preciso que *"o pretenso cotista comprove a procedência de no mínimo 7 (sete) anos de estudos regulares, ou que tenha realizado curso supletivo ou outra modalidade de ensino equivalente, em estabelecimentos da Rede Pública de Ensino do Brasil, compreendendo parte do Ensino Fundamental, a partir do 5º ano, e todo o Ensino Médio."*

De fato, a autora desta demanda judicial não preenche os requisitos supramencionados, não podendo, em tese, fazer jus às vagas reservadas às cotas. Ocorre que é preciso analisar, cuidadosamente, a situação fática concreta, atentando para as suas peculiaridades.

A apelada não preenche os requisitos porque estudou apenas a 5ª série do ensino fundamental em escola particular. Contudo, seu acesso se materializou na condição de bolsista integral. Ou seja, somente foi possível a passagem por essa escola por conta da bolsa conquistada, que nem durou tanto tempo.

O fato de ter sido beneficiada por uma bolsa integral, revela que, em verdade, a apelada se enquadra no grupo dos socialmente hipossuficientes. Em que pese ter estudado em escola privada por três anos, não teria condições de fazê-lo se tivesse que arcar com os custos disso.

Certamente que a sua situação financeira não se refletiu somente na impossibilidade de custear uma escola particular, mas também em diversos outros pontos, que a impediram de expandir os seus conhecimentos de forma plena. Por exemplo, não deve ter tido a oportunidade de estudar outro idioma, de ter aulas de reforço, caso tenha tido necessidade, entre outros.

O fato é que, tendo a apelada estudado por apenas um ano em escola particular, a circunstância de ter se utilizado de bolsa integral torna possível enquadrá-la no grupo albergado pela política de ações afirmativas da UESB.

O fundamento invocado pela apelante para afastar a pretensão amparada nestes autos foi o princípio da isonomia, mas é justamente ele que permite à recorrida ter acesso à vaga de cotista.

Se, como visto acima, a isonomia, em nossa ordem jurídica, deve ser aplicada de modo a tratar de forma igualitária os iguais e tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, é fácil perceber que a recorrida deve ser tratada de forma diferente daqueles que sempre tiveram oportunidades na vida e de forma semelhante aos demais beneficiários das cotas, por se enquadrar, como supramencionado, no grupo social alvo dessa política.

Portanto, é justamente a isonomia que autoriza que a apelada tenha acesso ao sistema de cotas, de modo a que a finalidade dessa política seja, de fato, alcançada.

Outrossim, a apelante argumenta que a sentença vergastada viola o princípio da legalidade, por permitir que a apelada tenha acesso a uma vaga reservada às cotas sem preencher integralmente os requisitos estabelecidos na legislação de regência.

Sucede que, ainda que se cogite a alegada violação à legalidade, havendo colisão entre dois princípios constitucionais – legalidade e isonomia –, há de se reconhecer, por um juízo de ponderação, que merece, no caso sob vértice, preponderar a isonomia.

Não obstante a legalidade seja, de fato, importante princípio a nortear e determinar a atuação dos operadores do direito, a isonomia, além de princípio universal, constitui-se em direito fundamental dos cidadãos brasileiros.

Todos têm direito a serem tratados de forma igualitária, sob a ótica material, como já visto acima. Aplicar a legalidade em detrimento da isonomia é negar ao cidadão um direito fundamental de importância imensurável.

Ressalte-se que a jurisprudência, atualmente, tem se consolidado no sentido de se reconhecer a possibilidade de o aluno bolsista em escola particular ingressar na universidade através do sistema de cotas:

"ENSINO SUPERIOR. INGRESSO NA UNIVERSIDADE PELO SISTEMA DE COTAS RESERVADAS A ALUNOS EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. ALUNA BOLSISTA. POSSIBILIADE. 1. A passagem da aluna pelo ensino particular, com bolsa integral, não acarreta diferença significativa, pois continua caracterizada sua hipossuficiência financeira. Não é possível negar-lhe o direito à matrícula, se obteve êxito no vestibular pelo sistema de cotas, sob pena de se estar realizando uma interpretação literal e excessivamente estreita, em detrimento de um direito fundamental assegurado constitucionalmente. 2. Apelação da autora provida. Veja também: AG 2009.01.00.016031-7, TRF1." (TRF-1 – AMS: 1110 PI 2009.40.00.001110-9, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 19/1/2011, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.132 de 4/2/2011)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REALIZAÇÃO DE MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR DENTRO DO REGIME DE COTAS. ENSINO FUNDAMENTAL CURSADO EM ESCOLA DA REDE PARTICULAR NA CONDIÇÃO DE BOLSISTA. HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. PROCEDÊNCIA. I – Excepcionalmente, admite-se a possibilidade de se incluir o impetrante/apelado como um dos beneficiários do sistema de cotas para o acesso às vagas da Universidade apelante, a despeito de ter cursado quase a totalidade do Ensino Fundamental em escola particular. II – O apelante é aluno comprovadamente carente, que teve a oportunidade de estudar, durante alguns anos, em escola particular com bolsa de estudos concedida pela escola onde trabalhava uma parente sua. A isonomia estaria sendo quebrada caso não se reconhecesse o esforço de aluno de escola pública que é aprovado em Medicina em Instituição de Ensino Superior pública e bastante prestigiada, depois de ter concluído a integralidade do ensino médio em escola pública. II – Precedentes deste Tribunal: TRF5. Segunda Turma. APELREEX 26261. Rel. Des. Federal MARCO BRUNO DE MIRANDA CLEMENTINO (convocado). Julg. 26/2/2013. Publ. DJe 8/3/2013; TRF5. Segunda Turma. APELREEX 25210/PB. Rel. Des. federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS. Julg. 27/11/2012. Publ. DJe 14/12/2012. III – Apelação e remessa oficial improvidas." (TRF-5 – REEX: 16875420124058200 , Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 6/8/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 16/8/2013)

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, este egrégio Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar em situação análoga à presente, na qual reconheceu o direito da recorrida, senão vejamos:

"APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS PARA CURSOS DE GRADUAÇÃO EM UNIVERSIDADE PÚBLICA. CANDIDATO ESTUDANTE EM COLÉGIO PARTICULAR NA CONDIÇÃO DE BOLSISTA INTEGRAL. NEGATIVA DO DIREITO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NA RESOLUÇÃO 037/2008 DO CONSEPE (CONSELHO SUPERIOR DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO) E EDITAL 070/2008 DO CERTAME. ALUNO EGRESSO DE ESTABE-

LECIMENTO DA REDE APENAS TRÊS SÉRIES DO ENSINO FUNDAMENTAL EM ESCOLA PARTICULAR, NA CONDIÇÃO DE BOLSISTA. EXCLUSÃO DESARRAZOADA. IMPETRANTE. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA MANIFESTA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. ISONOMIA. VIOLAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE ACESSO À VAGA DE COTISTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA. APLICAÇÃO DA LEI. ATENDIMENTO AOS FINS SOCIAIS E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. ARTIGO 5º DA LICC. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA. JUSTA E EQUÂNIME. CONFIRMAÇÃO EM REXAME NECESSÁRIO. IMPROVIMENTO DO APELO." (TJBA, Ap. Cível nº 0018891-96.2009.8.05.0274, Rel. Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, Quarta Câmara Cível, julgado em 19/11/2013, Disponibilizado em 25/11/2013)

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM ENSINO SUPERIOR DENTRO DO REGIME ESPECIAL DE COTAS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE QUE O CANDIDATO COMPROVASSE "A PROCEDÊNCIA DE, NO MÍNIMO, 7 (SETE) ANOS DE ESTUDOS REGULARES, OU ENSINO EQUIVALENTE, EM ESTABELECIMENTOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO BRASIL, COMPREENDENDO PARTE DO ENSINO FUNDAMENTAL, A PARTIR DO 5º ANO, E TODO O ENSINO MÉDIO". IMPETRANTE LOGROU APROVAÇÃO NO VESTIBULAR DA UESB PARA O CURSO DE DIREITO, BEM COMO FREQUENTOU APENAS UM ANO EM ESCOLA PARTICULAR CONVENIADA COM O PODER PÚBLICO. PECULIARIDADE QUE TORNA DESPROPORCIONAL O ATO DE INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA DA AUTORA: O FATO DE TER CURSADO APENAS UM ANO EM ESCOLA PARTICULAR, SITUAÇÃO QUE NÃO A COLOCA EM CONDIÇÃO DE VANTAGEM EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CANDIDATOS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA PROFERIDA HÁ MAIS DE DOIS ANOS DETERMINANDO A IMEDIATA MATRÍCULA DA IMPETRANTE. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ CONSOLIDADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS OU AO PODER PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, BOA FÉ E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO." (TJBA. Apelação Cível 0001412-22.2011.8.05.0274. Relator: Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif).

Nesta senda, é imperioso reconhecer a possibilidade de a recorrida fazer jus à vaga reservada ao sistema de cotas, merecendo estudar na UESB, no curso em que logrou aprovação, confirmando-se, por conseguinte, a sentença vergastada.

Conclusão

Pelo exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, confirmando-se a sentença em reexame necessário.

*****

TJBA – Apelações Cíveis e Reexame Necessário nº 0062430-63.2006.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Vera Lúcia Freire de Carvalho, julgado em 30/10/2012.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATRIBUIÇÕES DOS DELEGADOS DE POLICIA. CUSTÓDIA E MANUTENÇÃO DE PRESOS. INEXISTÊNCIA DE DEVER LEGAL. TAREFA REALIZADA, CONTUDO, AO LONGO DE MUITOS ANOS. FUNÇÃO QUE NÃO PODE SER TRANSFERIDA DE IMEDIATO AO ESTADO EM RAZÃO DESTE NECESSITAR DE APARELHAMENTO PARA TAL MISTER. MANUTENÇÃO DO JULGADO NO SENTIDO DE DETERMINAR A RESPONSABILIDADE TEMPORÁRIA DA AUTORIDADE POLICIAL DE CUSTODIAR DETENTOS. MODIFICAÇÃO, *EX OFFICIO*, TODAVIA, PARA SUJEITAR OS DELEGADOS ÀS PENALIDADES EM DECORRÊNCIA DE EVENTUAIS DESÍDIAS NA REALIZAÇÃO DE TAL MISTER. ESTIPULAÇÃO DO PRAZO DE 5 ANOS A FIM DE QUE O ENTE ESTATAL ADOTE MEDIDAS PARA ASSUMIR O ENCARGO DA CUSTODIA DOS PRESOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DIVISÃO DAS CUSTAS.

Envolve os autos pedido formulado pela Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia a fim de ser reconhecida a inexistência de dever legal destas autoridades policiais em relação à custódia, guarda e manutenção dos presos, bem como com vistas a extinguir quaisquer processos administrativos em trâmite decorrentes desta atribuição.

A sentença julgou procedentes os pedidos e ambos os litigantes apelaram, sendo que somente merece ser conhecido o Apelo interposto pela ADPEB, em razão da extemporaneidade do recurso do Estado da Bahia, o qual foi apresentado antes do julgamento dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação.

A matéria discutida nos autos deverá ser revista, contudo, por força da devolutividade do reexame necessário. Destarte, irretocável o pronunciamento da magistrada sentenciante ao reconhecer a inexistência de norma obrigando os delegados a custodiarem presos à disposição da justiça criminal, após o término das atividades investigativas. Além de não haver dever legal, revela-se desaconselhável a realização de tal tarefa por parte desta autoridade, pois prejudica o exercício das suas reais missões constitucionais.

Contudo, em razão da segurança e da garantia da ordem pública, bem como em atenção ao fato de que tal mister não pode ser assumido imediatamente pelo Estado da Bahia, necessário se faz que os delegados continuem desempenhando esta incumbência até a implementação de medidas, por parte do Ente Estatal, a fim de assumir

seu *munus*. Durante este período, portanto, em que os delegados continuarão desempenhando tal tarefa devem os mesmos responder caso ocorra negligência, sob pena de, inexistindo penalização pela desídia, haver sérios prejuízos à sociedade. Nestes termos, impõe-se a reforma, *ex officio*, da sentença em exame, a fim de determinar o prosseguimento das apurações administrativas decorrentes da realização de custódia dos detentos por parte das autoridades policiais enquanto persistir a necessidade de realização desta função.

Entretanto, a fim de que a efetividade do direito reconhecido no *decisum* de 1º grau e ora mantido não fique sujeito ao puro arbítrio do Ente Estatal, merece prosperar, em parte, o Apelo da ADPEB para fins de ser estipulado um prazo no sentido de o Estado implementar as condições necessárias para tomar a seu cargo a responsabilidade de custodiar os presos. Nesta esteira, impõe-se o lapso temporal de 5 anos para a realização da transferência dos detentos das cadeias públicas para as unidades prisionais adequadas, sob pena de multa a ser arbitrada em caso de descumprimento.

Diante da sucumbência recíproca, cada litigante deve arcar com metade das custas processuais, compensando-se os honorários advocatícios, consoante prevê o art. 21 do CPC.

RECURSO DO ESTADO DA BAHIA NÃO CONHECIDO, APELO DA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS PROVIDO EM PARTE E REFORMA DA SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO Nº 0062430-63.2006.805.0001-0, de Salvador, em que figuram como Apelante e Apelado, reciprocamente, o ESTADO DA BAHIA e a ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por votação unânime, em NÃO CONHECER O RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO DA BAHIA E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DA BAHIA, CONFIRMANDO A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO e assim o fazem pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Tratam-se de Remessa Necessária e Apelações simultâneas interpostas pelo ESTADO DA BAHIA e pela ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DA BAHIA, irresignados com a sentença de fls. 299/309, na qual o juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública julgou procedentes os pedidos formulados na Ação Ordinária proposta pela mencionada Associação em face do Ente Estatal, declarando a inexistência do dever funcional dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia quanto à custódia, à manutenção e à vigilância dos presos, determinando, por conseguinte, a extinção de todas as sindicâncias e os processos administrativos a que as referidas autoridades estejam respondendo exclusivamente em razão da quebra do dever de custódia, manutenção e vigilância dos presos.

Adoto o relatório da sentença objurgada, acrescentando que, em seu julgamento, a magistrada primeva entendeu não haver previsão legal que estabelecesse o dever de delegados custodiarem e manterem os presos que estão à disposição da justiça criminal, não estando isentos, porém, do dever de guardar e manutenir as pessoas presas em razão da atividade investigativa por eles precipuamente desenvolvida. Consignou ser competência da Secretaria de Justiça a custódia ora discutida, por meio da Superintendência para Assuntos Penais (SAP), por lhe competir a administração, supervisão e execução das atividades relativas ao sistema prisional do Estado, e não incumbência da Polícia Civil do Estado da Bahia, órgão ligado à Secretaria de Segurança Pública.

Em nome da ordem e do interesse públicos, da incolumidade e segurança dos cidadãos, porém, determinou a continuidade da custódia de presos detidos nas sedes da Polícia Civil até a efetivação de medidas necessárias para a transferência destes para os presídios e conjuntos penais adequados, devendo o Réu acelerar o andamento das unidades prisionais em construção e providenciar o aumento de vagas nas unidades já existentes.

Isentou o Demandado do pagamento das custas, condenando-o, contudo, a pagar honorários advocatícios, arbitrados no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Submeteu a sentença ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, a Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia – ADPEB, opôs os Embargos de Declaração de fls. 311/316, apontando omissão no julgado por não ter estabelecido termo para implementação. Solicitou a fixação de um prazo para o Réu dar cumprimento às medidas apontadas, sob pena de se ver conferido o direito, mas nunca exercitado. Impugnou, ainda, o valor arbitrado a título de honorários.

Em sequência, o Estado da Bahia interpôs o Recurso de Apelação, acostado às págs. 317/328, requerendo, de início, atribuição de efeito suspensivo ao Apelo. Apontou, primeiramente, antinomia na decisão, por determinar a continuidade da custódia pelos Delegados até a construção/finalização dos presídios, sem, em contrapartida, possibilitar a punição destes pelos eventuais cometimentos de faltas funcionais no desempenho deste mister. Defendeu ter sido criada, com a sentença, a figura do servidor público destituído de responsabilidade funcional. Sustentou ser dever dos delegados de polícia civil a custódia de presos, amparando-se na previsão do art. 14, XVII, XLVI e XLVII, da Lei 3.374/75, editada pelo Estado da Bahia em razão de sua competência concorrente para legislar sobre a organização da polícia civil. Aduziu ser a guarda de presos ínsita à atribuição da polícia judiciária, por ter como bandeira a investigação de fatos aparentemente delitivos, devendo custodiar, por exemplo, indivíduos encarcerados cautelarmente ou em flagrante delito. Argumentou ser medida interessante para a gestão administrativa, ao permanecer o preso próximo à comarca onde tramita o processo, diminuindo custos e facilitando a ampla defesa. Alegou tratar-se de matéria interna corporis do Executivo, não podendo haver interferência de outro poder. Afirmou não ter sido comprovada a existência de sindicâncias e processos administrativos disciplinares em desfavor de delegados, dizendo estar nos autos somente apurações contra agentes de

polícia. Impugnou o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios, taxando-o de exacerbado e sem fundamentação. Pugnou, ao final, pela reforma total ou parcial da sentença, neste último caso com a diminuição da verba do advogado e a continuidade das sindicâncias e processos administrativos.

Às fls. 330/332, a magistrada *a quo* rejeitou os Aclaratórios, por entender não ter havido pedido, na exordial, para a fixação de prazos para o implemento de medidas de custódia de presos por parte do Estado, apenas integrando o assunto na fundamentação da sentença.

Após, a Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia também interpôs recurso de Apelação, juntado aos autos nas págs. 334/344, reiterando os argumentos amparadores do pleito formulado na peça vestibular, bem como rememorando acontecimentos da lide, para, em seguida, exaltar a sentença impugnada e requerer a reforma apenas no intuito de complementar o *decisum* com a fixação de um lapso temporal para o cumprimento das determinações insertas no pronunciamento, a cargo do Estado, a fim de que possa ser exercido regularmente o direito reconhecido à parte Autora. Solicitou, ainda, a majoração do patamar fixado como honorários advocatícios.

Intimada para se manifestar sobre o Apelo interposto pelo Estado da Bahia, a ADPEB apresentou suas contrarrazões às fls. 347/366, sustentando a inexistência de antinomia no sentença combatida, advogando ter precluído o direito do Ente Estatal de questionar suposta contradição no *decisum*, pois o meio próprio seria o recurso de Embargos de Declaração. Rechaçou a existência de lei atribuindo aos delegados a responsabilidade de custodiar presos, de modo que lhes imputar tais obrigações equivaleria a desvio funcional. Ressaltou ser dever dos agentes penitenciários pertencentes ao quadro da AGEPEN (Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário) exercer os serviços de carceragem. Combateu o acúmulo de funções, a qual constituiria óbice às verdadeiras tarefas investigativas dos delegados. Afirmou ser dever estatal cuidar da segurança pública. Referiu afronta à legalidade e à moralidade. Sustentou ser de conhecimento público a existência de processos administrativos contra delegados em razão da custódia de presos, chamando atenção para a condicionante estabelecida na sentença ao determinar a extinção dos processos que por ventura estivessem em curso. Rechaçou o pleito de minoração da verba sucumbencial, taxando-a de ínfima, advogando a necessidade de sua majoração. Requereu fosse negado provimento ao Recurso.

Posteriormente, os autos foram remetidos a este Tribunal. Recebido o processo por esta instância *ad quem,* procedeu-se a sua distribuição à Quinta Câmara Cível, cabendo-me, após regular sorteio, a função de Relatora.

A Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia ofertou memoriais às fls. 381/387.

Intimado para contrarrazoar o recurso interposto pela ADPEB, diligência esta necessária ao regular prosseguimento do feito, o Estado da Bahia se manifestou às fls. 345/348, requerendo o desentranhamento dos memoriais, por ser repetição do Apelo e contrarrazões. Defendeu o não conhecimento do recurso pela falta de interesse recursal, por terem sido julgado procedentes todos os pedidos constantes na inicial, não sendo admissível o julgamento *ultra* ou *extra petita*. No mérito, sustentou que o provimento das razões trazidas na Apelação estatal excluiriam o provimento deste recurso da ADPEB, eximindo-se de reproduzi-las. Requereu, a inadmissibilidade ou improvimento do recurso da Associação.

Dispensada a oitiva da Douta Procuradoria de Justiça, por não se vislumbrar nos autos nenhuma das hipóteses que reclamem a sua intervenção.

Enviados ao (a) Desembargador (a) Revisor (a), este (a) exerceu seu mister a teor do art. 165 do RI TJ/BA, e pediu dia para julgamento.

É o breve relatório.

VOTO

Ab initio, impende ponderar apenas merecer conhecimento o recurso interposto pela Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia, visto que somente em relação a este restaram preenchidos todos os requisitos de admissibilidade.

Ao revés, o Apelo manejado pelo Estado da Bahia revelou-se extemporâneo, isto porque foi apresentado antes do julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela parte Autora em face da sentença. Nestes casos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores têm posicionamento assente no sentido de que não havendo ratificação do recurso apresentado a destempo, impõe-se o seu não conhecimento. É o caso dos autos. Esse entendimento encontra-se, inclusive, sumulado pelo STJ, aplicando-se analogicamente para os demais recursos, a exemplo da Apelação[2]. Senão veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO PREMATURA. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. SÚMULA 418 DO STJ.
>
> 1. – Considera-se extemporâneo (prematuro) o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, quando não reiterado ou ratificado. Súmula 418 desta Corte.
>
> 2. – Se o recurso é protocolado no período do recesso forense não se pode entender que ele o tenha sido apenas no primeiro dia útil subsequente para fins de evitar a declaração de intempestividade.
>
> 3. – Agravo Regimental a que se nega provimento.
>
> (STJ. AgRg no AREsp 23363 / PR Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0157071-5. T3 - Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 19/6/2012. Publicação: DJe 28/6/2012)

> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. APELAÇÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMATURIDADE RECONHECIDA.
>
> I. Achando-se pendente os aclaratórios da parte contrária, é inoportuna a interposição de apelação, sem ratificação posterior dos seus termos, vez que não houve o necessário exaurimento da instância.
>
> II. Recurso especial conhecido em parte e provido.
>
> (STJ. RESP. 659.663-MG. (2004.0096800-3). Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgado em: 1/12/2009. Publicado em: 22/3/2010).

2. Súmula 418 do STJ: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

DECISÃO. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que deixou de apreciar o recurso extraordinário, em virtude de ter sido protocolizado prematuramente.
No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, aos arts. 109, I, e 149 e 240 da mesma Carta.
O agravo não merece acolhida. Isso porque, verifico que o recurso extraordinário foi protocolizado antes da publicação do acórdão proferido nos embargos de declaração opostos pelo ora agravado.
Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de considerar extemporâneo o recurso extraordinário interposto antes da publicação do acórdão de que se recorre, sem que haja a devida ratificação do ato, porquanto esse julgado integra o acórdão recorrido, sendo irrelevante que somente a outra parte tenha embargado. Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, dentre outras: AI 699.165-AgR/BA, Rel. Min. Eros Grau; AI 693.244-ED/SC e RE 320.440-AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 502.004-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Britto; AI 375.124-AgR-ED/MG, Rel. Min. Celso de Mello; AI 255.654-AgR/MG, Rel. Min. Sydney Sanches e AI 766.052-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, cuja ementa segue transcrita:
"*RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Recurso extraordinário interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração. Agravo regimental improvido. Salvo posterior ratificação, é extemporâneo o recurso extraordinário interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, ainda que o julgamento destes não tenha implicado modificação substancial do teor do julgamento original*" (AI 766.052-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma).
Isso posto, nego seguimento ao recurso.
Publique-se.
Brasília, 9 de dezembro de 2010.
(STF. AI 742611 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI)

A despeito do não conhecimento do recurso de Apelação interposto pelo Estado da Bahia, deverá a matéria discutida nestes autos ser reexaminada em virtude da devolutividade operada por força do reexame necessário.

Assim, conforme relatado, trata-se de lide interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia – ADPEB – visando obter uma declaração de inexistência de dever funcional dos Delegados de Polícia deste Estado quanto à custódia, manutenção e vigilância dos presos, bem como a extinção das sindicâncias e processos administrativos existentes em razão da referida matéria.

As atribuições destes agentes é referida no art. 144, § 4º, da Constituição Federal, ao dispor: "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares".

Porém, como bem assinalou a magistrada sentenciante, a própria Carta Magna, em seu art. 24, XVI, ao delegar aos Estados, União e Distrito Federal o poder de legislarem concorrentemente sobre a polícia civil, autorizou a regulamentação da matéria, com eventual ampliação das tarefas a serem desempenhadas por este órgão, desde que compatíveis com a competência constitucional.

Em razão da inexistência de lei federal dispondo sobre normas gerais, o Estado da Bahia, valendo-se da prescrição contida no §3º do art. 24, exerceu a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades, e editou a Lei 3.374/75, o Estatuto do Servidor Policial Civil.

A leitura atenta deste diploma legal (Lei 3.374/75) revela não estar consignado como dever dos delegados de polícia a custódia, manutenção e guarda dos presos provisórios que estão aguardando a prolação de sentença. Os dispositivos do Estatuto trazidos à baila pelo Estado da Bahia apenas se referem à obrigação do servidor policial quanto aos cuidados em relação às pessoas detidas temporariamente para fins de apuração de infração criminal. E esta responsabilidade, diga-se de passagem, restou bem discriminada na sentença:

> "Em suma, há de se dizer que os delegados de polícia não têm o dever de custodiar e de manter os presos que estejam à disposição da justiça criminal. **Não fica isento, entretanto, do dever de guarda e manutenção de pessoas presas em razão da atividade investigativa que é por eles precipuamente desenvolvida**"

Feita esta diferenciação de importantíssima relevância, vale dizer que a inexistência deste dever por parte dos Delegados de custodiar presos à espera de julgamento, e até mesmo a inconveniência de atribuir tal responsabilidade a estas autoridades policiais tem sido reconhecida no âmbito dos diversos poderes.

Nesta esteira, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1594/11, da deputada Rose de Freitas (PMDB/ES), o qual visa alterar a Lei de Execução Penal n. 7.210/84, proibindo a custódia de presos em dependências de prédios da polícia federal e civil, ainda que provisoriamente. A proposta já foi aprovada, no dia 28 de março de 2012, pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, seguindo, em seguida, para a análise pela Comissão da Constituição e Justiça e de Cidadania antes de ser submetida ao Plenário.

Em notícia divulgada pelo próprio site da Câmara dos Deputados em 18/7/2011, restou registrado o pensamento da autora do projeto:

> Rose de Freitas argumenta que a custódia e a escolta de presos pelas polícias federal e civil são inconstitucionais e configuram desvio de função. Segundo a deputada, esses policiais não possuem treinamento para atuar como carcereiros.
> Ela destaca ainda que as delegacias de polícia são unidades administrativas cujas funções estão relacionadas à investigação, realização dos trabalhos de polícia judiciária e atendimento ao cidadão, entre outras.
> "Esses prédios não obedecem, em regra, aos parâmetros técnicos designados às construções de estabelecimentos prisionais de segurança. O cidadão e os servidores da polícia judiciária não devem ficar expostos à periculosidade dos apenados ou presos provisórios", argumenta.
> (Acessado em: 25 de setembro de 2012. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SEGURANCA/200161-PROPOSTA-PROIBE-CUSTODIA-DE-PRESOS-EM-DELEGACIAS.html)

É de ver-se, com isso, que o próprio legislador se mobiliza no sentido de por fim à polêmica que envolve os contornos da atuação da atividade policial, cuidando de deixar claro a sua desvinculação em relação à obrigação de custodiar presos, a fim de que tais trabalhadores possam se ocupar de sua real missão constitucional.

Tal realidade pode ser percebida na ADI 3687-MG, na qual a Associação de Delegados da Polícia Civil do Brasil – ADEPOL/Brasil – questionou a constitucionalidade do III do art. 4º da Lei Complementar n. 84, de 25 de julho de 2005, do Estado de Minas Gerais, a qual atribuía ao agente de polícia a "custódia provisória dos presos no curso dos procedimentos policiais, até o seu recolhimento na unidade responsável pela guarda penitenciária". O Supremo não precisou nem analisar o mérito da Ação em razão da revogação da norma questionada.

Em julgados com matéria análoga, porém, em que o Poder Judiciário precisou se manifestar sobre o assunto, a conclusão foi no sentido da inexistência deste dever. A propósito, *mutatis mutandis*, sinaliza neste sentido o voto vista da Ministra Ellen Gracie prolatado nos autos da ADI 3916/DF:

> ADI 3916/DF* RELATOR: MIN. EROS GRAU V O T O – V I S TA A Senhora Ministra Ellen Gracie: …
>
> Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficaram expressamente estabelecidas, no âmbito do exercício estatal da segurança pública, tanto a incumbência das polícias como um todo – a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, caput) –, como as atribuições específicas das polícias civis – o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto militares (CF, art. 144, § 4º). Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, as funções de polícia judiciária guardam estreita relação com a responsabilização dos violadores da ordem jurídica (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 2007, p. 801). Julio Fabbrini Mirabete, nessa mesma linha, assevera que a polícia judiciária, diante da existência de uma infração penal, "recolhe elementos que a elucidem para que possa ser instaurada a competente ação penal contra os autores do fato" (Processo Penal, São Paulo, Atlas, 13ª ed., 2002, p. 74). Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o art. 4º do Código de Processo Penal, afirma caber às polícias civis "conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal" (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2009, p. 78). É inegável, portanto, que após o advento da ordem constitucional vigente não há mais lugar para o desempenho pelas Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal de funções ligadas à administração penitenciária, a envolver a guarda e a custódia das pessoas que, por força de condenação penal judicialmente imposta, já cumprem penas restritivas de liberdade em presídios e outros estabelecimentos penais...Todo esse levantamento, Senhor Presidente, indica, a meu ver, a existência de situação de permanente incompatibilidade entre a missão constitucionalmente confiada às polícias civis e o complexo de leis federais que insistem em manter na Carreira da Polícia Civil do Distrito Federal cargos cujas atribuições não dizem respeito às funções de polícia judiciária, já que estão relacionadas a uma tarefa estatal executada em momento posterior à aplicação definitiva da pena e que é dotada, por isso mesmo, de natureza eminentemente penitenciária...

Contudo, mesmo reconhecendo inexistir norma legal que obrigue os delegados à tarefa de custodiar presos, sendo até mesmo desaconselhável a acumulação de tal função, não se pode fechar os olhos para uma situação consolidada ao longo dos anos. As autoridades policiais vem exercendo este papel há muito tempo e a transferência deste mister para o seu real titular requer procedimentos, por parte do Estado, que demandam tempo, como a construção de novas unidades prisionais, aumento das vagas nos presídios e conjuntos penais já existentes, entre outras medidas.

Nesta esteira, acertado o pronunciamento do juízo *a quo* ao consignar o dever de os delegados continuarem custodiando todos os presos detidos nas sedes da Polícia Civil da Bahia até que sejam tomadas as providências no sentido de serem realizadas as transferências dos presos para os locais adequados, tudo isso visando o interesse público, a preservação da ordem pública, a segurança e incolumidade física dos cidadãos e do seu patrimônio, os quais devem ser resguardados pela polícia civil.

Assim, não há como imputar, ao menos provisoriamente, a continuidade de uma conduta desempenhada há anos por parte das autoridades policiais, sem submeter estes sujeitos responsáveis (ainda que temporariamente) às penalidades decorrentes da desídia no exercício do encargo. Neste ponto, pecou a sentença primeva ao excluir os processos administrativos em trâmite em razão da falha na custódia destes detentos. Atribuir uma incumbência sem a correspondente pena em razão de eventuais negligências no exercício deste múnus significa "dar margem" para condutas desidiosas e irresponsabilidades funcionais, podendo decorrer, em razão do desleixo dessa atribuição, prejuízos irreparáveis à população. Nestes termos, impõe-se a reforma, *ex officio*, da sentença em exame, a fim de determinar o prosseguimento das apurações administrativas decorrentes da realização de custódia dos detentos por parte das autoridades policiais enquanto persistir a necessidade de realização de tal função.

Merece prosperar, porém, a irresignação da Associação dos Delegados no que pertine à estipulação de um prazo para implementação, por parte do Estado da Bahia, das medidas necessárias para assumir seu dever de custodiar os presos, com a transferência destes das delegacias para as unidades prisionais adequadas. Com efeito, reconhecer a inexistência de obrigação legal das autoridades policiais, devendo os mesmos exercer esta função apenas de forma provisória enquanto o Estado não se aparelhar, sem contrapartida estabelecer um lapso temporal para o Ente Estatal assumir esse mister, implicaria em proferir uma decisão sem efetividade. É bom deixar claro que a previsão desta data-limite não configura decisão *extra/ultra* petita, uma vez que ela apenas confere eficácia ao direito reconhecido na sentença e ora mantido. A inexistência de determinação deste lapso temporal deixaria ao arbítrio do Estado o cumprimento do comando judicial, o qual por questões diversas poderia retardá-lo. Neste diapasão, impõe-se o lapso temporal de 5 anos para a realização da transferência dos detentos para os estabelecimentos penais adequados, sob pena de multa a ser arbitrada em caso de descumprimento.

Diante do não acolhimento de um dos pedidos formulados pela ADPEB (exclusão dos procedimentos administrativos), opera-se, então, a sucumbência recíproca, devendo, nos termos do art. 21 do CPC ser proporcionalmente distribuídos e compensados entre os litigantes os honorários advocatícios e as despesas processuais.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **NÃO CONHECER O RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO DA BAHIA; DAR PROVIMENTO EM PARTE AO**

APELO DA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DA BAHIA A FIM DE ESTIPULAR O PRAZO DE 5 ANOS PARA O ENTE ESTATAL ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS NO SENTIDO DE ASSUMIR SEU MÚNUS DE CUSTODIAR OS PRESOS À DISPOSIÇÃO DA JUSTIÇA; E REFORMAR A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO APENAS PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS APURAÇÕES ADMINISTRATIVAS INSTAURADAS EM DESFAVOR DOS DELEGADOS DECORRENTES DA CUSTÓDIA DE PRESOS ENQUANTO ESTIVEREM INCUMBIDOS DESTE MISTER, DECLARANDO, ASSIM, A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, COM O DEVER DE CADA UM DOS LITIGANTES ARCAR COM A METADE DAS CUSTAS PROCESSUAIS, COMPENSANDO-SE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0000054-51.2011.8.05.0038, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Vera Lúcia Freire de Carvalho, julgado em 17/10/2011.

DIREITO ADMINISTRATIVO– PROCESSO ADMINISTRATIVO – CASSAÇÃO DE PREFEITO – DEVIDO PROCESSO LEGAL – IMPARCIALIDADE – DIRETRIZ CONSTITUCIONAL E SUPRALEGAL – VIOLAÇÃO – NULIDADE.

1. O Poder Judiciário é competente para apreciar os aspectos procedimentais do processo de cassação de Prefeito.

2. A Constituição Federal de 1988 garante a observância do devido processo legal também nos processos administrativos, que devem ser conduzidos e julgados por autoridades imparciais. Ademais, os tratados internacionais acatados pelo Brasil com *status* supralegal corroboram explicitamente o dever de imparcialidade nos julgamentos administrativos.

3. No caso concreto, o Prefeito foi afastado do cargo após o processo administrativo previsto no Decreto-Lei 201/67, cujas prescrições devem ser lidas conforme os ditames da nova ordem constitucional e das normas supralegais pertinentes.

4. A documentação acostada aos autos denota a inimizade existente entre o Apelante e o Ilmo. Vereador Valmir Oliveira Santos. Conforme consta à fl. 34 dos autos, o aludido Vereador foi *"conduzido"* à Delegacia local *"acusado de desferir três tiros de arma de fogo contra o Sr. Agenor Birschner, Prefeito de Arataca"*. É bem verdade que o respectivo Inquérito Policial ainda não foi concluído e que não há notícia de qualquer ação penal ajuizada acerca do fato, mas tal circunstância obviamente não afasta a inimizade entre os sujeitos. A Certidão lavrada pela autoridade policial é anterior à instauração do processo administrativo que ensejou a cassação do Apelante, e as ponderações supra transcritas não poderiam ser olvidadas naquela ocasião.

5. Os autos revelam que o Ilmo. Vereador Valmir Oliveira Santos não apenas votou no procedimento administrativo, mas também ocupou posição de destaque nas investigações. O Vereador integrou a Comissão Processante, ao lado de outros dois Vereadores. Ademais, o Vereador impedido foi o primeiro a manifestar-se após o Presidente da Comissão Processante na sessão de julgamento. Destarte, o Vereador impedido não apenas lavrou voto, como também integrou a Comissão Processante e teve participação destacada na sessão de julgamento.

6. Também pesa desfavoravelmente à legitimidade do procedimento o voto do Ilmo. Presidente da Câmara dos Vereadores na sessão que culminou com a cassação do Apelante. Com efeito, o Presidente da Câmara é interessado direto na cassação do Prefeito e, por tal motivo, não se afigura razoável esperar que atue com imparcialidade na votação. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

7. Apelação provida para, reformando a sentença recorrida, conceder a ordem pleiteada no Mandado de Segurança impetrado pelo Apelante e reintegrá-lo no cargo de Prefeito do Município de Arataca.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000054-51.2011.805.0038-0, da Comarca de Camacã, em que é Apelante Agenor Birschner e Apelada a Câmara Municipal de Arataca,

Acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, e assim o fazem nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta contra sentença de fls.492/498, mediante a qual o meritíssimo Juízo de Direito da Vara Fazenda Pública da Comarca de Camacã denegou a ordem pleiteada no Mandado de Segurança nº 0000054-51.2011.805.0038, impetrado por **Agenor Birschner** contra ato do **Presidente da Câmara Municipal de Vereadores de Arataca**. Concluiu a decisão impugnada, *in verbis*:

> *"Por todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA, E DENEGO A SEGURANÇA PLEITEADA EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, com fulcro no art. 14 da Lei 12.016/2009"* (fl.498).

Aduziu o Apelante, em síntese, nas suas razões recursais, que foi eleito Prefeito do Município de Arataca, mas foi ilegalmente afastado do cargo em face do Processo de Cassação nº 001/2010.

Sinalizou o Apelante que as sessões que culminaram no recebimento da denúncia e na cassação foram viciadas pelos votos de Vereador que estaria impedido, dada a clara inimizade em relação ao sujeito investigado, nos termos dos artigos 18 e 19 da Lei Federal 9.784/99. Neste sentido, informou que o Sr. Walmir Oliveira é investigado em procedimento policial *"visando à instauração de Ação Penal por tentativa de homicídio contra o Apelante"*, investigação esta desencadeada após a notícia-crime apresentada na *"Delegacia local e, em seguida, à Delegacia Regional de Itabuna"* (fl. 508 dos autos).

Assinalou ainda que o voto do Vereador Impedido foi determinante para a cassação do mandado, porquanto *"a decisão cassatória foi proclamada por seis votos condenatórios e três absolutórios, do total de nove vereadores que compõem a Câmara"*.

Outrossim, consignou que o Ilmo. Sr. Presidente da Câmara de Vereadores não poderia votar no processo de cassação, dado o seu interesse imediato na assunção do cargo.

Por fim, destacou que não foi intimado pessoalmente nem na figura do seu procurador para a ciência de atos essenciais ao desenvolvimento do processo.

Após prequestionar os dispositivos legais e constitucionais que julgou pertinentes, o Apelante pleiteou a reforma da sentença recorrida.

Às fls.525/537 dos autos, o Apelante apresentou cópia do Agravo de Instrumento interposto com o fito de conferir efeito suspensivo à Apelação.

Em Contrarrazões (fls.544/580 dos autos), a Apelada redarguiu que a autoridade policial ainda não concluiu o Inquérito no qual é apurada a dita inimizade entre o Apelante e o Vereador Valmir Oliveira Santos. Ressaltou ainda que o Vereador portou-se com neutralidade, o que impediria o reconhecimento do vício formal por impedimento. Assinalou ainda que a nulidade procedimental deveria ter sido arguida no momento oportuno, no bojo daquele processo administrativo.

Argumentou ainda que o Presidente da Câmara dos Vereadores tinha direito a voto na sessão que ensejou a cassação, pois dele não partiu a acusação inicial. Consignou ainda que todas as intimações foram regularmente realizadas no bojo do processo administrativo.

Indicou, outrossim, que o Apelante impugnou um ato *interna corporis*, que estaria imune à interferência jurisdicional.

Calcada em tais premissas, a Apelada requereu o desprovimento do recurso.

No Parecer nº 1386/2001, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

Apesar das razões suscitadas pela Apelada e do respeitável Parecer lavrado pela Procuradoria de Justiça, verifico que o procedimento administrativo que culminou na cassação do Prefeito foi maculado por vícios que se sujeitam ao controle de legalidade e merecem ser declarados neste Juízo Recursal. Sobre o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário em face dos atos administrativos, confira-se a lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES[3]:

3. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.720.

"O processo de cassação de mandato pela Câmara é independente de qualquer procedimento judicial, mas pode ser revisto pela Justiça nos seus aspectos formais e substanciais de legalidade, ou seja, quanto à regularidade do procedimento a que está vinculado e à existência dos motivos autorizadores da cassação. O que o Judiciário não pode é valorar os motivos, para considerar justa ou injusta a deliberação do plenário, porque isto é matéria interna corporis *da Câmara e sujeita unicamente ao seu juízo político. (...) Se encontrar ilegalidade na tramitação do processo, bem como inexistência ou desconformidade dos motivos com as infrações tipificadas na lei, o Judiciário pronunciará a invalidade do procedimento ou do julgamento apurado".*

A lição do eminente jurista sinaliza que o processo instaurado na seara municipal é passível de controle jurisdicional, desde que respeitados os aspectos políticos da deliberação.

Anote-se que há muito já foi superada a noção de que o processo serve apenas à instância judicial. Em verdade, o processo constitui uma relação jurídica regulada por um procedimento voltado à prolação de uma decisão, de sorte que a legitimidade da decisão enfim exarada depende da licitude dos atos praticados ao longo do procedimento. Nesta vertente, o douto CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[4] encampa as idéias de CARNELUTTI para concluir que é *"na escrupulosa adscrição ao* **due process of law***, que residem as garantias dos indivíduos e dos grupos sociais".*

O princípio do devido processo legal (ao lado dos seus corolários) foi prestigiado com excepcional relevância pela Constituição Cidadã:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Robustecendo a proteção constitucional, o colendo Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que *"o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão"* (STF, Tribunal Pleno. RE 349703/RS. Rel. Ministro Carlos Britto. Julgamento: 03/12/2008). Neste contexto, importa destacar o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica):

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e ***imparcial****, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 23ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p.471.

O mesmo ideal é consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> *Art.10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e* ***imparcial*** *que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.*

Assim é que, a par da expressa diretriz constitucional, as normas internacionais acatadas pelo Brasil impõem a observância da imparcialidade na condução dos julgamentos. Nesse contexto, tendo em conta que o processo de cassação de mandato configura inequivocamente um procedimento tendente à aplicação de sanções, resta claro que também este expediente deve obediência ao princípio do juiz natural.

A documentação acostada aos autos denota a inimizade existente entre o Apelante e o Vereador Valmir Oliveira Santos. Conforme consta à fl.34 dos autos, o aludido Vereador foi *"conduzido"* à Delegacia local, *"acusado de desferir três tiros de arma de fogo contra o Sr. Agenor Birschner, Prefeito de Arataca"*. É bem verdade que o respectivo Inquérito Policial ainda não foi concluído e que não há notícia de qualquer ação penal ajuizada acerca do fato, mas tal circunstância obviamente não afasta a inimizade entre os sujeitos.

Para fins de reconhecimento da inimizade, pouco importa divagar acerca da veracidade da *notitia criminis*. É que, caso sejam reputadas verdadeiras as informações ali contidas, será forçoso concluir que o Vereador que realizou três disparos de arma de fogo contra o Apelante jamais poderia participar do seu processo de cassação; de outro lado, caso sejam consideradas inverídicas as acusações, é certo que o mesmo Vereador não possuiria imparcialidade para julgar aquele que lhe imputou a pratica de crime contra a vida e ensejou a sua condução à Delegacia, com a consequente instauração de Inquérito Policial.

Seja como for, o fato é que a Certidão lavrada pela autoridade policial é anterior à instauração do processo administrativo que ensejou a cassação do Apelante, de sorte que as ponderações supratranscritas não poderiam ser olvidadas naquela ocasião.

Mais que isso, os autos revelam que o Vereador Valmir Oliveira Santos não apenas votou no procedimento administrativo, como também ocupou posição de destaque nas investigações. Com efeito, a documentação revela que o Vereador integrou a Comissão Processante, ao lado de outros dois Vereadores. Ademais, o Vereador impedido foi o primeiro a manifestar-se após o Presidente da Comissão Processante na sessão de julgamento (fls.46/52 dos autos).

Destarte, o Vereador impedido não apenas lavrou voto, como também integrou a Comissão Processante e teve participação destacada na sessão de julgamento, fatores que contrariam frontalmente o princípio constitucional da imparcialidade e, por conseguinte, maculam o procedimento instaurado na seara municipal.

Também pesa desfavoravelmente à legitimidade do procedimento o voto do Ilmo. Presidente da Câmara dos Vereadores na sessão que culminou na cassação do Apelante. Com efeito, o Presidente da Câmara é interessado direto na cassação e, por tal motivo, não se afigura razoável esperar que atue com imparcialidade na votação.

Neste exato sentido, aliás, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça[5]:

> *"*Data venia *do entendimento manifestado pelo Ministro Edson Vidigal na decisão agravada, não vejo,* prima facie*, como negar a plausibilidade da questão de fundo suscitada nos autos, traduzida,* in casu*, na quase palpável irregularidade perpetrada pela Câmara Municipal ao permitir que na votação final do* impeachment *do prefeito fosse computado o voto do seu Presidente para fins de obtenção do quórum de 2/3 (dois terços) exigido em lei. Em casos tais, quero crer, a conduta mais adequada a ser observada, presente o princípio da moralidade pública, seria a abstenção do parlamentar que, na condição de Presidente da Câmara e, portanto, substituto natural do prefeito, seria o maior interessado em seu afastamento".*

Como bem destaca o eminente FREDIE DIDIER JÚNIOR[6], inspirado nas lições de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS e MARCOS BERNARDES DE MELLO, *"a invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da causalidade normativa), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação do ato complexo"*.

Em face das razões expendidas, ***dá-se provimento à Apelação*** *para, reformando-se a sentença recorrida, conceder a ordem pleiteada no Mandado de Segurança impetrado pelo Apelante, decretando a nulidade do Processo de Cassação e dos demais atos que lhe seguiram – notadamente o Decreto Legislativo de Cassação do Mandado nº 001/2011 e o Ato de Posse do Vice-Prefeito – e reintegrando o Impetrante/Apelante no cargo de Prefeito do Município de Arataca.*

*****

TJBA – Mandado de Segurança nº 0015333-94.2011.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Desª Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 27.09.2012.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS DO ART. 14, XXXVIII E XLIX, C/C O ART. 27, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LEI Nº 3.374/75. INTERESSE PROCESSUAL QUE SE IDENTIFICA QUANTO À DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. MÉRITO. APURAÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR POR UM PERÍODO DE QUASE SEIS ANOS, SEM PREVISÃO DE CONCLUSÃO. ACOLHIMENTO DA PRESCRIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Conquanto se possa argumentar a falta de interesse de agir do impetrante quanto à incidência retroativa da Lei nº 11.370/2009

5. STJ, 2ª Turma. AgRg na MC 8571 / AM. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. DJ 29/11/2004 p. 269

6. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.21.

e a declaração da ilegalidade do procedimento denominado "Avaliação Prévia de Admissibilidade", por cuidar de matérias adstritas à defesa no campo do próprio processo administrativo, o qual até o momento não contou com a conclusão meritória, inafastável é o seu interesse processual quanto ao pleito de reconhecimento da ocorrência da prescrição, razão porque guarda pertinência o mandamus.
2. No mérito, entende-se que merece amparo a sua insurgência contra processo disciplinar cujo curso temporal está na iminência de completar 06 (seis) anos, sem qualquer previsão de conclusão.
3. Da leitura do art. 203 da Lei nº 6.677/94 e do art. 99 da Lei nº 11.370/2009, vê-se que o maior prazo prescricional é de 05 anos, que se dá apenas nos casos da penalidade de demissão e cassação de aposentadoria. Excluindo-se tais possibilidades, tem-se o período temporal de 02 anos, em relação à pena de suspensão, e o de 180 dias para a hipótese de advertência.
4. Verificando-se in abstrato qual das penalidades é a aplicável às condutas supostamente perpetradas pelo impetrante, vê-se que dentre as condutas previstas com sujeição à pena de demissão não se encontram tipificadas as impostas ao impetrante, de sorte que tal ilação afasta a possibilidade de imposição ao caso do prazo prescricional de 05 anos, do art. 203, I, da Lei nº 6.677/94, sendo que, dos prazos restantes, o maior curso temporal é o de dois anos, que, na hipótese em exame, fulmina o processo disciplinar movido contra o impetrante.
5. Com esteio nas conclusões acima alcançadas, vejo como claro a ocorrência do fenômeno da prescrição na hipótese em questão, porque é certo que ao processo administrativo perseguido contra o impetrante, excluindo-se a possibilidade da aplicação da pena de demissão, pela ausência de inclusão da conduta supostamente praticada no rol taxativo dos arts. 27 da Lei nº 3.374/75 e 92 da Lei nº 11.370/09, os únicos prazos prescricionais possíveis de incidência são aqueles estabelecidos nos incisos II e III, do art. 203 da Lei nº 6.677/94, donde o maior é o de 02 anos.
6. É cediço, segundo a jurisprudência e doutrina pátrias, a aplicabilidade da prescrição intercorrente ao processo administrativo, com o fim de estabilizar as relações jurídicas no transcurso do tempo, mesmo porque inadmissível que o feito disciplinar possa ficar a critério da Administração Pública sem qualquer limitação temporal para a finalização.
7. Fere frontalmente o princípio da segurança jurídica a situação exposta, de apuração de infração disciplinar por um período de quase seis anos, sem previsão de conclusão, de sorte que socorre ao impetrante o direito líquido e certo de fulminar a pretensão disciplinar do Administrador.
8. **SEGURANÇA CONCEDIDA**, para reconhecer a prescrição intercorrente da ação disciplinar intentada em desfavor do impetrante, tombada sob o nº 0511110030210.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0015333-94.2011.8.05.0000, em que figura como impetrante Luis Carlos Ribeiro dos Santos Filho e impetrado Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia

Acordam os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia, POR MAIORIA, CONCEDER A SEGURANÇA PLEITEADA, e o fazem de acordo com o voto vencedor.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Luis Carlos Ribeiro dos Santos Filho contra ato reputado ilegal do Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, em face da instauração do Processo Administrativo Disciplinar nº 0511110030210, Portaria nº 497, de 05/09/2011, baseado no Procedimento Administrativo de Admissibilidade Prévia – APA nº 329/06, registrado em 27/09/2006, do qual decorreu o Processo Sindicante nº 06, instaurado pela Portaria nº 41/2008, de 03/03/2008.

Consta que a Portaria nº 497 traz acusação de violação aos preceitos proibitivos contidos no art. 14, incisos XXXVIII e XLIX c/c art. 27, parágrafo único, inciso I, todas da Lei nº 3.374/75, a qual porém foi revogada desde 04/02/2009 pela Lei nº 11.370/2009, sendo incapaz, portanto, de sustentar narrativas apuratórias consolidadas em 06/09/2011.

Sustenta que não procedendo a Administração Pública à apuração dos fatos em tempo hábil, deixando transcorrer mais de dois anos, fez com que outra lei diversa da que foi fundamentada o ato surgisse no mundo jurídico, possibilitando, consequentemente, a aplicação da *novatio legis in mellius*.

Arrazoa que, segundo os arts. 204 e 205 da Lei nº 6.677/94, existem apenas dois procedimentos administrativos lícitos, a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar, de sorte que a instauração da APA - Procedimento Administrativo de Admissibilidade Prévia feriu a legalidade, deixando-se de praticar ato vinculado para adotar procedimento não instituído em lei.

Defende que tendo a Administração Pública tomado conhecimento dos atos investigados desde 27/09/2006, data em que instaurou o denominado APA nº 329/2006, preferindo contrariar os procedimentos legais, assumiu as consequências do decurso temporal em seu desfavor, eis que já transcorreu mais de cinco anos da data de sua abertura, ainda que considerado os marcos interruptivos.

Pontuou que requereu, no dia 17/10/2011, à autoridade impetrada a submissão da questão envolvendo a ilegalidade do procedimento "APA" ao Órgão Consultor Jurídico do Estado – Procuradoria Geral, todavia não há registro de entrada do respectivo requerimento neste órgão.

Considerando presentes os requisitos da relevância do fundamento e do risco da demora, pleiteou a concessão da medida liminar para o fim de determinar à autoridade impetrada a suspensão do Processo Administrativo Disciplinar nº 0511110030210, Portaria nº 497/2011, com a edição de nova portaria retificadora objetivando adequar os

preceitos proibitivos correlatos no sentido de aplicar a lei mais benéfica ao impetrante, isto é a Lei nº 11.370/2009. No mérito, postulou o reconhecimento como legais apenas os procedimentos da sindicância e do processo administrativo, constantes do art. 204 da Lei nº 6.677/94 e a adoção da data de instauração do APA nº 329/06 como marco inicial para a contagem da prescrição, além da aplicação em definitivo da lei mais benéfica ao caso.

Juntou os documentos de fls. 19/75.

Através da decisão de fls. 82/86, a douta relatora indeferiu a medida liminar requestada.

Intervindo nos autos (fls. 91/105), o Estado da Bahia arguiu as preliminares de falta de interesse processual e de impossibilidade de exame do mérito do Processo Administrativo Disciplinar. No mérito, arrazoou que se mostra totalmente despiciendo neste momento o debate acerca da legislação aplicável ao caso, porquanto se trata de questão a ser debatida no momento da conclusão do PAD. Pontuou que não é o caso de PAD fundado em lei revogada e que se tratando de infração administrativa não se aplica a principiológica da retroatividade da lei mais benéfica vigente quanto à lei penal. Discorreu acerca da independência das instâncias, a permitir que o servidor seja punido na via administrativa, ainda que não tenha respondido a processo penal e da legalidade do processo administrativo. Por fim, aduziu que a discussão a respeito da ocorrência do fenômeno da prescrição mostra-se inadequada neste momento em que não se sabe sequer se o impetrante será punido ou, em caso positivo, qual a sanção aplicada, que faz variar o prazo prescricional. Pediu o acolhimento das preliminares aduzidas, ou, em caso contrário, a denegação da segurança. Acostou os documentos de fls. 106/112.

A autoridade impetrada prestou seus informes às fls. 113/116.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça ofertou o parecer de fls. 122/135, opinando pela extinção do *mandamus* sem resolução de mérito, ante a patente ausência de interesse de agir do impetrante, ou, alternativamente, pela denegação da segurança.

Em sessão de julgamento realizada em 26/07/2012, entendeu a nobre Colega relatora em acolher a preliminar suscitada e, no mérito, denegar a segurança pleiteada, no que não foi seguida pelo Colegiado, resultando na concessão da segurança, por maioria, oportunidade em que fui designada para lavrar o voto divergente, conforme certidão de fls.

É o que basta consignar.

VOTO VENCEDOR

Consta dos autos que Luis Carlos Ribeiro dos Santos Filho impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia referente à instauração de processo disciplinar em seu desfavor, voltado à investigação da ocorrência de infrações disciplinares consubstanciadas na ameaça para fins de confissão de crime e na realização de busca na residência de suspeito sem mandado judicial, com fulcro no art. 14, incisos XXXVIII e XLIX c/c art. 27, parágrafo único, inciso I, todos da Lei nº 3.374/75.

É a literalidade das infrações supostamente praticadas:

> Art. 14 – Ao Servidor Policial Civil é proibida toda ação ou omissão contrária aos seus deveres funcionais e comprometedora da dignidade do cargo, tais como:
> XXXVIII – provocar a paralisação, total ou parcial, do serviço policial, ou dela participar;
> XLIX – prevalecer-se, abusivamente, da condição de preposto ou autoridade policial;

Em síntese, requer o impetrante o atendimento dos seguintes pleitos/insurgências:

a) Admissão da retroatividade da Lei nº 11.370/2009 ao caso, ante a revogação da Lei nº 3.374/75 e por ser aquela mais benéfica, na medida em que retirou o efeito punitivo da conduta prevista no art. 14, XXXVIII, e adotou infração disciplinar mais branda para a conduta inscrita no art. 14, XLIX, agora disciplinada no art. 90, XXVIII, da nova lei;

b) Declaração da ilegalidade do procedimento denominado "Avaliação Prévia de Admissibilidade", tombado sob o nº 329/06 e registrado contra ele em 27/09/2006, porque a Lei nº 6.677/94 prevê como procedimentos possíveis para a apuração de irregularidades pelo servidor público apenas a sindicância e o processo disciplinar;

c) Reconhecimento da data da instauração do APA nº 329/06 como marco inicial para a contagem do prazo prescricional, eis que se trata do momento em que a Administração Pública tomou conhecimento dos fatos.

Cuidando a matéria de processo administrativo disciplinar, cumpre de logo assinalar que é extraordinária a atuação do Judiciário nesta seara, adstrita essencialmente à oportunidade e conveniência da Administração Pública, como forma de concretizar o seu poder disciplinar. Dessa forma, vislumbra-se possível a incursão da autoridade jurisdicional, quando provocada, no seu cerne, porém apenas em situações excepcionais envolvendo a ilegalidade do ato administrativo ou a ausência de sua motivação.

Neste sentido, balizada manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

> "ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. […] 1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. 2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011). […] 4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. 5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apre-

> ciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.) […]" Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Resp 1280729/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/04/2012) – Destacou-se.

Conquanto se possa argumentar a falta de interesse de agir do impetrante quanto à incidência retroativa da Lei nº 11.370/2009 e a declaração da ilegalidade do procedimento denominado "Avaliação Prévia de Admissibilidade", por cuidar de matérias adstritas à defesa no campo do próprio processo administrativo, o qual até o momento não contou com a conclusão meritória, inafastável é o seu interesse processual quanto ao pleito de reconhecimento da ocorrência da prescrição, razão porque guarda pertinência o *mandamus*.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, lecionando sobre o interesse processual:

> [...] Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado [...] (*in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 700). (destacou-se)

No mesmo sentido, sustenta o preclaro Luiz Fux:

> "Esta situação que reclama a intervenção judicial sob pena de um dos sujeitos sofrer um prejuízo em razão da impossibilidade de autodefesa é que caracteriza o interesse de agir. Por essa razão, já se afirmou em bela doutrina que a função jurisdicional não pode ser movimentada sem que haja um motivo". (*in* Curso de direito processual civil, Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 150).

De tais lições, associadas à detida análise da questão ora posta, é possível ver demonstrado o interesse processual do impetrante em obter um provimento judicial voltado ao reconhecimento da prescrição da ação disciplinar intentada em seu desfavor, notadamente quando se observa que são razoáveis os seus argumentos.

Entendo que merece amparo a sua insurgência contra processo disciplinar cujo curso temporal está na iminência de completar 06 (seis) anos, sem qualquer previsão de conclusão.

Acerca da prescrição, a Lei nº 6.677/94 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais) dispõe:

> Art. 203 – A ação disciplinar prescreverá:
> I – em 5 (cinco) anos, quanto às inflações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

> II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
> III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.
> § 1º – O prazo de prescrição começa a correr na data em que o fato se tornou conhecido.
> § 2º – Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.
> § 3º – A abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente.

A Lei Estadual nº 11.370/2009 (Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado da Bahia), legislação específica, em termos idênticos ao precitado diploma estatutário geral, estabelece:

> Art. 99. A ação disciplinar prescreverá:
> I – em 05 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão e cassação de aposentadoria;
> II – em 02 (dois) anos, quanto à suspensão;
> III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto a advertência.
> Art. 100 – Aplicam-se complementarmente às disposições estabelecidas nesta Lei, aos servidores integrantes da carreira de Delegado de Polícia e das demais carreiras da Polícia Civil do Estado da Bahia as disposições contidas no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia.

Da leitura das regras transcritas, vê-se de logo que o maior prazo prescricional é de 05 anos, dando-se apenas nos casos da penalidade de demissão e cassação de aposentadoria. Excluindo-se tais possibilidades, tem-se o período temporal de 02 anos, em relação à pena de suspensão, e o de 180 dias para a hipótese de advertência.

Isso anotado, cumpre verificar *in abstrato* qual das penalidades é a aplicável às condutas supostamente perpetradas pelo impetrante.

Observa-se que as condutas imputadas ao impetrante subsumem-se às tipificações contidas no art. 14, XXXVIII e XLIX da Lei nº 3.374/75.

Por outro lado, a regência quanto à aplicação da pena de demissão encontra-se delineada no art. 27 da referida lei, apresentando rol taxativo de condutas, nos seguintes termos:

> Art. 27 – As penas de demissão simples e de demissão a bem do serviço público serão aplicadas nos casos previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, precedidas do competente processo administrativo.
> Parágrafo único – A pena de demissão, em ambas modalidades, poderá ocorrer ainda nos casos de:
> I – infração que, por sua natureza característica e configuração, seja considerada infamante, de modo a incompatibilizar o servidor com o exercício da função policial;
> II – condenação por crimes contra a Segurança Nacional;
> III – práticas de atos de sabotagem contra o regime e o serviço público;
> IV – exercício de tráfico de influência;

V – reincidência em faltas que tenham motivado a aplicação de pena de suspensão por 30 dias ou mais dias de detenção disciplinar;
VI – contumácia na prática de transgressões disciplinares, seja qual for sua natureza;
VII – transgressões dos itens XIV, XXIV, XXVII, LIX, LX e LXI, do artigo 14 deste Estatuto.

Art. 14 – Ao Servidor Policial Civil é proibida toda ação ou omissão contrária aos seus deveres funcionais e comprometedora da dignidade do cargo, tais como:
XIV – valer-se do cargo com o fim ostensivo ou velado de obter proveito de natureza político-partidária, para si ou para outrem;
XXIV – insubordinar-se ou desrespeitar superior hierárquico;
XXVII – entregar-se á pratica de jogos proibidos, dar-se ao vício da embriaguez, ou ter outros vícios ou hábitos degradantes, incompatíveis com a dignidade da função policial;
LIX – cobrar carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, sem autorização legal.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei nº 6.677/94), referido no *caput* do precitado dispositivo, por sua vez, traz as seguintes hipóteses puníveis com demissão:

Art. 192 – A demissão será aplicada nos seguintes casos:
I – crime contra a administração pública;
II – abandono de cargo;
III – inassiduidade habitual;
IV – improbidade administrativa;
V – incontinência pública e conduta escandalosa;
VI – insubordinação grave no serviço;
VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
VIII – aplicação irregular de dinheiro público;
IX – revelação de segredo apropriado em razão do cargo;
X – lesão ao Erário e dilapidação do patrimônio público;
XI – acumulação ilegal de cargos, funções ou empregos públicos;
XII – transgressão das proibições previstas nos incisos X a XVII do artigo 176. (vide abaixo)

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;
XI – transacionar com o Estado, quando participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer comércio;
XII – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de percepção de remuneração, benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até segundo grau e de cônjuge ou companheiro;

XIII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
XIV – aceitar representação, comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro, sem licença da autoridade competente;
XV – praticar usura sobre qualquer de suas formas;
XVI – proceder de forma desidiosa;
XVII – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

De logo se vê que dentre as condutas previstas com sujeição à pena de demissão não se encontram tipificadas as impostas ao impetrante, de sorte que tal ilação afasta a possibilidade de imposição ao caso do prazo prescricional de 05 anos, do art. 203, I, da Lei nº 6.677/94.

Destarte, dos prazos restantes, o maior curso temporal é o de dois anos, que, na hipótese em exame, fulmina o processo disciplinar movido contra o impetrante.

Note-se que a tese alçada quanto à indefinição, neste momento, do prazo prescricional, porque não concluído o processo administrativo e consequentemente não definida a punição, pode até ser acatada quanto às demais espécies de penalidade, estabelecidas no art. 15 da Lei nº 3.374/75 e cuja aplicação rege-se pelos arts. 16 a 25 do mesmo diploma, porquanto são regras de conteúdo normativo aberto e sujeito à discricionariedade administrativa. Tal diretriz, no entanto, não se revela plausível em relação à pena de demissão, que traz expressamente definidas as condutas que se lhe sujeitam, segundo os artigos supratranscritos.

Destarte, entendo que não prospera a tese do Estado da Bahia, amparada pelo opinativo da d. Procuradoria de Justiça, de que quaisquer das postulações feitas pelo impetrante encontram-se esvaziadas porque ainda não finalizado o processo administrativo.

Na verdade, com esteio nas conclusões acima alcançadas, vejo como claro a ocorrência do fenômeno da prescrição na hipótese em questão, porque é certo que ao processo administrativo perseguido contra o impetrante, excluindo-se a possibilidade da aplicação da pena de demissão, pela ausência de inclusão da conduta supostamente praticada no rol taxativo dos arts. 27 da Lei nº 3.374/75 e 92 da Lei nº 11.370/09, os únicos prazos prescricionais possíveis de incidência são aqueles estabelecidos nos incisos II e III, do art. 203 da Lei nº 6.677/94, donde o maior é o de 02 anos.

A partir das provas coligidas pelo impetrante, confere-se que o fato que deu origem ao procedimento administrativo impugnado ocorreu em **24/08/2006** (fls. 20), levando à abertura da avaliação prévia de admissibilidade nº 329/06, em **27/09/2006** (fls. 26), que, por seu turno, deu origem à instauração da respectiva sindicância a partir da portaria nº 041/2008 (fls. 21), em **03/03/2008**, seguindo-se finalmente a abertura do processo administrativo disciplinar nº 0511110030210, em **05/09/2011.**

O art. 203, § 3º, da Lei nº 6.677/94, por outro lado, dispõe:

"A abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente".

Conquanto estabelecido no citado artigo que ficará interrompida a prescrição até a decisão final, é cediço, segundo a jurisprudência e doutrina pátrias, a aplicabilidade da

prescrição intercorrente ao processo administrativo, com o fim de estabilizar as relações jurídicas no transcurso do tempo, mesmo porque inadmissível que o feito disciplinar possa ficar à critério da Administração Pública sem qualquer limitação temporal para a finalização.

É cabível ao Judiciário apreciar a regularidade do processo administrativo disciplinar quanto às exigências legais e atendimento ao contraditório e à ampla defesa, não lhe competindo, porém, aferir o mérito administrativo na aplicação da penalidade. Na hipótese, porém, tratando-se de matéria prescricional, merece amparo a insurgência ventilada porque alcançada pelo prazo previsto no inciso III, do art. 203 da Lei nº 6.677/94, eis que transcorreu mais de dois anos entre o início da sindicância e a abertura do processo disciplinar, e não se trata de condutas sujeitas à pena de demissão. Destarte, entendo que o feito administrativo encontra-se prescrito desde **03/03/2010**.

Veja-se que a teor do que estabelecem os arts. 216 e 235, da Lei nº 6.677/94:

> Art. 216 – O processo administrativo disciplinar deverá ser iniciado no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data de sua instauração e concluído em prazo não excedente a 60 (sessenta) dias, admitida a prorrogação por igual prazo, em face de circunstâncias excepcionais.
>
> Art. 235 – No prazo de 60 (sessenta) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

De mais a mais, fere frontalmente o princípio da segurança jurídica a situação exposta, de apuração de infração disciplinar por um período de quase seis anos, sem previsão de conclusão, de sorte que socorre ao impetrante o direito líquido e certo de fulminar a pretensão disciplinar do Administrador.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. DIRETOR DE ENSINO DE CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES E INSTRUTOR DE TRÂNSITO. PRÁTICA DE IRREGULARIDADES FUNCIONAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DA PENA DE DESCREDENCIAMENTO PASSADOS MAIS DE SETE ANOS DESDE A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO. DEMORA NÃO IMPUTÁVEL AOS INDICIADOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CARACTERIZADA. ANULAÇÃO DA PENALIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. "O poder-dever de a Administração punir a falta cometida por seus funcionários não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da falta disciplinar e a aplicação da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor" (STJ, MS n. 13.242). 2. A aplicação de penalidade disciplinar que importa no afastamento no exercício das atividades funcionais, quando já claramente integralizado o lustro prescricional do processo administrativo, traduz ato ilegal da Administração e rende ensejo à responsabilização civil do Estado por danos materiais e morais. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.040605-8, da Capital, rel. Des. Newton Janke, DJ 17/06/2011)

Oportuno, ainda, colacionar julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça que, apreciando matéria prescricional referente a processo administrativo alusivo à Polícia Civil do Estado da Bahia, reconheceu a prescrição nos seguintes termos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A partir de fatos noticiados em 12.12.2005, a Corregedoria da Polícia Civil instaurou sindicância em 10.5.2007, motivada pela necessidade de investigar possível participação dos agravados em extorsão. O ulterior processo administrativo, que os levou à suspensão, foi instaurado somente em 21.1.2008, ou seja, mais de dois anos após a comunicação do fato. 2. O prazo prescricional bienal aplicável à espécie não é interrompido com a sindicância quando esta não tem caráter punitivo, e sim investigativo. Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no RMS 33.276/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 04/05/2011)

Isso posto, **CONCEDE-SE A SEGURANÇA**, para reconhecer a prescrição intercorrente da ação disciplinar intentada em desfavor do impetrante, tombada sob o nº 0511110030210.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, de acordo com o art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

*****

TJBA – Mandado de Segurança nº 0023525-45.2013.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Moacyr Montengro Souto, julgado em 23/4/2014.

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR ESTÁVEL. LAVRATURA DE TERMO DE DESERÇÃO. REAPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA. AGREGAÇÃO. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À PERCEPÇÃO DA REMUNERAÇÃO, INCLUSIVE DAS PARCELAS VENCIDAS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Em virtude da ausência do impetrante na corporação no período entre 29 de maio a 15 de junho de 2013, lavrou-se em seu desfavor, na data de 7 de junho de 2013, o termo de deserção. Contudo, no dia 18 de junho de 2013, ele compareceu voluntariamente acompa-

nhado de sua genitora, oportunidade em que apresentou relatório médico emitido por psiquiatra particular, em que restou sugerido o afastamento do paciente por 60 dias em razão de alterações psíquicas.
2. O Comando da Polícia Militar determinou a sua agregação, em conformidade com o que prescreve o inciso VII do art. 23 da Lei Estadual nº 7.990/01 c/c o art. 456, §4º, do CPPM, a contar de 7 de junho de 2013, retroagindo, pois, à data de lavratura do termo de deserção.
3. O Estatuto, em seu art. 16, determina que "os policiais militares encontram-se organizados em carreira, em uma das seguintes situações institucionais: I – Ativa (…) d) os agregados." Por seu turno, o art. 21 diz que "a agregação é a situação na qual o policial militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Quadro, nela permanecendo sem número". Ademais, em momento algum, a lei possibilita a suspensão do pagamento da remuneração do policial militar agregado.
4. Retroagindo o ato de agregação à data da lavratura da deserção, não remanesce justificativa legal que legitime a supressão da dita remuneração, até mesmo porque contrariaria o disposto no Ofício nº 048/Corset, ao se solicitarem providências no sentido de formalizar junto ao Departamento de Pessoal o restabelecimento dos proventos do impetrante, antes mesmo da publicação do NBGO nº 869C/2197-13/13, agregando o Soldado PM, com data retroativa.
5. Quanto ao pagamento dos valores anteriores ao ajuizamento da ação mandamental, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, em se tratando de supressão de vencimentos de servidores públicos, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato coator, quando este for comissivo. **SEGURANÇA CONCEDIDA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0023525-45.2013.8.05.0000, em que figuram, como Impetrante, REINALDO DOS SANTOS BRANDÃO e, Impetrados, o DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA e o SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONCEDER A SEGURANÇA, nos termos do relatório e voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança entre as partes em epígrafe, impetrado com o escopo de afastar o ato administrativo consubstanciado na não inclusão do impetrante

na folha de pagamento do Estado da Bahia, ainda após a agregação, para determinar às autoridades coatoras o pagamento da remuneração suspensa, inclusive com efeitos *ex tunc*.

Em decisão de fl. 25, o 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia deferiu o pedido de Assistência Judiciária Gratuita.

Adoto, para fins de Relatório, aquele por mim confeccionado às fls. 28/29, onde reservei-me para apreciar o pleito liminar após serem prestadas as informações pelas apontadas autoridades impetradas.

Às fls. 32/38, o Estado da Bahia promoveu intervenção no feito, defendendo a legalidade dos atos praticados pelas autoridades tidas como coatoras e pleiteando a improcedência do mandado de segurança.

Às fls. 79/85, as Autoridades Coatoras ofereceram as informações de praxe.

Em seu douto Parecer de fls. 88/96, a Procuradoria da Justiça manifestou-se pela concessão parcial da segurança.

Dispensada a Revisão do feito, nos termos do artigo 166 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o Relatório.

VOTO

No mérito, entendo pela concessão da segurança pretendida, ante a ilegalidade do ato administrativo combatido. Vejamos:

O Código Penal Militar, em seu art. 187, prevê o crime de deserção:

> "Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias"

A Lei nº 7.990/2001 – Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia, preceitua em seu art. 196, § 5º:

> "Art. 196 - A deserção do policial militar acarreta a interrupção do cômputo do tempo de serviço policial militar e a consequente demissão *ex officio*.
> (...)
> § 5º - O policial militar desertor não fará jus a qualquer remuneração, exceto na hipótese prevista no parágrafo anterior, restrita esta, todavia, ao soldo."

No caso em comento, em virtude da ausência do impetrante na corporação no período entre 29 de maio a 15 de junho de 2013, foi lavrado em seu desfavor na data de 7 de junho de 2013 o termo de deserção. Contudo, no dia 18 de junho de 2013, compareceu voluntariamente acompanhado de sua genitora, oportunidade em que apresentou relatório médico emitido por psiquiatra particular, em que restou sugerido o afastamento do paciente por 60 dias em razão de alterações psíquicas.

Verifica-se, com base nos documentos colacionados pelo impetrante – fls. 14/16 –, que o relatório médico emitido pela psiquiatra Roberta Ulich foi homologado, e foram adotadas as medidas perante a Junta Médica, referentes à regularização do afastamento sugerido. Já em 1/10/2013, o Cap PM Jorge Luís Magalhães de Freitas (fl.15), à

época respondendo pelo Comando de Policiamento Regional Leste, solicitou ao Corregedor-Chefe providências no sentido de formalizar expediente junto ao Departamento de Pessoal, com vistas ao restabelecimento dos proventos do policial/impetrante. E, por fim, o Comando da Polícia Militar determinou a sua agregação, em conformidade com o que prescreve o inciso VII do art. 23 da Lei Estadual nº 7.990/01 c/c o art. 456 §4º do CPPM, a contar de ***7 de junho de 2013,*** retroagindo, pois, à data de lavratura do termo de deserção (fl.15).

O art. 23 da Lei Estadual nº 7.990/01, citado no NBGO/Coreg. nº 869C/2197-13/13 de fl. 15, prevê:

> "Art. 23 - O policial militar será agregado quando for afastado, temporariamente, do serviço ativo por motivo de:
> (...)
> VII - ter-se esgotado o prazo que caracteriza o crime de deserção previsto no Código Penal, se oficial ou praça com estabilidade assegurada."

Já o art. 456, § 4º, do CPPM determina:

> "Art. 456. Vinte e quatro horas depois de iniciada a contagem dos dias de ausência de uma praça, o comandante da respectiva subunidade, ou autoridade competente, encaminhará parte de ausência ao comandante ou chefe da respectiva organização, que mandará inventariar o material permanente da Fazenda Nacional, deixado ou extraviado pelo ausente, com a assistência de duas testemunhas idôneas.
> (...)
> § 4º Consumada a deserção de praça especial ou praça sem estabilidade, será ela imediatamente excluída do serviço ativo. **Se praça estável, será agregada, fazendo-se, em ambos os casos, publicação, em boletim ou documento equivalente, do termo de deserção e remetendo-se, em seguida, os autos à auditoria competente."(negrito nosso)**

Observa-se que a lei é clara ao dispor que o policial desertor não perceberá remuneração. Entretanto, no caso concreto, considerado o impetrante agregado e retroagindo o ato de agregação à data da lavratura da deserção, portanto, não mais desertor, não remanesce justificativa legal que legitime a supressão da dita remuneração até mesmo porque contrariaria o disposto no Ofício nº 048/Corset, ao solicitar providências no sentido de formalizar junto ao Departamento de Pessoal o restabelecimento dos proventos do impetrante (fl. 15), antes mesmo da publicação do NBGO nº 869C/2197-13/13, agregando o Soldado PM, com data retroativa (fl. 16).

Além disso, o próprio Estatuto, em seu art. 16, determina que *"os policiais militares encontram-se organizados em carreira, em uma das seguintes situações institucionais: I – Ativa (…) d) os agregados."* A seguir, em seu art. 21, diz que *"a agregação é a situação na qual o policial militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Quadro, nela permanecendo sem número"*. Neste sentido, o policial militar agregado continua pertencente à ativa e, em momento algum, a lei possibilita a suspensão do pagamento da remuneração do policial nesta condição.

Ao colacionar aos autos os documentos de fls. 21/23, o impetrante logrou êxito em demonstrar que o seu pagamento restou suspenso durante os meses de junho, julho e agosto de 2013, não obstante tenha sido agregado com efeitos retroativos. Ressalte-se ainda que a tese de defesa do Estado da Bahia não abarca o argumento da realização posterior do pagamento, quando da agregação retroativa à data da deserção, nem apresenta motivos outros que justificassem a suspensão dos proventos do servidor militar. Neste sentido, ao não impugnar a tese da ausência de pagamento, o Estado da Bahia ratifica a informação de que os proventos de fato não teriam sido pagos.

Quanto ao pagamento dos valores anteriores ao ajuizamento da ação mandamental, a jurisprudência entende que, em se tratando de supressão de vencimentos de servidores públicos, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato coator, quando este for comissivo, ou devem retroagir a 120 (cento e vinte) dias, quando se tratar de ato omissivo. Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS PATRIMONIAIS RETROATIVOS. DATA DO ATO ILEGAL OU ABUSIVO CAUSADOR DE PREJUÍZO ECONÔMICO. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE NÃO APLICABILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. 1. "A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 12.397/DF, firmou o entendimento de que, deixando o servidor público de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo" (AgRg no REsp 1.109.601/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, SEXTA TURMA, DJe 23/11/2011). 2. Não se conhece de recurso especial com base em divergência jurisprudencial quando o acórdão paradigma é oriundo de mandado de segurança, tendo em vista que tal ação não possui o mesmo objeto, natureza e extensão material do recurso especial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ - AgRg no REsp 1072650/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2013, Dje 2/9/2013). Grifos nossos.

Nestes termos, configurado o direito líquido e certo do impetrante de ser reincluído na folha de pagamento, com a consequente percepção da remuneração de todo o período em que esteve suspenso o pagamento. Ressalta-se que qualquer penalidade somente poderá ser aplicada ao impetrante, mormente porque praça com estabilidade funcional assegurada, mediante instauração e conclusão de processo administrativo disciplinar, em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, como acertadamente entende o *parquet.*

Por todo o exposto, voto no sentido de **CONCEDER A SEGURANÇA PRETENDIDA** para ordenar às autoridades coatoras o pagamento da remuneração devida ao impetrante, inclusive com efeitos *ex tunc*, durante o período referente à agregação, a partir de 7 de junho de 2013.

*****

TJBA – Mandado de Segurança nº 0011459-33.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 5/6/2014.

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, INTERESSE DE AGIR, IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO SINDICATO E DECADÊNCIA. REJEITADAS. SINDICATO DOS TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. SERVIDORES ESTADUAIS. LEI FEDERAL QUE FIXOU A JORNADA EM VINTE E QUATRO HORAS SEMANAIS. ATIVIDADE DE RISCO. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DO SERVIDOR. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. COMPATIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE QUE AS HORAS RESTANTES SEJAM CUMPRIDAS EM ATIVIDADES COMPLEMENTARES SEM EXPOSIÇÃO À RADIAÇÃO. LIMINAR CONFIRMADA. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Cumpre afastar a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde, tendo em vista que, conforme entendimento reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, autoridade coatora é aquela que deu causa à lesão jurídica e que tem competência para desfazimento do ato ilegal.

Quanto à alegada carência de ação, por não haver pretensão resistida, também não merece acolhimento, pois o interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e aptidão.

Não merece prosperar a ventilada irregularidade de representação do sindicato impetrante, uma vez que dos documentos adunados extrai-se a sua legitimidade para a defesa dos interesses dos profissionais técnicos em radiologia do Estado da Bahia.

Rechaça-se a preliminar de decadência, tendo em vista que a relação discutida é de trato sucessivo, renovando-se continuamente o prazo previsto em lei para a impetração do mandado de segurança.

A limitação da jornada em 24 horas semanais, a que se refere a Lei Federal nº 7.394/85, será para o exercício de seguintes atividades: "I – radiológicas, no setor de diagnóstico; II – radioterápicas, no setor de terapia; III – radioisotópicas, no setor de radioisótopos; IV – industriais, no setor industrial; V – de medicina nuclear." (art. 2º do Decreto Lei n.º 92.790/86).

Não há impedimento para que o servidor, técnico em radiologia, exerça, nas horas restantes para complementar a jornada de 30 horas semanais, tarefas correlatas que não envolvam exposição à radiação.

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 **0011459-33.2013.8.05.0000,** impetrado por **Sindimagem – Sindicato dos Técnicos e Auxiliares em Radiologia do Estado da Bahia**, contra ato supostamente ilegal, praticado pelo **Secretário de Saúde do Estado da Bahia** e **Diretora do Hospital Geral João Batista Caribé.**

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, confirmando-se a liminar concedida, para determinar às autoridades coatoras que promovam a limitação da jornada laboral dos servidores técnicos em radiologia lotados no Hospital Geral João Batista Caribé para carga horária máxima de 96 (noventa e seis) horas mensais ou 24 (vinte e quatro) horas semanais, exclusivamente para execução das seguintes atividades: radiológicas, no setor de diagnóstico; radioterápicas, no setor de terapia; radioisotópicas, no setor de radioisótopos; industriais, no setor industrial; de medicina nuclear; sendo-lhes permitido cumprir o restante da jornada em funções outras sem exposição à radiação.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por **Sindimagem - Sindicato dos Técnicos e Auxiliares em Radiologia do Estado da Bahia**, contra ato do **Secretário de Saúde do Estado da Bahia e da Diretora do Hospital Geral João Batista Caribé**, que fixou a jornada de trabalho dos servidores técnicos em radiologia do Hospital João Batista em carga horária muito superior à prevista em lei.

Relata o Impetrante que as autoridades impetradas vêm impondo jornadas aos aludidos servidores que variam entre 120 e 240 horas/mês, em flagrante desrespeito à Lei nº 7.394/85, que estabelece a jornada laboral máxima de 24 horas semanais e de 96 horas mensais.

Afirma, ainda, que a prolongada exposição dos trabalhadores à radiações ionizantes poderá lhes causar danos irreversíveis no que tange à saúde e integridade física.

Requereu, com isso, seja concedida liminar para determinar que as autoridades coatoras promovam, imediatamente, a limitação da carga horária dos servidores lotados no Hospital Geral João Batista Caribé em no máximo 96 (noventa e seis) horas mensais, sob pena de multa diária e, no mérito, a segurança definitiva.

Às fls. 36/38, a Douta Relatora, à época, excluiu o Governador do Estado da Bahia da lide e determinou a redistribuição do feito junto à Seção de Direito Público, cabendo-me a relatoria.

O pedido liminar foi concedido por este Relator, às fls. 50/52.

O Estado da Bahia interveio às fls. 55/72, alegando preliminarmente carência de ação por falta de interesse de agir, ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde e irregularidade de representação do sindicato.

No mérito, alega que cumpre o que determina a Lei com relação aos serviços de radiologia, e que a limitação de jornada já vem sendo aplicada, ou seja, que nenhum servidor técnico em radiologia está obrigatoriamente submetido ao labor, em aparelhos de imagem e radiologia, superior à carga horária de 24 horas semanais. Assim, o restante da carga horária é complementada em outras atribuições do cargo, para as quais não há risco à saúde.

Outrossim, afirma que a carga horária para os servidores estaduais é de 30 horas semanais, e que a Lei 7.394/85 não lhes é aplicável, não podendo alterar a jornada estabelecida pelo Lei 6.677/94, sob pena de ferir a autonomia legislativa dos entes federados.

As autoridades impetradas prestaram informações às fls. 73/80, reafirmando tudo quanto disposto na defesa do Estado da Bahia.

O Estado da Bahia interpôs Agravo Regimental (fls. 81/84), em face da liminar concedida.

O eminente Procurador de Justiça, em parecer de fls. 90/100, suscitou a preliminar de decadência do direito de impetrar o *mandamus,* com a extinção do processo sem exame do mérito, e, caso ultrapassada a prefacial, pugnou pela concessão parcial da segurança.

Instado a se manifestar sobre a defesa e preliminares ventiladas (fls. 102), o Impetrante rebateu as alegações do Estado, afirmando serem falsas as informações de que as limitações de jornada estariam sendo aplicadas para os técnicos e radiologia, tendo em vista que o serviço desenvolvido pelo servidores se dá exclusivamente em aparelhos de imagem e radiologia, conforme documentos anexados na oportunidade.

Às fls. 119/121, o Estado da Bahia, manifestando-se dos novos documentos trazidos pelo Impetrante, reiterou os termos da defesa e refutou a referida documentação, alegando que é imprestável para comprovar a suposta violação às Leis Federais.

Relatados os autos, inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por **Sindimagem - Sindicato dos Técnicos e Auxiliares em Radiologia do Estado da Bahia**, contra ato do **Secretário de Saúde do Estado da Bahia e da Diretora do Hospital Geral João Batista Caribé**, que fixou a jornada de trabalho dos servidores técnicos em radiologia do Hospital João Batista em carga horária muito superior à prevista em lei.

Primeiramente, cumpre afastar a preliminar lançada de ilegitimidade passiva da autoridade coatora, tendo em vista que, conforme entendimento reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, autoridade coatora é aquela que deu causa à lesão jurídica e que tem competência para desfazimento do ato ilegal, senão vejamos:

> *CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSURGÊNCIA DA IMPETRANTE QUANTO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA EM OUTRA REGIÃO (BAIXO SAPUCAÍ) PARA O CARGO NO QUAL A AUTORA AGUARDAVA SUA CHAMADA (PENITENCIÁRIA REGIONAL DE FORMIGA/MG). PRETENSÃO DEDUZIDA CONTRA O SECRETÁRIO DE ESTADO DA DEFESA SOCIAL E O DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SÚMULA 83/STJ. ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.*
>
> *1. Na origem, o Mandado de Segurança apontava a ilegalidade da nomeação de servidora – aprovada para as vagas na região de Baixo Sapucaí - para o cargo de Analista Nível I – Enfermagem, na Penitenciária de Formiga, onde a autora aguardava sua nomeação, considerando estar classificada em 6º (sexto) lugar e já terem sido nomeados os cinco primeiro aprovados.*

> *2. **"Para efeito de definição da legitimidade passiva** **ad causam** **no mandado de segurança, autoridade coatora é aquele que pratica o ato vergastado e que detém, por isso mesmo, capacidade para seu desfazimento"** AgRg no RMS 39.566/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.12.2013.*
>
> *[...]* (RMS 39106 / MG 2012/0195790-7, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 19/03/2014)

Assim, o Secretário de Saúde é parte legítima para figurar no polo passivo da lide.

Portanto, rejeita-se a preliminar.

Quanto à alegada carência de ação, por não haver pretensão resistida, também não merece acolhimento, pois o interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido na medida em que ele tenha essa utilidade e aptidão.

Há interesse de agir, pois o impetrante comprova através das escalas de plantão e declaração dos técnicos em radiologia que trabalham no Hospital Estadual, que laboram em jornada superior à legalmente estabelecida.

Rejeita-se a prefacial.

Não merece prosperar a ventilada irregularidade de representação do sindicato impetrante, uma vez que dos documentos adunados (fls. 15/21) extrai-se a sua legitimidade para a defesa dos interesses dos profissionais técnicos em radiologia do Estado da Bahia.

Preliminar rejeitada.

Igualmente deve ser afastada a preliminar de decadência suscitada pelo eminente Procurador Estado da Bahia.

A relação discutida no caso em comento é de trato sucessivo, já que o ato supostamente ilegal, qual seja, a jornada superior à legal, estabelecida aos servidores mediante escala de plantão no Hospital Estadual, é renovado mensalmente, conforme atestam os documentos anexados aos autos.

Dessa forma, também renova-se continuamente o prazo previsto em lei para a impetração do mandado de segurança.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

No mérito, extrai-se dos autos que o Impetrante ajuizou o presente *writ* buscando a limitação da jornada de trabalho dos técnicos em radiologia, lotados no Hospital Geral João Batista Caribé, em no máximo 96 (noventa e seis) horas mensais ou 24 (vinte e quatro) horas semanais, conforme preconizam a Lei Federal nº 7.394/85 e o Decreto-Lei n.º 92.790/86, uma vez que o Estado lhes impõe carga horária muito superior.

Com efeito, a Lei Federal nº 7.394/85, que regula o exercício da profissão de Técnico em Radiologia, assim dispõe:

> *Art. 14 - A jornada de trabalho dos profissionais abrangidos por esta Lei será de 24 (vinte e quatro) horas semanais."*

Entretanto, a limitação de 24 horas semanais será para o exercício de atividades enumeradas no Decreto nº 92.790/86, que regulamenta a retrocitada lei, *in verbis*:

"Art . 2º São Técnicos em Radiologia os profissionais de Raios X, que executam as técnicas: I – radiológicas, no setor de diagnóstico; II – radioterápicas, no setor de terapia; III – radioisotópicas, no setor de radioisótopos; IV – industriais, no setor industrial; V – de medicina nuclear."

Depreende-se que os atos normativos federais supracitados estabelecem limite de jornada com o fim de preservação da saúde dos profissionais expostos à radiação, considerando os prejuízos que podem advir da exposição prolongada a esse tipo de substância.

Portanto, demonstram a manifesta preocupação estatal com a integridade física do trabalhador, devendo ser aplicada também aos servidores públicos estaduais que exercem a mesma função.

A tese do Estado da Bahia no sentido da inaplicabilidade da Lei Federal 7.394/85 e do Decreto 92.760/86 aos servidores públicos estaduais, sob o argumento de que estes são submetidos ao regime jurídico próprio em virtude da repartição de competências constitucionais, não merece guarida, pois afronta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. "TÉCNICO EM RADIOLOGIA". JORNADA DE TRABALHO. ART. 14 DA LEI 7.394/85. APLICAÇÃO AOS SERVIDORES. POSSIBILIDADE. ART. 22, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Os servidores públicos estaduais submetem-se ao regime jurídico próprio de seus Estados, em virtude da repartição de competências constitucionais, que, em respeito ao princípio federativo previsto no art. 18 da Constituição Federal, confere autonomia política e administrativa a todos os entes federados, que serão administrados e regidos pela legislação que adotarem, desde que observados os preceitos constitucionais.

2. ***A despeito de cada ente federado poder organizar seu respectivo serviço público, instituindo regime jurídico que irá reger suas relações com seus servidores, estas ainda estarão sujeitas às regras gerais estabelecidas pela União no exercício da competência estabelecida no art. 22 da Constituição Federal, segundo o qual "compete privativamente à União legislar sobre: [...] XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões"****.*

3. A Lei Federal 7.394/85 (que "Regula o Exercício da Profissão de Técnico em Radiologia, e dá outras providências"), em seu art. 14, determina que "[a] jornada de trabalho dos profissionais abrangidos por esta Lei será de 24 (vinte e quatro) horas semanais".

4. ***O art. 14 da Lei 7.394/85 foi recepcionado pelo art. 22, XVI, da Constituição Federal, sendo, portanto, aplicável aos servidores públicos ocupantes do cargo de "técnico em radiologia". Nesse sentido,*** **mutatis mutandis***: AgRg no REsp 823.913/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 21/6/10.*

*5. Agravo regimental não provido. (*AgRg no AREsp 341145 / SC, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 6/2/2014, DJe 18/02/2014)

Embora os Estados, como entes federados, possuam autonomia legislativa para instituir o regime jurídico dos seus respectivos servidores públicos, dada a natureza da atividade radiológica, a regulamentação de sua jornada tem caráter nacional.

Dessa forma, afigura-se plenamente possível conciliar os diplomas legislativos federais e estaduais, não havendo óbices para que o profissional exerça, nas horas restantes para complementar a jornada semanal/mensal estabelecida pelo Estado, tarefas correlatas que não envolvam exposição à radiação.

Este é o posicionamento consagrado pelo Colendo STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO Nº 4345/2005. JORNADA DE TRABALHO DE 40 HORAS SEMANAIS. LEI ESTADUAL Nº 13.666/2002. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A JORNADA DE 30 HORAS SEMANAIS. POSSIBILIDADE DE JORNADA REDUZIDA DESDE QUE COMPROVADO POR PERÍCIA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PREJUDICIAIS À SAÚDE. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO PODER PÚBLICO. TÉCNICOS DE RADIOLOGIA. JORNADA SEMANAL DE 24 HORAS PREVISTA NA LEI FEDERAL E NO DECRETO ESTADUAL. COMPLEMENTAÇÃO DA CARGA HORÁRIA EM ATIVIDADE COMPLEMENTAR. DESVIO DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O Decreto 4345/2005 não extrapola os limites da lei ao fixar a carga horária de 40 horas semanais para os servidores públicos, previsão esta já existente na Lei nº 13.666/2002, que, no entanto, poderá ser alterada, desde que haja perícia comprovando o exercício de atividades prejudiciais à saúde, sendo certo, ainda, que a fixação da jornada de trabalho é tema sujeito aos critérios de oportunidade e conveniência do Poder Público.

2. A legislação federal estabeleceu como jornada de trabalho para os técnicos de radiologia 24 horas semanais, assim como o Decreto estadual, tendo em conta o fato de ser uma atividade prejudicial à saúde. Contudo, isso não significa que o servidor que exerce essa função não pode, nas 16 horas restantes para complementar a jornada de 40 horas semanais, desenvolver tarefas correlatas. Desse modo, não há que se falar em desvio de função.

3. Consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada, no julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, a apreciação de matéria não abordada pelo Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância.

*4. Recurso ordinário conhecido parcialmente e improvido. (*RMS 23475/PR, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 4/4/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 557 DO CPC. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. CABIMENTO. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE LEGAL DE HORAS SEMANAIS ULTRAPASSADO. *1. O julgamento monocrático pelo relator da causa, ao utilizar os poderes processuais do artigo 557 do CPC, não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, desde que o recurso se manifeste inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, deste Superior Tribunal de Justiça, ou do Supremo*

Tribunal Federal. 2. A acumulação de dois cargos técnicos em radiologia fere o disposto na Lei nº 7.394/85, que rege o referido cargo, uma vez que limita a carga horária máxima da profissão em 24 horas semanais. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 823.913/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 21/6/10)

Ante o exposto, voto no sentido de **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA** para determinar às autoridades coatoras que promovam a limitação da jornada laboral dos servidores técnicos em radiologia lotados no Hospital Geral João Batista Caribé, para carga horária máxima de 96 (noventa e seis) horas mensais ou 24 (vinte e quatro) horas semanais, exclusivamente para execução das seguintes atividades: radiológicas, no setor de diagnóstico; radioterápicas, no setor de terapia; radioisotópicas, no setor de radioisótopos; industriais, no setor industrial; de medicina nuclear; sendo-lhes permitido cumprir o restante da jornada em funções outras.

*****

TJBA – Reexame Necessário nº 0002477-82.2010.8.05.0146, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Augusto de Lima Bispo, julgado em 02.06.2014.

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA EM RAZÃO DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA* REJEITADA. CONTRATO TEMPORÁRIO. CONTRATAÇÃO NULA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DEPÓSITO DE FGTS. PRECEDENTE DO STJ. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STF. RECURSO IMPROVIDO.

Como é cediço, a verba honorária sucumbencial é disciplina pelo art. 20, do Código de Processo Civil que determina que a sentença "condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios". Sendo assim, a condenação em honorários não depende de pedido expresso da parte, sendo, pois, uma obrigação do juiz.

O Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado no sentido de admitir o recolhimento do FGTS em favor do contratado que teve seu contrato declarado nulo por ausência de aprovação em concurso público.

É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal (Dicção do art. 19-A da Lei Federal nº 8.036/90).

O egrégio STF reconheceu, no Recurso Extraordinário (RE) 596478 RG/RR, o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiverem o contrato de trabalho com a Administração Pública declarado nulo em função da inobservância da regra constitucional de prévia aprovação em concurso público.

RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002477-82.2010.8.05.0146, em que é apelante o Estado da Bahia e apelada Hilda Veronica Costa Sento Sé,

ACORDAM os Desembargadores, componentes da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER A APELAÇÃO, REJEITANDO A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR SUPOSTO JULGAMENTO *ULTRA PETITA* e, no mérito, NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Relator.

VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Inicialmente, cabe apreciar a **preliminar de nulidade ou reforma da sentença em razão de julgamento *ultra petita***, arguída pelo apelante.

Como é cediço, a verba honorária sucumbencial é disciplina pelo art. 20, do Código de Processo Civil que determina que a sentença *"condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios"*. Sendo assim, a condenação em honorários não depende de pedido expresso da parte, sendo, pois, um consectário lógico da sucumbência e uma obrigação do juiz.

Desse modo, havendo a sucumbência recíproca, devem as partes repartirem o ônus, que no presente caso, resume-se aos honorários advocatícios, eis que ambas as partes são isentas do pagamento de custas processuais.

Com efeito, não se pode menosprezar o digno exercício da advocacia, sob pena de malferir o art. 133, da Constituição Federal da República, que prevê a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

Vale frisar que a ausência de pedido acerca da condenação ao pagamento de honorários, por certo, deve-se ao fato de que a demanda fora ajuizada, equivocadamente, perante a Justiça do Trabalho, foro no qual não é concedida a verba honorária, em face da inexigibilidade da presença do Advogado, conforme pacificado pela jurisprudência.

Nessa esteira, ao tratar das despesas processuais, o Código de Processo Civil estabelece, *in verbis*:

Art. 20

(...)

§ 4° Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Assim, **deve ser rejeitada a preliminar** e mantida a condenação para repartição dos honorários.

No mérito, compulsando-se os autos, constata-se que não existe dúvida sobre a existência de vínculo laboral entre a apelada e o Estado da Bahia durante o período compreendido entre **01/07/2003 a 01/07/2007**, visto que o aludido contrato ultrapassou, em muito, o biênio legal, ao qual, inclusive faz referência o documento de fl. 28.

Ora, a situação retratada nos autos envolve contratação de pessoal pelo Município de Juazeiro sem a realização de concurso público e sem observância ao devido trâmite legal, razão pela qual deve ser declarado nulo o contrato celebrado entre as partes.

Nos termos do **artigo 37, II, da Constituição Federal**, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso. Há, todavia, exceções a tal exigência, na hipótese de livre nomeação e exoneração para exercício das funções de confiança e cargos em comissão, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, bem como na hipótese de REDA – Regime Especial de Direito Administrativo, para os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme estatuído no **inciso IX do mesmo artigo**.

Sobre as características dos servidores públicos, leciona **José dos Santos Carvalho Filho**:

> *Outra característica é a definitividade. O sentido aqui é o da permanência no desempenho da função.* ***Isso não quer dizer que não haja funções de caráter temporário, mas todas estas vão representar sempre situações excepcionais, que, por serem assim, refogem à regra geral da definitividade.*** *A regra geral é a de que o servidor desenvolverá seus misteres com cunho de permanência.(Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25.ed. rev. e ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3-1-2012. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 589). Sem grifo no original.*

De tal leitura infere-se, portanto, a excepcionalidade das contratações para atendimento de necessidade temporária.

Verifica-se, no caso do apelante, que é clara a sua contratação sem a realização do necessário concurso público, não obstante sua função não se revestisse das incumbências atribuídas aos cargos em comissão ou às funções de confiança ou se prestasse a atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Ressalte-se que não houve comprovação nos autos da existência de um processo seletivo anterior à contratação do recorrente.

Neste sentido, é patente a nulidade do contrato de trabalho firmado com o intuito de burlar a norma constitucional, uma vez que está à margem das disposições asseguradas pelo Ordenamento Jurídico Pátrio.

Entretanto, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a declaração da nulidade do contrato de trabalho não exime o agente público do pagamento das verbas remuneratórias como pactuadas no momento da contratação. E a razão de ser de dito posicionamento se consubstancia na vedação de enriquecimento sem causa do agente público, uma vez que o Estado beneficiou-se dos serviços prestados pelo autor - apelante, que faz *jus* à percepção da remuneração acordada.

Vejamos, pois, a lição de **Hely Lopes Meirelles**:

> *O contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, só subsistindo suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. Todavia, mesmo no caso de contrato nulo ou de inexistência de contrato pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever moral e legal (art. 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., Malheiros Editores, p. 233).*

Nesta diapasão e do que consta dos autos, verifica-se que a Administração Pública não atuou com amparo legal na contratação temporária do autor e não agiu acertadamente no que se refere ao pagamento do FGTS.

A este respeito, sabe-se que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), atualmente disciplinado pela Lei nº 8036/90, conduz a certa compensação financeira aos trabalhadores urbanos e rurais.

É sabido, também, que os servidores públicos civis possuem regime constitucional próprio, sem a possibilidade de recebimento de FGTS.

A situação retratada nos autos envolve contratação de pessoal pelo Município de Itapetinga sem a realização de concurso público, evidenciando a nulidade do contrato. Apesar disso, a jurisprudência é pacífica quanto ao pagamento de verbas decorrentes da relação de trabalho, a fim de não se configurar enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Em se tratando do depósito de FGTS, entretanto, os precedentes jurisprudenciais vinham demonstrando o seu descabimento, uma vez que tal direito trabalhista não foi expressamente previsto pela Constituição Federal aos ocupantes do serviço público.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo repercussão geral em setembro de 2009, e julgando o RE 596478, em 13 de junho de 2012, pacificou a matéria ao conceder a um ex-servidor público, contratado sem o devido concurso, o direito à percepção do FGTS. Veja-se a ementa do aludido julgado:

> *ADMINISTRATIVO. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO. EFEITOS. RECOLHIMENTO DO FGTS. ART. 19-A DA LEI 8.036/90. CONSTITUCIONALIDADE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 596478 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 10/09/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00764 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 86-91)*
>
> *EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO NULO. EFEITOS. RECOLHIMENTO DO FGTS. ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90. CONSTITUCIONALIDADE. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido*

o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 596478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMENT VOL-02679-01 PP-00068)

Na ação originária, discutia-se a constitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41/2001, *in verbis*:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

Nesse contexto, observa-se que o §2º do artigo 37 da Constituição Federal enuncia que:

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

A Jurisprudência do TJBA também filiou-se ao entendimento:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA EM FACE DE MUNICÍPIO. SENTENÇA QUE DETERMINOU O DEPÓSITO DE PARCELAS DE FGTS (FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO). PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO EM RAZÃO DA MATÉRIA AFASTADA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA REJEITADAS. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DO CONTRATO. MATÉRIA DECIDIDA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. DEFERIMENTO DE FGTS. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO NÃO PROVIDO. Preliminarmente, afasta-se a arguição de incompetência do Juízo em razão da matéria, uma vez que o feito cinge-se à cobrança de verbas decorrentes de relação de trabalho – não institucional – havida com o Município de Anagé, cuja análise refoge à competência conferida à Justiça do Trabalho através do artigo 114 da Constituição Federal de 1988. No tocante à arguição de ilegitimidade ativa, tem-se que, da análise dos autos, restou comprovado que a autora / apelada era esposa do servidor falecido, pugnando, neste feito, pelo depósito de parcelas de FGTS que entende devidas. Assim, ainda que se considere a ausência de comprovação de sua condição de inventariante, não se pode afastar a sua legítima condição de herdeira. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Rejeita-se também a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que, embora se reconheça o equívoco da Inicial quanto à indicação da "Prefeitura Municipal de Anagé" no polo passivo da relação processual, tal vício não impediu a apresentação de defesa pelo Município (fls. 27/33), sendo relevado pelo Juízo de 1º grau no bojo da sentença recorrida. No mérito, observa-se que a pretensão inicial cinge-se ao depósito das parcelas mensais de FGTS, supostamente devidas pelo Município de Anagé ao Sr. Célio de Carvalho Cavalcante, professor nível I, exercendo suas funções de 21/09/2007, quando fora contratado pelo Ente Público (Carteira de Trabalho – fls. 09/10) até o

seu falecimento em 01/01/2009 (consoante certidão de óbito – fls. 12). Conforme RE 596478, julgado em 13 de junho de 2012, cuja matéria foi admitida em repercussão geral, Supremo Tribunal Federal, concedeu a ex-servidor público, contratado sem concurso público, o direito à percepção do FGTS, ao se reconhecer a constitucionalidade do artigo 19-A da Lei 8.036/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41/2001, in verbis:Art. 19-A. 'É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário'. Recurso conhecido. Preliminares rejeitadas. Apelo não provido. (Apelação Cível nº 0000220-10.2010.8.05.0009, 3ª Câmara Cível, Relatora Des.ª Dayse Lago Ribeiro Lago, julgado em 02/10/2012)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. CONTRATO NULO. FGTS. PARCELAS DEVIDAS NÃO RECOLHIDAS. PAGAMENTO DIRETO AO RECORRIDO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RECURSO IMPROVIDO. Há que se rejeitar a preliminar de prescrição da ação, vez que o contrato firmado entre as partes teve seu fim em 2009 e a presente ação fora proposta no mesmo ano. O contrato de trabalho declarado nulo por haver sido firmado em data posterior à Constituição Federal de 1998 enseja o pagamento das verbas salariais inadimplidas, in casu não reclamadas, bem como a liberação do saldo do FGTS ou o pagamento direto do valor devido ao empregado em caso de não recolhimento. (Apelação Cível nº 0000592-49.2010.8.05.0173, 3ª Câmara Cível, Relatora Des.ª Lisbete M. Teixeira Almeida Cézar Santos, julgado em 16/10/2012).

Com efeito, considerando-se que os incisos II e III do artigo 37, da Carta Magna, dispõem acerca da regularidade do acesso aos cargos e empregos públicos e, portanto, que a sua desobediência importa no reconhecimento de nulidade na contratação pública, faz-se necessário, por conseguinte, com base na jurisprudência do STF e deste próprio Tribunal de Justiça, a concessão do direito à percepção do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), pelo trabalhador, relativamente ao período laborado irregularmente no serviço público.

Quanto aos juros moratórios, em junho de 2009, entrou em vigor a lei nº 11.960/2009 que instituiu uma mudança na sistemática de cálculo da atualização monetária e cálculo de juros de mora.

Portanto, com relação à correção monetária e juros de mora, correta a sentença de piso ao determinar a aplicação da **Lei nº 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),** devendo haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **CONHECER A APELAÇÃO**, **REJEITANDO A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR SUPOSTO JULGAMENTO *ULTRA PETITA*** e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, confirmando a sentença em todos seus termos, por estes e por seus próprios fundamentos.

*****

TJBA – Mandado de Segurança nº 0021157-63.2013.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Desª. Lisbete Mª Teixeira Almeida Cezar Santos, julgado em 15.05.2014.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO REJEITADA. ENTREGA DE EXAMES MÉDICOS. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO EXAME TOXICOLÓGICO. JUSTA CAUSA – AUSÊNCIA DE PREJUIZO PARA A ADMINISTRAÇÃO E DEMAIS CONVOCADOS – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. MÉRITO DA DEMANDA APRECIADO PELO COLEGIADO.

A Administração Pública ao elaborar a norma editalícia, confere ao Secretário de Administração do Estado da Bahia amplo poder para promover o concurso em questão, até a sua homologação, como também previsto no item 18.30 do edital: "O prazo de validade do concurso público será de 1 (um) ano, contado da data da homologação, podendo, antes de esgotado, ser prorrogado uma vez, por igual período, a critério da Administração, por ato expresso do Secretário da Administração do Estado da Bahia e do Delegado Geral da Polícia Civil do Estado da Bahia." Não pode, agora, querer limitar tal competência quando não o fez originariamente.

Fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a eliminação de candidato em concurso público, que, por justa causa, ou melhor dizendo, por circunstâncias alheias à sua vontade – extravio de bagagem no aeroporto de Salvador – não promove a entrega de um único exame – toxicológico – exame de alta complexidade, mormente se, posteriormente, demonstrou, por novo exame, estar apto para prosseguimento no certame.

O excesso de preciosismo da Administração no caso concreto atenta contra a própria finalidade de toda e qualquer atividade administrativa que é o interesse público. E assim o é, pois, o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuando fora desses padrões, contamina o comportamento estatal. Ainda que não houvesse entregue a totalidade dos exames no momento determinado para tanto, a sua eliminação sumária, isto é, sem lhe ter sido oportunizado apresentar o exame faltante em momento posterior, não se mostra razoável, na medida em que apresentada razões plenamente justificáveis para o ocorrido.

Julgado o mérito da ação mandamental, a decisão impugnada foi substituída pelo julgamento do colegiado, restando prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Mandado de Segurança nº 0021157-63.2013.8.05.0000, sendo Impetrante Samuel Bruno Paz e Impetrado o Secretário de Administração do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, integrando ao presente Acórdão o relatório e o voto que o acompanhavam, por unanimidade de sua Turma Julgadora, rejeitadas as preliminares, em conceder a segurança e julgar prejudicado o agravo regimental, nos moldes do voto da Relatora, que segue.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Samuel Bruno Paz contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia que o eliminou do concurso público para ingresso na carreira de Delegado da Polícia Civil (Edital de Abertura SAEB 01/2013) por entender que o Impetrante descumpriu o subitem 2.3 do edital de convocação para os exames biomédicos, uma vez que não entregou o exame toxicológico.

Por petição de fl.132, requereu o aditamento da inicial, para incluir no rol de pedidos que lhe seja assegurado o direito de nomeação e posse, após cumprimento das fases seguintes a de exames biomédicos (exame psicotécnico, curso de formação, etc.), ao tempo em que também requereu a inclusão no polo passivo da demanda o Governador do Estado da Bahia.

Sustentou o Impetrante, em suma, que foi aprovado nas provas objetiva, discursiva e no teste de aptidão física no concurso público supra referido e haver apresentado a totalidade das certidões exigidas, realizando todos os exames solicitados, como previsto no edital. Entretanto, como reside em Recife, viajou para Salvador no dia 23/08/2013 (doc. Junto) para proceder à entrega dos exames biomédicos, os quais deveriam ser apresentados no dia 25/08/2013. Ocorre que, ao chegar em Salvador, já no aeroporto, teve todos os seus exames, juntamente com sua bagagem, extraviados, ao tempo em que comunicou tal fato aos prepostos da companhia área, mas nada foi encontrado.

Aduz que, imediatamente, comunicou a perda/extravio da pasta e dos documentos nela contidos e prestou queixa no Posto da Polícia do Aeroporto Internacional Luis Eduardo Magalhães, gerando o Boletim de Ocorrência (doc.7), acrescentando que, dentro da pasta havia outros exames os quais, também deveriam ser apresentados mas, em contato com os laboratórios onde realizou esses exames conseguiu uma segunda via, à exceção do exame toxicológico.

Afirma que, ainda assim, comunicou a situação do extravio dos seus exames à Junta Médica, procedendo à entrega dos demais exames e se submeteu a avaliação médica, sendo que o resultado do exame saiu publicado com quase trinta dias de atraso sendo ele eliminado do certame, sob a alegação de que não entregou o exame toxicológico.

Aponta que, chegando à Recife solicitou, de imediato, a segunda via do exame junto ao laboratório, mas este informou que não seria possível, pois o exame é realizado nos Estados Unidos, não ficando armazenado, mas, afirma que o exame foi realizado, conforme demonstra comprovante expedido pelo Laboratório Psychemedics Brasil, localizado em Campina Grande –PB (doc.11).

Diante dessa impossibilidade, refez o exame no Laboratório Ômega, localizado em sua cidade, João Pessoa, "... com coleta em 28/08/2013 e realização no dia 10/09/2013, com janela de detecção de 365 dias, isto é, muito mais ampla do que a exigida pelo edital do Concurso Público, que exige o mínimo de 180 dias, dando resultado NEGATIVO para todas as drogas e substâncias ilícitas", pelo que, formulou Recurso Administrativo (doc. 13 a 13-A), e, ainda assim, seu nome não constou na lista final de candidatos aptos para a próxima fase do concurso (exame psicotécnico), divulgado no Diário Oficial do Estado da Bahia do dia 24/10/2013 (doc. 14 a 14-T), permanecendo como eliminado, para sua surpresa e enorme tristeza.

Requereu a concessão de liminar para que seja, imediatamente, reintegrado no certame, com a consequente participação nas demais etapas do concurso em questão.

Posteriormente, em razão da petição do Impetrante de fl.132, onde requereu a emenda à inicial para incluir no polo passivo da demanda o Governador do Estado da Bahia como autoridade coatora, essa relatoria, através do despacho de fl. determinou o envio dos autos ao SECOMGE, para que se promovesse uma nova distribuição.

Distribuído os autos à Relatoria da Desª Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel foi proferida a decisão de fls. 131/133 e, posteriormente, o Governador do Estado da Bahia (fls. 143/145) prestou as informações e o Estado da Bahia promoveu a sua intervenção no feito (149/154).

Manifestando-se nos autos (fls.157/161) a Douta Procuradoria de Justiça pugnou pela regularização do feito com a numeração correta dos autos e posterior remessa ao SECOMGE, para redistribuição à uma das Seções Cíveis, eis que deixou de ser observada a petição do Impetrante requerendo a desconsideração de emenda à inicial, onde havia requerido a inclusão no polo passivo da ação do Governador do Estado da Bahia.

Acolhendo esse pronunciamento, a então Relatora Desª Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel (fl.167), acolheu o pronunciamento da Douta Procuradoria de Justiça"... *determinando a remessa dos autos ao SECOMGE, para posterior encaminhamento à Seção Cível de Direito Público e remessa à Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida Cezar Santos, tendo em vista a necessidade de apreciação da petição de fl.(sem número), que requereu"(...) a desconsideração do pedido de emenda à inicial(...)", para inclusão do Governador do Estado da Bahia no polo passivo da demanda, protocolizado pelo Impetrante, ao tempo em que sua Excelência figurava como Relatora do processo*".

Cumprindo a referida decisão, o SECOMGE, por prevenção, remeteu os autos à minha Relatoria.

Examinados os autos proferi a decisão de fls. 181/183v concedendo a liminar pleiteada pelo Impetrante, ao tempo em que determinei a remessa dos autos ao Ministério Público.

Às fls. 186/197, a Douta Procuradoria de Justiça se manifestou no sentido de conceder a segurança.

Contra a decisão de fls 181/183v, o Estado da Bahia interpôs Agravo regimental (fls.199/204).

É o relatório.

VOTO

De plano, julga-se prejudicado o Agravo Regimental interposto pelo Estado da Bahia, face o julgamento do presente Mandado de segurança.

De logo, cabe a análise das preliminares suscitadas, qual seja ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora e, como consequência incompetência deste egrégio Tribunal.

Sem razão o Estado da Bahia, vez que, o Edital do concurso prevê que será executado pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB), juntamente com a Secretaria da Administração do Estado da Bahia (SAEB) e a Polícia Civil do Estado da Bahia (PC/BA), conforme consta das disposições preliminares do edital, item 1.1, à fl.34.

Percebe-se que pela leitura do quanto transcrito acima, a Administração Pública ao elaborar a norma editalícia, confere ao Secretário de Administração do Estado da Bahia amplo poder para promover o concurso em questão, até a sua homologação, como também previsto no item 18.30: "O prazo de validade do concurso público será de 1 (um) ano, contado da data da homologação, podendo, antes de esgotado, ser prorrogado uma vez, por igual período, a critério da Administração, por ato expresso do Secretário da Administração do Estado da Bahia e do Delegado Geral da Polícia Civil do Estado da Bahia." Não pode, agora, querer limitar tal competência quando não o fez originariamente.

Preliminar rejeitada.

Como consequência lógica, figurando o Secretário de Administração no polo passivo da demanda, por ser parte legítima, o órgão fracionário deste E. Tribunal de Justiça torna-se competente para processar e julgar o presente writ, por imposição da Constituição Estadual, art.123, inciso I, alínea "b" c/c art.94. inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Assim, rejeita-se a preliminar em questão.

No mérito, constitui o Mandado de Segurança remédio constitucional capaz de resguardar direito líquido e certo do impetrante, não amparado por habeas corpus ou habeas data, em decorrência de lesão ou ameaça perpetuada por ato de autoridade, comissivo ou omissivo.

Na hipótese em tela, evidencia-se o atendimento aos requisitos do *mandamus*, porquanto foi o impetrante obstado a prosseguir nas demais etapas do concurso, sendo eliminado, depois de ter sido aprovado nas provas objetiva, discursiva e no teste de aptidão física.

Ocorre que, como já se ressalvou na decisão anteriormente proferida (fls.181/183v), o Impetrante demonstrou a relevância da fundamentação da matéria fática alegada, pois se desincumbiu de instruir a ação mandamental com cópia de todos os documentos pertinentes às suas argumentações, ou seja, todos os seus exames se encontravam em seu poder conforme exigido no edital, e que este foram extraviados no aeroporto de Salvador, eis que domiciliado na cidade de Recife.

Ainda assim, mesmo comunicando tal fato à Junta Médica e entregando os exames no ato da avaliação, foi eliminado do certame sob a alegação de que não entregou o exame toxicológico.

A convocação para os exames biomédicos se daria no dia 12.08.2013 (fl.18), tendo como data limite para entrega dos resultados do exame toxicológico o dia 24.08.2013 e, o que se percebe, é que o impetrante providenciou a sua realização com antecedência, em 29.06.2013 (fl.101 – doc.11), bem antes da convocação realizada pela comissão organizadora, em 12.08.2013.

Ora, há prova inequívoca de que o exame toxicológico foi efetivamente feito e já estava em poder do Impetrante juntamente com os demais exames, dentro do prazo do Edital, tendo ocorrido o inadimplemento no que diz respeito ao exame toxicológico por motivos alheios à sua vontade, e mais, provou com novos exames que se encontrava apto para a seleção, pois o resultado do exame toxicológico foi negativo, com janela de detecção de 365 dias, ou seja, nenhum indício de qualquer burla ao certame.

Assim, "*...ainda que não houvesse entregue a totalidade dos exames no momento determinado para tanto, a sua eliminação sumária, isto é, sem lhe ter sido oportunizado apresentar os exames supostamente faltantes em momento posterior, não se mostra razoável, na medida em que faltante apenas um dos exames do rol de vinte e sete exames solicitados, como se vê do item 11.12.1 do edital SAEB/01/2013, encartado às fls. 34/70 deste in folio*" (decisão fl.183).

Ademais, poderia ser solicitado os exames complementares, como se vê do item 11.5, juntamente com o item 11.12.1 do Edital SAEB/01/2013, em pesquisa no sítio: "O candidato submetido aos exames biomédicos deverá apresentar à Junta Médica do CESPE/UnB os exames laboratoriais e complementares, previstos no subitem 11.12 deste edital. A Junta Médica do CESPE/UnB poderá solicitar, ainda, a realização de outros exames laboratoriais e complementares, além dos previstos, para fins de elucidação diagnóstica".

A sua eliminação do certame afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não aceitando exame apresentado posteriormente pelo candidato, vez que o próprio Edital admite exames complementares.

Ressalto, que o excesso de preciosismo da Administração no caso concreto, atenta contra a própria finalidade de toda e qualquer atividade administrativa que é o interesse público. E assim o é, pois, o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuando fora desses padrões, contamina o comportamento estatal.

Em nenhum momento, o laudo dos exames considerou o candidato incapacitado, poderia, dentro da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, solicitar o exame faltante para fins de atendimento ao edital, pois a regra da vinculação ao edital do Concurso Público não é absoluta, podendo ser analisada também sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade.

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 Impetrante do certame, não levou em conta o fato de já haver sido aprovado em todas as etapas anteriores, vulnerando, assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mormente por tal fato não haver acarretado qualquer prejuízo à Administração Pública, tampouco aos demais candidatos, não existindo, portanto, razão para que dele decorresse a exclusão do ora Impetrante do certame.

Sobre o tema, refere-se a doutrina:

> "A razoabilidade, agindo como um limite à discrição 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 discrição 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).

E a jurisprudência não discrepa:

"Direito Processual Civil. Agravo De Instrumento. Mandado De Segurança. Concurso Público. Exame Laboratorial. Entrega Extemporânea. Culpa De Terceiro. Princípio Da Proporcionalidade E Razoabilidade. 1. A Administração Pública Sujeita-se Aos Princípios Constitucionais Da Proporcionalidade E Razoabilidade. 2. Não Se Revela Razoável E Proporcional Valorizar Com Rigor O Descumprimento Involuntário De Um Único Prazo, Em Detrimento Do Conhecimento Técnico Comprovado Pelo Candidato Nas Primeiras Fases Do Certame, Porquanto O Interesse Público Que Recai Na Seleção De Candidato Tecnicamente Habilitado Revela-se Superior Ao Rigor De Prazos Descumpridos Por Culpa Exclusiva De Terceiros. 3. Agravo De Instrumento Conhecido E Provido." (tj-df – Agi: 20130020115665 Df 0012397-71.2013.8.07.0000, Relator: Simone Lucindo, Data De Julgamento: 15/08/2013, 1ª Turma Cível, Data De Publicação: Publicado No Dje : 22/08/2013 . Pág.: 68).

"Agravo De Instrumento – Concurso Público – Praça Bombeiro Militar Combatente Do Corpo De Bombeiros Militar Do Distrito Federal – Resultado De Exame Médico Entregue Equivocadamente – Razoabilidade – Verossimilhança Das Alegações. 1. Há Verossimilhança Nas Alegações Do Agravante Que, No Momento Da Entrega Dos Exames Laboratoriais, Apresenta, Equivocadamente, Um Dos Exames Por Erro A Que Não Deu Causa, Tendo, Logo Em Seguida, Apresentado O Exame Correto. 2. Não É Razoável A Eliminação Do Certame De Candidato Saudável, Que Apresentou O Resultado Do Exame Laboratorial Juntamente Com O Recurso Administrativo Interposto. 3. Deu-se Provimento Ao Agravo De Instrumento." (tj-df – Ai: 50432920128070000 Df 0005043-29.2012.807.0000, Relator: Sérgio Rocha, Data De Julgamento: 30/05/2012, 2ª Turma Cível, Data De Publicação: 01/06/2012, Dj-e Pág. 102) (grifei)

"apelação Cível. Reexame Necessário. Administrativo. Concurso Para Preenchimento De Vagas No Cargo De Praça Bombeiro Militar. Permanência No Certame E Curso De Formação. Entrega De Exames Em Fase De Recurso. Possibilidade. Principio Da Razoabilidade. Verbas Honorárias Devidas. Quantum Razoável Ao Labor Desempenhado. 1. Não É Razoável Que O Certamista, Já Aprovado Nas Demais Fases Do Concurso, Seja Impedido De Nele Prosseguir Em Virtude De Falha Externa Ao Seu Comportamento, Culminando Na Determinação De Flexibilidade Da Exigência E Não A Exclusão Do Concurso. 2. A Regra Da Vinculação Ao Edital Do Concurso Público Não É Absoluta, Devendo Ser Analisada Também Sob O Prisma Da Razoabilidade E Proporcionalidade. 3. Sopesando O Labor Desempenhado Pelo Patrono Do Autor, O Tempo Em Que Foi Responsável Pela Defesa E Regular Andamento Do Processo, Mostra-se Razoável A O Quantum Fixado A Título De Verba Honorária Advocatícia. 5. Remessa Oficial E Apelação Cível Interposta Pelo Autor Conhecidas E Não Providas. Sentença Mantida." (TJ-DF - APC: 20120110180996 DF 0001261-57.2012.8.07.0018, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 21/08/2013, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/08/2013 . Pág.: 144) (grifei)

Como bem apontado pelo *Parquet*, à fl.194, "*...a apresentação de documentos a posteriori não constitui ilegalidade, desde que o atraso tenha ocorrido por justa causa, como ocorreu no caso em estudo*".

Nesses termos, tratando-se de concurso para desenvolver a atividade de Delegado de Polícia, exigível se apresenta que o candidato goze de saúde e de outras condições para o ingresso no serviço público, e que possibilite a atender adequadamente a finalidade do concurso, e, por fim, o interesse público apresentado no certame.

Destaca-se que não haverá afronta aos requisitos exigidos para a admissão em concurso público ou ao edital do certame, ou mesmo princípios outros – constitucionais e administrativos –, pela simples razão de se tratar de situação excepcional.

Logo, não é outra a conclusão senão a de que o ato administrativo em apreço carece de proporcionalidade, uma vez que inexistiu prejuízo à Administração, bem como foi atingido o objetivo da avaliação médica.

Pelo exposto, rejeito as preliminares suscitadas, concedo a segurança e julgo prejudicado o agravo regimental, a fim de que o Impetrante prossiga nas demais etapas do referido certame.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0071214-68.2002.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 24.08.2012.

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA REJEITADOS. PRELIMINAR DE CERCEIO DE DEFESA REJEITADA. NÃO OPORTUNIZADO AO RECORRENTE MANIFESTAR-SE ACERCA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. NÃO SE DECLARA NULIDADE QUANDO INOCORRENTE PREJUÍZO (*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*), AINDA MAIS EM SE TRATANDO DE UM PROCESSO INSTAURADO HÁ MAIS DE 10 (DEZ) ANOS, IMPONDO-SE ASSEGURAR OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO, DA PONDERAÇÃO E DA RAZOABILIDADE. DOCUMENTOS CONSTANTES DA DEMANDA (DUPLICATAS, NOTAS FISCAIS ETC.) SUFICIENTES PARA INSTRUIR O PROCEDIMENTO MONITÓRIO, REVELANDO A EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO. CONFISSÃO DA APELANTE ACERCA DA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO CAUSAL E DA ENTREGA DOS PRODUTOS NEGOCIADOS. VEDADO NO PRESENTE APELO O EXAME DA ALEGAÇÃO DE PREJUÍZOS OCASIONADOS POR DEFEITO DO PRODUTO ADQUIRIDO, E SUPOSTO ARQUIVAMENTO INDEVIDO DE DEMANDAS, OS QUAIS DEVEM SER APRECIADOS EM AÇÕES E RECURSOS APROPRIADOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0071214-68.2002.8.05.0001, de Salvador, sendo Apelante MANUEL VEIGA PELETEIRO FILHO e Apelada MTU DO BRASIL LTDA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO à Apelação, nos termos do relatório e voto da Relatora.

VOTO

Como visto, a sentença recorrida julgou improcedentes os embargos opostos, determinando o prosseguimento da Ação Monitória proposta por **Mtu do Brasil Ltda.** contra **Manuel Veiga Peleteiro Filho**.

De logo, cumpre observar a inexistência do alegado cerceio de defesa, por falta de intimação do embargado acerca dos embargos de declaração opostos com efeito modificativo, contra a decisão de fl. 134, tendo em vista que, no caso sob exame, tal falha não acarretou prejuízo à defesa.

O apelante alega que deixou de ser intimado para manifestar-se acerca dos embargos de declaração, porém não aponta qual prejuízo lhe causou esta falha, não apresentando qualquer argumento que pudesse alterar o resultado do julgamento dos embargos. Ora, com ou sem manifestação do embargado, certo é que o acolhimento dos embargos declaratórios permaneceria. Ressalte-se que a decisão de fl. 134 estava eivada de vício de nulidade absoluta, podendo ser revogada até mesmo de ofício e em qualquer grau de jurisdição, visto que determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito, por abandono, sem que antes fosse procedida a intimação pessoal da parte, em clara violação ao § 1º do art. 267 do CPC.

Impõe-se destacar que não se declara nulidade quando inocorrente prejuízo (*pas de nullité sans grief*), não se justificando a anulação, ainda mais em se tratando de um processo instaurado há mais de 10 (dez) anos, impondo-se assegurar os princípios da efetividade do processo, da ponderação e da razoabilidade. Neste sentido, confira-se:

*PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVIABILIDADE. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 1. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre o disposto nos arts. 7º, 8º e 248 do Código de Processo Civil e no art. 3º do Código Civil, referente à capacidade processual do agravado. 2. Nem mesmo no julgamento dos aclaratórios se observa uma análise profunda dos indigitados normativos. Isso porque, para o Tribunal de origem, as teses vinculadas à capacidade processual revestiam-se de inovação recursal, a desvirtuar a função integrativa dos embargos de declaração. 3. A jurisprudência do STJ reconhece que não há de ser declarada qualquer nulidade se ausente efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 35.837/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/4/2012, DJe 26/4/2012)*

Rejeita-se, pois, a prefacial de nulidade do processo.

No mérito, continua sem razão a recorrente.

Prevê o art. 1.102-A que "*a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel*".

A prova escrita necessária ao procedimento monitório, embora desprovida de eficácia absoluta para execução, deve ser suficiente para que se possa deduzir a presunção de existência de um direito de crédito líquido, certo e exigível, bastante para o conhecimento da ação.

Neste sentido, confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA DOCUMENTAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÁBEIS. NOTAS FISCAIS. COMPROVANTE DO SERVIÇO PRESTADO.ADMISSIBILIDADE. TÍTULO HÁBIL. 1. "Uma das características marcantes da ação monitória é o baixo formalismo predominante na aceitação dos mais pitorescos meios documentais, inclusive daqueles que seriam naturalmente descartados em outros procedimentos. O que interessa, na monitória, é a possibilidade de formação da convicção do julgador a respeito de um crédito, e não a adequação formal da prova apresentada a um modelo pré-definido, modelo este muitas vezes adotado mais pela tradição judiciária do que por exigência legal" (REsp 1.025.377/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 4/8/2009). 2. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, o contrato bilateral e a nota fiscal (ou recibo), acompanhados da prova da efetiva contraprestação do serviço avençado (como o comprovante de prestação do serviço), são hábeis a instruir ação monitória. 3. Agravo regimental a que se nega provimento".(AgRg no Ag 732.004/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009)*
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO. AÇÃO MONITÓRIA. INSTRUÇÃO COM DUPLICATA SEM ACEITE, NOTAS FISCAIS E COMPROVANTES DE ENTREGA DE MERCADORIAS. DOCUMENTAÇÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. NULIDADE DO JULGAMENTO AFASTADA. I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que se manifesta, suficientemente, sobre a documentação que instrui a inicial de ação monitória, identificando na presença de duplicata sem aceite, acompanhada de notas fiscais de venda de mercadorias e comprovantes de entrega, elementos bastantes para a propositura da cobrança pela referida via. II. Ofensa aos arts. 458, II, e 535 do CPC não configurada. III. Dissídio inservível, por ausência de confronto analítico e inespecificidade da tese. IV. Recurso especial não conhecido." (REsp 512.960/MT, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 17/11/2008)*
>
> *"I – O documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação. II - Assentando o*

> *Tribunal de origem estar a duplicata despida de força executiva por ausência de aceite, é ela documento hábil à instrução do procedimento monitório. III - Recurso não conhecido." (REsp 204.894/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/2/2001, DJ 2/4/2001, p. 287)*
>
> *"A lei e, às vezes, o próprio teor das disposições contratuais fazem presumir que certas formas escritas, embora não contendo assinatura do devedor, revelem certeza e liquidez processuais da obrigação. A duplicata mercantil sem aceite só tem executividade quando há prova do contrato e do recebimento da mercadoria; mas, na pressuposição de que ela nunca se expede sem que haja negócio comercial, sua emissão faz considerar-se a existência da dívida em dado momento, embora falte ao título a executividade. As contas expedidas pelas empresas de água, luz e telefone, os saldos bancários, com prova do contrato do correntista, são também, exemplificadamente, formas hábeis de se presumir, em um primeiro momento, a existência da dívida e permitir a instauração do procedimento monitório." (Emane Fidelis dos Santos, em Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro, 1996 - p. 41-Ed. DeIRey).*

Insta frisar que cabe à parte embargante desconstituir a força monitória dos documentos, sob pena de presumir-se serem eles a expressão da verdade. Traga-se à colação, os seguinte ensinamentos:

> *"Os princípios do ônus da prova são subsidiários e deles o Juiz lança mão para decidir apenas quando os elementos dos autos não permitem se alcance a verdade real ou o juízo de extrema probabilidade. Neste caso, nada impede que o Juiz, para cada fato, isoladamente, faça funcionar o raciocínio em busca da conclusão daquilo que, em frente ao fato, é mais provável ou mais comum. Tal sistema é perfeitamente válido, pois, se quem tem o ônus de provar já é beneficiado pelo critério de maior probabilidade com segura prova indiciária, apenas prova contrária poderá afastar o Juízo que conduz o julgador à verdade processual e, neste caso, à outra parte é que incumbe destruir a presunção. Na realidade, tal entendimento não destoa do princípio, segundo o qual quem alega deve provar, e substitui, perfeitamente, o critério da normalidade, pois, valendo-se do juízo de maior probabilidade, em razão de segura prova indiciária, já que se trata de atingir a verdade processual, se não houver outras provas, por ele será beneficiado aquele que afirmar ou negar o fato, se o indício lhe favorece. " (ADCOAS, ano 1988, verbete n. 117.132).*

No caso sob exame, a ação injuntiva assenta-se em cobrança de dívida inadimplida no valor de R$ 21.170,02 (vinte e um mil, cento e setenta reais e dois centavos), decorrente de contrato de compra e venda de motor e peças firmado entre as partes.

Os documentos que embasaram o pedido monitório são constituídos por duplicatas (fls. 12/21), notas fiscais (fls. 22/32), comprovantes de depósito (fls. 10/11) e acordo firmado entre as partes (fl. 09). Ora, sendo os referidos documentos prova escrita, contendo eles todas as informações previstas em lei, presume-se a veracidade dos mesmos, até porque não foram desconstituídos pela embargante.

Insta frisar que a própria apelante/embargante confessa a existência do negócio jurídico avençado entre as partes, bem como o recebimento dos produtos. Alega, apenas,

que os documentos anexos não são aptos a instruir a ação monitória, bem como que o motor adquirido apresentou defeito não sanado pelo vendedor, ocasionando-lhe prejuízos, os quais teriam sido alegados nas ações cautelar e ordinária que buscavam a sustação e cancelamento do protesto das duplicatas. Sustenta, ainda, que, por conexão, a presente ação monitória deveria estar apensada aos autos das citadas ações cautelar e ordinária.

Ora, não merecem prosperar as alegações do apelante, sendo os documentos constantes da demanda suficientes para instruir o procedimento monitório, revelando plenamente a existência da obrigação.

A regra do art. 333, II, do CPC, impõe ao réu o ônus da prova *"quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor"*. Ora, caberia à embargante provar de modo escorreito a inexistência do débito cobrado, mas, no caso, ela própria confessa a existência da relação comercial que deu origem às duplicatas e notas fiscais em apreço e o recebimento das mercadorias. A recorrente, exponha-se, não trouxe aos autos qualquer prova da sua desvinculação a tais documentos, limitando-se a alegar a negativa de pagamento do débito, porque teria sofrido prejuízos ocasionados pelo alegado defeito do motor e demora do seu conserto, questões estas que, como bem destacado pelo juízo *a quo*, devem ser arguidas e apreciadas em ações próprias, a exemplo das demandas que foram arquivadas no ano de 2006, sem apreciação do mérito.

As alegações de que as demandas foram incorretamente arquivadas, da mesma forma, devem ser objeto de recurso próprio, sendo vedado o seu exame no presente apelo.

O pretendido apensamento da ação monitória com as aludidas ações cautelar e ordinária revela-se totalmente desfundamentado, já que arquivadas desde 2006 as demandas reputadas conexas.

Destarte, não trouxe a apelante argumentos ou prova documental capazes de desconstituir a documentação que instrui a monitória, não convencendo a tentativa de elidir a presunção de certeza que emana dos documentos trazidos pela embargada/apelada.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR** e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** à Apelação, mantendo a sentença recorrida por estes e por seus próprios fundamentos.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0015461-46.2013.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 10.12.2013.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO – REAVALIAÇÃO DO BEM – POSSIBILIDADE – MITIGAÇÃO DA COISA JULGADA – PROTEÇÃO DO DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

É cabível a relativização da coisa julgada, a fim de se determinar a realização de uma nova avaliação pericial do bem desapropriado, quando esta for a única forma de realizar o comando constitucional da justa indenização. Precedente do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0015461-46.2013.8.05.0000, da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em que é Agravante a Superintendência de Desenvolvimento Industrial e Comercial – SUDIC, e Agravado Demades Xavier Barreto de Araújo.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em negar provimento ao recurso, e o fazem de acordo com o voto do seu Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a decisão interlocutória proferida nos autos de ação de desapropriação, que deferiu o pedido de realização de nova avaliação do imóvel desapropriado.

Em suas razões recursais, fls. 04/10, a agravante sustenta, em síntese, a consumação da preclusão do direito, face a existência de sentença transitada em julgado, sendo definitivo o valor da indenização.

Por tais fundamentos, pugna pelo provimento do agravo.

Decisão prolatada, fl. 46/47, concedendo efeito suspensivo.

Contrarrazões apresentadas, fls. 50/54.

Informações não apresentadas pelo Magistrado singular.

Conclusos, pedi inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Discute-se nos presentes autos a possibilidade de realização de nova avaliação do bem desapropriado, de forma a adequar o valor da indenização arbitrado em sentença já transitada em julgado.

Aduz a agravante a impossibilidade de reavaliação do bem desapropriado, em face da imutabilidade da coisa julgada material.

Como é sabido, transitada em julgado a sentença que arbitrou a indenização devida pelo Poder Público ao particular, não se admite a rediscussão sobre o valor do bem desapropriado, sob pena de ofensa ao art. 471, do CPC.

Contudo, importa esclarecer que, em situações excepcionais, os tribunais pátrios admitem a mitigação da coisa julgada a fim de proteger o direito do particular de ser indenização de forma justa, em respeito à determinação contida no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

> *"a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;"*

Nesse sentido:

> "(...) A realização de uma nova avaliação pericial – dos bens objeto da desapropriação – em substituição da aplicação dos índices de correção monetária é possível quando esta for a única forma de realizar o comando constitucional da justa indenização. Precedentes: (RE 105.012-RN, Min. Rel. Néri da Silveira, DJ. 01.07.1988; RE. 93412/SC, Rel. Min. Clóvis Ramalhete, DJ. 04.05.1982; REsp 37085/SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 20.06.1994; REsp 439878/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 05.04.2004)" (STJ, 2ª T, REsp 906227/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 21/10/2010, grifei). (SIC)

Desta forma, ao compulsar os autos, observo que o caso concreto apresenta peculiaridades que justificam a relativização da coisa julgada, de modo a se rediscutir o "quantum" indenizatório através da reavaliação do bem desapropriado, em atenção ao disposto no art. 5º, XXIV, da CF/88.

Isto porque comprova-se que decorreram 36 (trinta e seis) anos desde a ocupação inicial e 15 (quinze) anos desde a avaliação judicial do imóvel desapropriado, o que torna evidente a defasagem do quantum indenizatório, cujo pagamento tem sido postergado pela agravante.

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. ARTIGOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. POSSIBILIDADE ANTE A EXCEPCIONALIDADE OCORRIDA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO EXARADO PELO STJ. SÚMULA 83/STJ.
> 1. A matéria inserta nos arts. 437, 438 e 439, parágrafo único, do Código de Processo Civil – CPC não foi debatida pelo acórdão hostilizado, de modo que não foi atendido o requisito inarredável do prequestionamento. Incidência, na espécie, da Súmula n. 282/STF.
> 2. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido da possibilidade de elaboração de nova perícia, em casos excepcionais, como quando o lapso temporal transcorrido entre a data da avaliação e o seu pagamento seja demasiado o suficiente a não demonstrar a justa indenização, que é justamente o caso dos autos, conforme relatado no acórdão recorrido. Precedentes: REsp 906.227/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 05/11/2010; Resp 592.736/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 10/10/2005.
> 3. Dessarte, o acórdão do Tribunal *a quo* guarda perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, incidindo, no presente caso, o enunciado da Súmula 83/STJ, in verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."
> 4. Agravo regimental não provido.
> AgRg no AREsp 83804 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0275812-0, Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES, Órgão Julgador T1 – PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 12/04/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 19/04/2012."

Ademais, a prerrogativa prevista no art. 437, do CPC, confere ao Juiz, como destinatário da prova, decidir sobre a necessidade da prova pericial, não conduzindo, *in casu*, em violação a coisa julgada.

Diante de tais conclusões, em consonância com o entendimento o Magistrado primevo, entendo que a simples atualização do quantum indenizatório não é capaz de concretizar o direito consagrado no art. 5º, inciso XXIV, da CF/88, sendo necessária, para tanto, a realização de nova avaliação do bem desapropriado, até mesmo para evitar enriquecimento ilícito da agravante.

Pelas razões expendidas, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0001747-59.2010.8.05.0150, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 09.06.2014.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO VERBAL NÃO PROVADO. PEDIDO IMPROCEDENTE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR AS DESPESAS DO PROCESSO. SUSPENSÃO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR PELO ASSISTIDO. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0001747-59.2010.8.05.0150, de Lauro de Freitas, em que figura como Apelante Afonso Celso da Rocha Passos Dantas e Apelada Ana Maria Santos Reis.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do relatório e voto da Relatora.

VOTO

No caso – observa bem o julgador de primeiro grau –, a controvérsia gira em torno do seguinte: "**qual fato originou a ocupação da requerida no bem imóvel, objeto da lide**." (grifos originais); se em razão de um contrato verbal de comodato, como alegado pelo autor/recorrente; se em decorrência de uma sociedade de fato que a ré/recorrida teria mantido com o genitor do autor, por mais de trinta anos, como por esta afirmado.

De certo, em se tratando de comodato verbal, a prova de sua existência é imprescindível para o sucesso da ação possessória proposta. E essa prova incumbe ao autor, posto que fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Bem examinados os autos, confere-se que o próprio autor/recorrente não é preciso quanto ao começo do alegado comodato. Se teria se iniciado quando ainda vivo seu pai (petição inicial) ou se a ré teria se apossado "*da casa depois do falecimento do seu pai.*" (depoimento pessoal, fls. 129).

Por outro lado, as testemunhas do autor não confirmam a existência do comodato. Genival Conceição do Santos diz, sem mais nada acrescentar nesse sentido, que teria havido um empréstimo do imóvel feito pelo pai do autor/recorrente (fls. 152), enquanto que Ada Vilma Assunção Silva (fls. 153) nada sabe informar sobre esse alegado comodato verbal.

Enquanto isso, as testemunhas arroladas pela ré/recorrida noticiam que ela residia no imóvel devido a uma convivência que manteve por muitos anos com o pai do autor e que, com a morte deste, continuou ali residindo.

Com isso, não restou provado o alegado comodato verbal, razão pela qual a ação havia de ser, como foi, julgada improcedente. E vencido na ação que propôs, pelo princípio da sucumbência, o autor/recorrente deve ser condenado a pagar as despesas do processo.

Entretanto, a parte beneficiada pela isenção do pagamento das despesas do processo, como na hipótese sob julgamento, só ficará obrigada a pagá-las se tiver condições de assim fazer sem prejuízo do sustento próprio ou da família. E mais, essa obrigação, por força do que dispõe o art. 12 da Lei nº 1.060, de 5.2.50, ficará prescrita se, dentro de cinco anos, o assistido não puder satisfazê-la.

Por tudo isso, não merece censura a sentença recorrida.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo, mantida a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0008838-49.2012.8.05.0113, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 31.03.2014.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO, NULIDADE DO PROCESSO E ILEGITIMIDADE ATIVA, REJEITADAS. CONTRATO VERBAL DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (GALPÃO). CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CORROBORA AS ALEGAÇÕES DA AUTORA – INJUSTIFICADO INADIMPLEMENTO DO ACIONADO NO TOCANTE À PARCELA REMANESCENTE (R$ 32.000,00). NÃO CONFIGURADA, IN CASU, A TESE DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍCIO NA DOCUMENTAÇÃO RELATIVA AO IMÓVEL. ACERTADA A ORDEM DE RESCISÃO CONTRATUAL E CONSEQUENTE DESOCUPAÇÃO DO BEM, COM A RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS QUITADAS E O PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º 0008838-49.2012.8.05.0113, de Itabuna, sendo apelante Ary Lima Alencar e apelada Ana Patrícia Pacheco Gurgel.

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 NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

RELATÓRIO

Como visto, trata-se de ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse julgada procedente, "*para, a um, DECLARAR rescindido o contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes, tendo por objeto o imóvel descrito na inicial, assinando ao réu o prazo de 15 dias para desocupação voluntária, sob pena de reintegração compulsória. A dois, condenar o réu a pagar à autora, a partir da citação, aluguel a ser fixado mediante liquidação por arbitramento, nos moldes do art. 475-C do CPC. A três, determinar, em razão da rescisão contratual ora reconhecida, que a parte autora devolva ao réu os valores recebidos, os quais deverão ser compensados com o valor dos aluguéis a serem recebidos, observando a incidência da correção monetária em ambos os casos pelo INPC (…) acrescido de juros de 1% ao mês a partir do recebimento de cada cheque, conforme documentação nos autos. De referência aos aluguéis, os mesmos serão corrigidos mensalmente pelos mesmos índices de correção monetária e taxas de juros fixados para a parte autora, a fluírem a partir da citação. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e os honorários deverão ser repartidos, a teor do art. 21 do CPC*".

Suscita o recorrente a carência de ação, por falta de interesse de agir, ao argumento de que a autora não seria detentora da posse do bem "*em nenhum momento anterior ao início da lide*". Não merece prosperar a suscitada prefacial. O interesse processual é caracterizado pelo atendimento de duas premissas: a utilidade e a necessidade do processo. A primeira (utilidade) está na demonstração de que o processo possui o condão de trazer benefícios e a segunda (necessidade) está na verificação de que o benefício que se busca só é possível de ser alcançado através do Poder Judiciário.

No caso sob exame, é evidente que a ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse objetiva o desfazimento do contrato de compra e venda de imóvel firmado entre as partes, com a consequente determinação de desocupação do bem e reintegração da posse, não havendo que se falar em ausência de interesse de agir, eis que a autora busca provimento judicial apto a garantir a proteção do direito alegado, pretensão possível de ser alcançada pela via judicial.

Destarte, a inicial se revela apta ao conhecimento do mérito da causa, nada havendo a justificar a extinção anômala do processo.

Afasta-se, portanto, a preliminar.

Impõe-se observar que o recorrente não aponta qualquer fato que justifique a alegação de cerceio de defesa. Na verdade, confunde tal prefacial de nulidade do processo com suposta nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional, visto que apenas alega omissão do julgador em examinar as "*razões trazidas em sede de defesa*" (fl.143), o que, frise-se, também não se vislumbra no caso em comento.

Com efeito, não padece de omissão a referida sentença, cuja farta fundamentação é mais que suficiente para o deslinde da demanda, nada importando - em face do artigo 535 do Código de Processo Civil - que o embargante discorde da motivação ou da solução dada pelo juízo *a quo*.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que o julgador deve apresentar as razões e a fundamentação da sua decisão, demonstrando de forma inequívoca o embasamento do seu convencimento, todavia, não está obrigado a responder e fazer referência de forma minuciosa às alegações das partes, como, equivocadamente pretende o apelante .

Portanto, rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença.

Ainda, ao contrário do que diz o recorrente, a prova documental e testemunhal constante dos autos revela que a autora firmou o contrato verbal de compra e venda em questão, sendo, pois, parte legítima para figurar no polo ativo da lide. Como bem observou o magistrado *a quo*, ao rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa, *"Na hipótese vertente, a Sra. Maria Donatila Rezende Pacheco, genitora da acionante, agiu em nome de sua filha numa espécie de mandato tácito com a finalidade única e exclusiva de recebimento das referidas cártulas, estas que, inclusive, nominais à requerente, conforme documentos de fls. 35/49, destinadas ao pagamento em parte do negócio entabulado".*

Observa-se dos autos que as partes, mediante contrato verbal, ajustaram o preço, forma de pagamento e de transferência do imóvel, o qual, à época da negociação, estava em nome de José Ferraz, de quem a autora/apelada adquiriu, consoante recibo de quitação (fl. 12), acertado que a escritura seria passada diretamente de José Ferraz para o acionado, a fim de evitar a lavratura de duas escrituras.

Não merece prosperar a tese do apelante de que teria deixado de pagar a quantia de R$ 32.000,00, ante o descumprimento da obrigação de transferir a titularidade do registro do imóvel por meio da competente escritura pública, mesmo porque, ao efetivar o negócio verbal, ainda que mediante confiança mútua das partes, não é crível que não tivesse conhecimento dos termos da escritura do imóvel, além do que, ao ser citado, o acionado tomou ciência da existência da documentação por ele reclamada para finalizar o negócio, certo que "*o contrato não se consumou por injustificável descumprimento do pacto assumido pelo réu*", conforme destacado na sentença.

Frise-se que a reintegração de posse é consequência lógica da rescisão do contrato, bem como que restou devidamente demonstrada a propriedade da autora, inclusive consoante recibo de quitação (fl.12), escritura pública de compra e venda do bem de fls. 14/15 e certidão de fls. 16/17, e, em nenhum momento contestada a posse pelo anterior proprietário, não logrando o acionado demonstrar o suposto vício na documentação acostada.

A fim de evitar repetições desnecessárias, impende adotar os fundamentos da irretocável sentença de fls. 110/118, que já discorreu exaustivamente acerca da questão:

> *"Vistos estes autos do pedido de rescisão de contrato c/c reintegração de posse, envolvendo as partes acima nominadas.*
> *Alega a autora que celebrou com o réu, verbalmente, contrato de promessa de compra e venda de um galpão situado na Av. José Soares Pinheiro, n°. 3389, Bairro Nova Itabuna, nesta, pelo valor de R$60.000,00, a ser pago da seguinte forma: R$28.000,00 (vinte e oito mil reais), através de 14 cheques no importe de R$2.000,00 (dois mil reais), cada, o primeiro com vencimento em 05.11.2004 e os demais no dia 05 dos meses subsequentes até 05.12.2005; O valor remanescente de R$32.000,00 seria pago trinta dias após o vencimento do último cheque. Acordes, de logo o réu imitiu-se na posse do referido imóvel.*

Entretanto, a despeito das diversas tentativas de recebimento da parcela remanescente, o demandado não honrou o compromisso assumido.
Daí, face ao alegado inadimplemento, adveio a o pedido de rescisão e consequentes pedidos de reintegração de posse e pagamento de alugueres.
No revide – fls. 25/33 –, o acionado apresentou defesa direta contra o processo e contra o mérito.
Na defesa contra o processo arguiu as seguintes preliminares: ***a)*** *Inépcia da inicial – ao argumento de padecer a inicial da causa de pedir;* ***b)*** *Ilegitimidade ativa ad causam – ante a alegação de inexistência de avença com a autora, porquanto "o recibo no valor de R$28.000,00 (vinte e oito mil reais), onde estão relacionados os 14 cheques no valor de R$2.000,00 (dois mil reais) cada um, quem se apresenta como proprietária do imóvel e recebedora dos valores descritos em cada ordem de pagamento é a Sra. Maria Donatila Rezende Pacheco, mãe da autora. Desta maneira, inexiste possibilidade da autora pleitear cobrança/reintegração de posse do que não era possuidora no momento da compra"; e* ***c)*** *Falta de requisito processual necessário à propositura da possessória – Sustenta a ausência dos requisitos do art. 927 do CPC, bem assim a falta da exata individualização da área objeto do litígio.*
No mérito, diz que "verdadeiramente firmou avença de compra e venda em questão, porém a autora deixa de informar a esse MM. Juizo, de forma maliciosa, e com má-fé, que a avença foi realizada por sua genitora e que a mesma deixou de cumprir a sua obrigação de transferir a titularidade do registro do imóvel, através da competente escritura".
Aduziu, ainda, que a época dos fatos nem a autora e nem a sua genitora eram proprietárias do imóvel em questão. A Escritura foi lavrada em 2008. Por não ter a propriedade, o negócio não pode ser concluído.
Insurgiu-se contra a cobrança dos alugueres reclamados. Disse da realização benfeitorias. Pediu o acolhimento das preliminares ou, se vencidas, a improcedência da ação e a retenção das benfeitorias.
Na impugnação à contestação – fls. 77/79 – buscou rechaçar as preliminares e, no mérito, sustentou a avença entre ela e o demandado; que não houve impugnação aos documentos agregados à exordial e que em 2008, a pedido do acionado, regularizou a documentação, uma vez que o pagamento remanescente seria feito mediante financiamento junto a Caixa Econômica Federal, mas tal não ocorreu. Reiterou o pedido de procedência.
Na audiência para fins do art. 331 do CPC, não houve acordo, conforme de se vê da ata de fls. 83.
Quando a instrução do processo, colheu-se o depoimento pessoal das partes. Não houve produção de prova oral. É o que consta da ata de fls. 90/92.
Em seguida vieram as alegações derradeiras, em cujas peças os contedores sustentaram suas respectivas versões.
Do necessário, é o relatório. Decido.
Inicialmente, passo a examinar as preliminares suscitadas, fazendo-o das seguinte forma: a) da preliminar de inépcia da inicial - não assiste razão ao contestante. É que incorrentes quaisquer das hipóteses do Parágrafo Único do art. 295 do CPC. De mais a mais, os fatos articulados pela autora proporcionaram ao réu a ampla defesa que efetivamente produziu;

b) <u>da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam</u> – do confronto da documentação de fls. 12/19 com as de fls. 34 usque 49, sem olvidar os depoimentos pessoais colhidos, estou plenamente convencido de que a relação de direito material se passou entre a autora e o acionado. Na hipótese vertente, a Sra. Maria Donatila Rezende Pacheco, genitora da acionante, agiu em nome de sua filha numa espécie de mandado tácito com a finalidade única e exclusiva de recebimento das referidas cártulas, estas que, inclusive, nominais à requerente, conforme documentos de fls. 35/49, destinadas ao pagamento em parte do negócio entabulado.

Destarte, por assim entender, inacolho a preliminar suscitada.

<u>c) da preliminar de falta do requisito processual necessários à propositura da possessória</u> – Não vejo ofensa ao art. 927 do CPC.

No mérito, trata-se de pedido de rescisão contratual sob a alegação de inadimplemento por parte do acionado. Este, em sua defesa, chama em seu socorro a exceção do contrato não cumprido.

Sopesando as alegações à luz da prova produzida, tenho que quando as tratativas as partes celebraram o negócio jurídico ora em discussão com base da boa fé, conforme se vê do depoimento de acionado, às fls. 92, abaixo transcrito:

*"Que conhece a genitora da parte autora e fez o negócio com base na confiança, esta recíproca" **(sic).***

Percebe-se com clareza palmar que essa boa fé se revelou no exato momento em que ambos, de forma verbal, convencionaram o preço, a forma de pagamento e a transferência da propriedade.

Ocorre, entretanto, e isto está consignado nos autos (excerto do depoimento da parte autora – fls. 90) que:

*… "A quantia remanescente de R$ 32.000,00 seria paga a após 30 dias contados do vencimento do primeiro **(leia-se o último)** cheque. Entretanto, fluido os trinta dias, foi receber a referida importância, sem êxito. Na ocasião o réu afirmou que iria de desfazer de um bem para efetuar o pagamento. E assim aconteceu sucessivamente. Todos os cheques foram pagos na data do vencimento. Quando da negociação, o imóvel da predita promessa de compra e venda estava em nome de José Ferraz, de quem a depoente havia adquirido, mediante recibo de quitação, este carreado aos autos às fls. 12. Quando na negociação ficou acertado de que a escritura seria passada diretamente de José Ferraz para o acionado, a fim de evitar a lavratura de duas escrituras. O tempo foi passando e a depoente não recebeu a importância remanescente, porquanto o demandado não conseguiu se desfazer de nenhum bem. Em data que não se recorda, pediu-lhe o acionado a escritura do imóvel lavrado em nome da depoente e entregue ao acionado para providências junto à Caixa Econômica Federal. A Caixa Econômica Federal, por sua vez, negou ao acionado o financiamento pretendido, pois o imóvel era comercial e não residencial, fato ocorrido em 2008, salvo engano. Em vista da negativa da Caixa, o acionado disse que não tinha condições de pagar o valor remanescente e que não iria desocupar imóvel" **(sic – grifei).***

O Acionado, por sua vez, quando do seu depoimento pessoal, afirmou:

*"Que nunca tentou fazer financiamento junto à Caixa Econômica Federal porque tinha e tem condições de pagar o restante do preço do imóvel desde que lhe seja apresentada a escritura. Que a Srª. Ana Patrícia, bem como sua genitora nunca apresentaram a documentação do terreno, obstando assim o pagamento remanescente" **(sic).***

E concluiu:

*"Que sua filha, entretanto, levou o documento do imóvel à Caixa, obtendo desta a informação de que o documento apresentado não tinha validade" **(sic).***

Gizada a lide nestes termos e por se tratar de um contrato verbal, tenho por aplicável à espécie o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum".

De igual modo, os art. 112 e 113 do Código Civil, consagrando a positivação do princípio da boa-fé, demonstram a importância da manifestação volitiva dos contratantes, notadamente no que diz respeito aos limites do pacto entabulado, em casos tais como o discutido nos presentes autos.

Dentro dessa esteira de entendimento, incontroverso é o contrato firmado entre os contendores, nas condições acima expostas.

Partindo de tal premissa, é perfeitamente crível, diante dos depoimentos colhidos e da prova documental residente nos autos, que o acionado alterou unilateralmente as condições pactuadas originariamente, ocasionando o inadimplemento, moldes a justificá-lo na exceção do contrato não cumprido.

Emerge dos autos que ainda que se admita essa exceção do contrato não cumprido, a mesma não pode prevalecer diante da realidade fática atual da contenda.

É que ao ser citado, o acionado ficou sabedor da existência da documentação por ele reclamada para finalizar o negócio, sem olvidar que anteriormente, como afirmado em seu depoimento de fls., aqui repetido, "que sua filha, entretanto, levou o documento do imóvel à Caixa, obtendo desta a informação de que o documento apresentado não tinha validade".

Tal informação se coaduna com as palavras da autora quando afirmado, também no seu predito depoimento, igualmente transcrito, que " Em data que não se recorda, pediu-lhe o acionado a escritura do imóvel lavrado em nome da depoente e entregue ao acionado para providências junto à Caixa Econômica Federal. A Caixa Econômica Federal, por sua vez, negou ao acionado o financiamento pretendido, pois o imóvel era comercial e não residencial, fato ocorrido em 2008, salvo engano".

A lógica firma presunção de que o contrato não se consumou por injustificável descumprimento do pacto assumido pelo réu.

Nesse contexto, entendo perfeitamente cabível a rescisão pretendida.

Reconhecido o direito à rescisão, entendo, pelos mesmos fundamentos acima expostos, cabível o pleito de pagamento de aluguéis em favor da parte autora.

De fato, como forma de repudiar o enriquecimento sem causa, não se revela razoável permitir que o acionado utilize do imóvel objeto do litígio sem a devida contraprestação, porém, não da forma reivindicada pela autora. Assim, embora devido o aluguel (cujo valor será fixado mediante liquidação por arbitramento), eis que sua exigibilidade exsurgiu com a citação, quando o acionado efetivamente foi constituído em mora.

Quanto ao direito de retenção, entendo que o réu não fez prova da edificação de benfeitorias necessárias e úteis com o consentimento da parte autora, de forma a ensejar a pretendida retenção.

***ISTO POSTO** e por tudo mais que dos autos consta, afastadas as preliminares suscitadas, ao tempo em que julgo com resolução de mérito PROCEDENTE EM PARTE a demanda para, a um, DECLARAR rescindido o contrato de promessa de compra e*

venda firmado entre as partes, tendo por objeto o imóvel descrito na inicial, assinando ao réu o prazo de 15 dias para desocupação voluntária, sob pena de reintegração compulsória. A dois, condenar o réu a pagar à autora, a partir da citação, aluguel a ser fixado mediante liquidação por arbitramento, nos moldes do art. 475-C do CPC. A três, determinar, em razão da rescisão contratual ora reconhecida, que a parte autora devolva ao réu os valores recebidos, os quais deverão ser compensados com o valor dos aluguéis a serem recebidos, observando a incidência da correção monetária em ambos os casos pelo INPC. Esclareço, de logo, que os valores recebidos pela autora através dos prefalados cheques deverão ser devolvidos pelo referido índice acrescido de juros de 1% ao mês a partir do recebimento de cada cheque, conforme documentação nos autos. De referência aos aluguéis, os mesmos serão corrigidos mensalmente pelos mesmos índices de correção monetária e taxas de juros fixados para a parte autora, a fluírem a partir da citação. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e os honorários deverão ser repartidos, a teor do art. 21 do CPC. Tenho por prejudicado o pedido de impugnação à assistência judiciária gratuita (Proc. n. 0011967-62.2012.805.0113, em apenso), em razão da presente decisão. Quanto ao pedido de impugnação ao valor da causa (Proc. n. 0011969-32.2012.805.0113), por entender que o valor atribuído pela autora é compatível com a natureza econômica do pedido formulado, não acolho a impugnação suscitada."

Por fim, a jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** é dominante *"em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum."* (REsp 662272/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 27/09/2007 p. 248).

Do exposto, **REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a sentença, por estes e por seus próprios fundamentos.

*****

TJBA – Agravo Regimental nº 0089868-88.2011.8.05.0001, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 30.01.2013.

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. DECISÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM FAVOR DE PARTICULAR. PRAÇA PÚBLICA. ESTRUTURAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DRENAGEM PLUVIAL. GRAVE LESÃO À ORDEM, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICA. MÉRITO. POSSIBILIDADE DE JUÍZO MÍNIMO DE DELIBAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. BEM INCORPORADO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MANIFESTA AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA. DECISÃO EXECUTADA 11 ANOS APÓS O PROFERIMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL PELO MAGISTRADO. RECURSO PROVIDO.

1. A partir do exame dos elementos carreados aos autos, é possível vislumbrar que, há mais de 10 (dez) anos, o Poder Público Municipal de Candeias finalizou a construção de uma praça no imóvel em litígio, dotando-a de estrutura adequada à utilização pública, incluindo iluminação, bancos, plantas ornamentais e estacionamento de veículos. Ademais, sobre e sob a praça, o ente público construiu estruturas de esgotamento sanitário e drenagem pluvial, utilizadas pelos habitantes dos bairros situados no entorno do imóvel.
2. A manutenção destas estruturas, de manifesta importância para o interesse público primário, vem sendo impedida pelo agravado, desde o momento em que este, vendo-se investido na posse da área, por força da medida liminar cuja suspensão se pretende, cercou-a com um muro de estacas e placas de concreto, que inviabilizam, também, a circulação de transeuntes.
3. Evidencia-se, pois, que a manutenção da medida liminar de reintegração de posse em benefício do agravado contraria frontalmente o interesse público, por ensejar grave lesão à saúde, à ordem coletiva e à economia pública, bens jurídicos tutelados pela Lei nº. 8.437/92.
4. Embora o pedido de suspensão de liminar ou de segurança não se destine à reapreciação do mérito da decisão impugnada – justamente por não se tratar de espécie recursal, limitando-se à arguição de lesão aos interesses públicos relevantes -, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que, quando da análise do pedido de suspensão, permite-se o proferimento de um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal (AgRg 118-6/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.02.2008).
5. Em sendo assim, é necessário salientar que, uma vez expropriados indiretamente pelo Poder Público, os imóveis de particulares não podem ser objeto de reivindicação possessória, caso incorporado pelo ente fazendário, ex vi do art. 35, do Decreto-Lei nº. 3.365/1941, como ocorreu no caso sob análise, devendo resolver-se a questão em perdas e danos.
6. Além da questão concernente ao próprio cabimento da proteção possessória, é necessário ressaltar que o Juízo de origem proferiu a decisão liminar combatida ao término da audiência de justificação prévia, em 06/09/2001; não obstante, só determinou o cumprimento da medida em 14/09/2012, vale dizer, mais de 11 (onze) anos depois, sem ao menos ouvir o ente público. Ante o transcurso de lapso temporal tão dilatado, evidencia-se a absoluta ausência do *periculum in mora* apto a justificar a concessão do provimento antecipatório.
7. Ao proceder de tal forma, o Juízo *a quo* violou o princípio da boa-fé processual, aplicável a todos aqueles que participam do processo, inclusive o magistrado.

Agravo Regimental conhecido e provido, para suspender a medida liminar proferida na ação de reintegração de posse nº. 0000818-58.2007.805.0044.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo regimental no pedido de suspensão de liminar nº. 0315955-66.2012.805.0000, em que figuram como agravante o Município de Candeias e como agravado Odilon Pacheco Silva.

Acordam os Desembargadores componentes da Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, pelas razões expendidas no voto vencedor.

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Município de Candeias contra decisão da lavra do 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, por meio da qual negou o pedido de suspensão da medida liminar proferida na ação de reintegração de posse nº. 0000818-58.2007.805.0044, movida por Odilon Pacheco Silva.

Em breve síntese, o agravado ajuizou a demanda referida com o escopo de reaver a posse sobre bem imóvel situado em área urbana, sob a alegação de que, embora sendo o legítimo proprietário, fora esbulhado pelo Município agravante.

Após a realização de audiência de justificação prévia, em 06/09/2001 (fls. 36/37), o Juízo de origem concedeu a ordem de reintegração de posse. Não obstante, somente em 14/09/2012, já sob a direção de outro juiz determinou o cumprimento da medida (fl. 149), fato que levou o ente público a formular o pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal de Justiça, que, declarando-se suspeito determinou a remessa dos autos ao 1º Vice-Presidente, seu substituto.

Na esteira do parecer ministerial de fls. 351/354, entendeu, o Vice-Presidente, não estarem presentes os requisitos autorizadores da suspensão, destacando tratar-se de área destinada a uma praça, desvinculada, portanto, de qualquer serviço público essencial (fls. 359/363).

Contra esta decisão, insurge-se o ente municipal.

Após a leitura do voto pelo DD. Des. Relator, pedi vista dos autos, e, após examiná-los, divergi de seu posicionamento, nos termos do voto vencedor.

VOTO

Devidamente examinados, encontram-se presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso.

Com a devida *venia* ao ilustre 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, prolator da decisão agravada, entendo que a manutenção da medida liminar proferida pelo Juízo *a quo* contraria frontalmente o interesse público primário, que deve prevalecer.

Como se sabe, o pedido de suspensão de liminar ou de segurança, previsto em legislação esparsa, é um instrumento conferido às pessoas jurídicas de direito público para a salvaguarda dos interesses públicos relevantes: ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Nestes casos, permite-se a formulação de requerimento dirigido ao presidente do respectivo tribunal, a fim de sobrestar o cumprimento da liminar ou da ordem concedida, subtraindo-lhe a eficácia.

Na hipótese de suspensão de medidas antecipatórias, a previsão legal reside no art. 4º, da Lei nº. 8.437/92 c/c art. 1º, da Lei nº. 9.494/97, *in verbis*:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, **em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.**

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

A lógica do instituto é, em essência, conferir uma contracautela ao Poder Público, de modo a evitar que provimentos jurisdicionais sujeitos a recursos desprovidos de efeito suspensivo causem graves lesões aos interesses públicos relevantes. Cuida-se, neste viés, de prerrogativa fundada no **Princípio da Supremacia do Interesse Público**, pilar estruturante do direito público, decorrente da própria forma republicana de governo e do regime democrático.

Sobre o tema, colho a irretocável lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "50. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse coletivo, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e do asseguramento deste último.
> É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.
> No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados:
> a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
> b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.
> 51. (a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e em diferentes campos." (Curso de Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66/67)

Feitas estas observações, a partir do exame dos elementos carreados aos autos, é possível vislumbrar que, há mais de 10 (dez) anos, o Poder Público Municipal de Candeias finalizou a construção de uma praça no imóvel em litígio, dotando-a de estrutura adequada à utilização pública, incluindo iluminação, bancos, plantas ornamentais e estacionamento de veículos.

É o que se observa das fotografias de fls. 104/111 e do laudo pericial de fls. 96/103, datado de 23/09/2002:

> "Ao vistoriar o local objeto da ação de reintegração de posse foi constatado tratar-se de praça cujas obras encontram-se totalmente concluídas, situada entre a Rua São João e 1ª Travessa Wanderley de Araújo Pinho.
> Trata-se de uma praça dotada de canteiros com plantas ornamentais, iluminação apropriada, bancos para uso público, ao lado da mesma existe uma área para estacionamento de veículos, bem em frente ao prédio onde funciona o Bingo Candeias e a empresa Candeias Comercial de Alimentos. Do lado oposto, já na Rua São João, está situado o prédio onde funciona a Cesta do Povo, bem como o Centro de Referência no Ensino da Computação." (fl. 100)

Vê-se, pois, que não prospera a afirmação recorrente nos autos, e na própria decisão agravada (fl. 363), no sentido de que a área "seria destinada à construção de uma praça", eis que, repita-se, a obra foi concluída há mais de uma década.

Não prospera, também – e isto é de fundamental importância para o deslinde do feito –, a observação feita pela Procuradoria de Justiça, à fl. 353, e pelo 1º Vice-Presidente, à fl. 363, de que o imóvel encontra-se desvinculado de serviços públicos essenciais.

Isto porque sobre e sob a praça foram construídas estruturas de esgotamento sanitário e drenagem pluvial, utilizadas pelos habitantes dos bairros situados no entorno do imóvel, como demonstram as fotografias de fl. 110 e o retromencionado laudo pericial, à fl. 101:

> "Sob o terreno onde foi construída a praça existe um bueiro com laterais e cabeceiras de alvenarias de pedras e laje de concreto armado na cobertura (parte superior)."

A informação foi confirmada em juízo por ocasião da audiência de justificação prévia (06/09/2001), pela testemunha Adilson de Jesus, arrolada pelo próprio agravado:

> "(...) que não tem conhecimento que a área foi desapropriada; que passa a tubulação de esgoto subterrânea; que tem cerca de cinco anos que a rede de esgoto foi construída." (fl. 40)

Note-se que, segundo a testemunha, a tubulação subterrânea de esgoto fora construída cerca de cinco anos antes da audiência referida, ou seja, em meados de 1996, muito antes do ajuizamento da ação possessória pelo agravado.

É imperioso salientar que a manutenção destas estruturas, de manifesta importância para o interesse público primário, vem sendo impedida pelo agravado, desde o momento em que este, vendo-se investido na posse da área, por força da medida liminar cuja suspensão se pretende, cercou-a com um muro de estacas e placas de concreto, que inviabilizam, também, a circulação de transeuntes (fls. 324 a 335).

Nesta senda, transcrevo as informações prestadas à Procuradoria do Município pelo Secretário de Serviços Públicos, *litteris*:

> **"Devido à ação do Senhor Odilon de construir um muro de estacas e placas de concreto, em torno da praça do antigo bingo, situada ao lado do C.D.T.; justificando o mesmo de ser proprietário; onde passa um córrego está causando transtorno aos moradores e causará grandes prejuízos aos mesmos. Pois, em volta da praça passa um córrego que absorve um grande volume de água de esgoto das residências desses moradores e de águas pluviais, dos bairros próximos, a exemplo de 'Triângulo, Centro e Pitanga...; Essa ação está impossibilitando a Prefeitura Municipal através da Secretaria de Serviços Públicos de fazer a devida manutenção e limpeza desse córrego; como capinagem, roçagem e limpeza geral. Devido se tratar de um córrego de suma importância para o Município. Vale ressaltar a urgência desse mutirão de limpeza e manutenção das placas de passagem de pedestres desse córrego em tempo hábil devido a proximidade do período chuvoso; Solicitamos dessa Procuradoria as devidas providências cabíveis."** (fl. 357)

Através das fotografias de fls. 324/335, é possível visualizar, com nitidez, a área da praça inteiramente cercada pelo muro de concreto, cujas proporções impedem, até mesmo, a visibilidade do imóvel, além de obstaculizar, como asseverado, a circulação de pedestres.

Confrontando-se as fotografias do "antes e depois" da concessão da liminar vergastada (fls. 104/111 e 324/335), é possível observar, outrossim, significativa alteração da paisagem urbana do local, com evidente prejuízo estético, decorrente da substituição da praça – bem de uso comum do povo – por propriedade privada inacessível e completamente cercada por altos muros de concreto.

Após o exame destes elementos probatórios, estou inteiramente convencida de que a manutenção da medida liminar de reintegração de posse em benefício do agravado contraria frontalmente o interesse público, por ensejar grave lesão à saúde, à ordem coletiva e à economia pública, bens jurídicos tutelados pela Lei nº. 8.437/92.

Em primeiro lugar, como visto, a posse do agravado sobre o imóvel vem comprometendo a operação e a manutenção da rede de esgotamento sanitário instalada no local, serviço público de natureza essencial com repercussão decisiva sobre a saúde pública.

Outrossim, há comprometimento da utilização do sistema de drenagem pluvial da localidade, o que implica em risco de inundação, como alerta o Secretário de Serviços Públicos do Município (fl. 357).

Pode-se afirmar, aliás, que a própria supressão de uma área livre, como a praça em questão, contribui negativamente sobre a saúde coletiva.

Convém trazer à baila, sobre o tema, as observações de Hely Lopes Meirelles:

> "As imposições de salubridade urbana destinam-se a manter a cidade limpa e saudável, como ambiente propício ao desenvolvimento de todas as atividades humanas. Além das condições de clima e solo, outros requisitos podem ser acrescidos ao agregado urbano, de modo a assegurar a salubridade pública. Para tanto a Administração comumente dota a cidade dos equipamentos sanitários convenientes e impõe limitações urbanísticas de salubridade, tendentes a secundar as medidas oficiais, para a manutenção da área urbana em boas condições de habitabilidade. Não se cuida, aqui, da higiene individual das habitações – objeto de limitações sanitárias específicas – mas da salubridade geral da cidade, a ser perseguida desde o traçado urbano até a localização das indústrias perigosas, nocivas ou incômodas. **Cabem,**

> **ainda, nestas limitações, as exigências de espaços livres e áreas verdes nos loteamentos, a obrigatoriedade de drenagem dos terrenos destinados a edificação, a imposição de recuo e afastamento das habitações entre vizinhos, e o que mais puder concorrer para tornar a cidade e o bairro saudáveis para seus habitantes."** (Direito Municipal Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 391/392)

Além destes aspectos, não se pode ignorar o fato de que a perda da praça, com o subsequente cercamento da propriedade, afeta o direito coletivo à proteção do meio ambiente artificial e a ordem urbanística.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 consagrou, de forma inédita, um capítulo destinado à proteção do meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF/88).

Hodiernamente, o conceito de meio ambiente compreende o chamado "meio ambiente artificial", formado pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

O tema é tratado no art. 182, da Constituição Federal, que expressamente outorga ao Poder Público as tarefas de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Sobre a natureza jurídica ambiental das cidades, preleciona com maestria Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

> "Com a edição da Constituição Federal de 1988, fundamentada em um sistema econômico capitalista, que necessariamente tem seus limites impostos pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV, da CF), a cidade – e suas duas realidades, a saber, os estabelecimentos regulares e os estabelecimentos irregulares – passa a ter natureza jurídica ambiental, ou seja, a partir de 1988 a cidade deixa de ser observada pelo plano jurídico com base nos regramentos adaptados tão somente aos bens provados ou públicos e passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental (art. 225 da CF) de forma mediata e de forma imediata em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial). Portanto, a cidade, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a obedecer a denominada ordem urbanística dentro de parâmetros jurídicos adaptados às necessidades do final do século XX e início do século XXI.
> É, portanto, adaptado ao novo conceito jurídico constitucional do que significa a cidade – o conceito de bem ambiental – que temos condições de analisar a tutela jurídica do denominado meio ambiente artificial." (Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284)

Nesta linha de raciocínio, a política de desenvolvimento urbano deve atentar para o bem-estar dos habitantes, sob pena de ofensa à Carta Magna, como ressalta o mencionado autor:

> "Em linhas gerais, a função social da cidade é cumprida quando proporciona aos seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, em consonância com o que o art. 225 preceitua.
> Podemos identificar 5 (cinco) principais funções da cidade, vinculando-a à realização: a) da habitação; b) da circulação; c) do lazer; d) do trabalho e e) do consumo.
> (...)
> A política de desenvolvimento urbano tem uma finalidade maior que é a de proporcionar aos seus habitantes a sensação de bem-estar. Isso significa que não basta simplesmente que o Poder Público, na execução da referida política, alcance os ideais elencados acima, mas exige-se que esses valores traduzam e despertem em relação aos habitantes a sensação de bem-estar
> O art. 182 não estabelece padrões fixos de direito ao lazer, à saúde e à segurança a serem perseguidos. Isso é de fato percebido na utilização de um termo jurídico indeterminado – 'bem estar', o que permite que se estabeleça uma finalidade maior na execução da política urbana, exigindo-se do Poder Público, de forma permanente, a busca desses valores aos habitantes." (*ibidem*, p. 276/277)

Sob esta perspectiva urbanística e ambiental, não há dúvidas sobre a efetiva lesão aos interesses relevantes da população de Candeias. Isto porque o cercamento do espaço público compromete a circulação e o lazer dos habitantes e traz inequívoco prejuízo estético e cultural à cidade, constituindo verdadeiro retrocesso em termos de bem-estar no ambiente urbano.

No mais, afigura-se patente a lesão à economia pública, não só em decorrência da destruição das benfeitorias implantadas com dinheiro público – voltadas ao atendimento das legítimas aspirações da coletividade –, como também em razão das obras urgentes que serão necessárias para substituir as estruturas de esgotamento sanitário e drenagem pluvial, a fim de evitar danos ainda maiores à população e atender ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

Outrossim, é preciso ter em vista que, na hipótese de o ente público sagrar-se vencedor na demanda, terá de arcar com os custos da restauração da praça ao *status quo ante*, mediante a utilização de recursos e mão de obra que poderiam ser utilizados na consecução de outros fins de interesse público.

Mas não é só.

Embora o pedido de suspensão de liminar ou de segurança não se destine à reapreciação do mérito da decisão impugnada – justamente por não se tratar de espécie recursal, limitando-se à arguição de lesão aos interesses públicos relevantes –, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que, quando da análise do pedido de suspensão, permite-se o proferimento de um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal (AgRg 118-6/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.02.2008).

Cassio Scarpinella Bueno, inclusive, pontifica que a suspensão do provimento jurisdicional lesivo ao interesse público ***"só tem sentido se a decisão concessiva da liminar ou da sentença for injurídica"***, circunstância cuja análise demanda, inexoravelmente, o adentramento das questões meritórias do processo principal.

De minha parte, observo que o *caput* do art. 4º da Lei nº. 8.437/92, transcrito acima, autoriza a suspensão de liminar ***"em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade"***, o que leva a crer que o legislador não afastou, por completo, a possibilidade de reexame do mérito.

Em sendo assim, insta-me salientar que, uma vez expropriados indiretamente pelo Poder Público, os imóveis de particulares não podem ser objeto de reivindicação possessória, caso incorporado pelo ente fazendário, *ex vi* do art. 35, do Decreto-Lei nº. 3.365/1941, resolvendo-se em perdas e danos.

> Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Por oportuno, anota com precisão a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. **No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação** (art. 35 do Decreto-Lei n.º 3.365 e art. 21 da Lei Complementar n.º 76/93). **Imagine-se hipótese em que o Poder Público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos.**" (Direito administrativo. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 177.)

Considerando, pois, que a Administração Pública Municipal desapropriou indiretamente o imóvel em tela para a construção de uma praça, independentemente da regularidade formal do ato expropriatório, é certo que o agravado não poderia valer-se da proteção possessória, mas tão somente da ação de desapropriação indireta, com o escopo de ver-se indenizado pelo expropriante.

Além da questão concernente ao próprio cabimento da proteção possessória, é necessário ressaltar que o Juízo de origem proferiu a decisão liminar combatida ao término da audiência de justificação prévia, em 06/09/2001; não obstante, só determinou o cumprimento da medida em 14/09/2012, vale dizer, mais de 11 (onze) anos depois, sem ao menos ouvir o ente público.

Ante o transcurso de lapso temporal tão dilatado, evidencia-se a absoluta ausência do *periculum in mora* apto a justificar a concessão do provimento antecipatório.

Por derradeiro, deixando de lado as considerações pertinentes aos requisitos autorizadores da medida, é certo que a conduta do Juízo *a quo* violou o princípio da boa-fé processual, aplicável a todos aqueles que participam do processo, inclusive o magistrado, consoante a observação de Fredie Didier Jr.:

> "A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança". (Curso de Direito Processual Civil. V.1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 76)

Ex positis, voto no sentido de **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL**, para suspender a medida liminar proferida na ação de reintegração de posse nº. 0000818-58.2007.805.0044, como requerido pelo Município de Candeias.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0315955-66.2012.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 13.08.2013.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA EXECUÇÃO EMBARGADA POR AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DO ESTADO. MATÉRIA DE ORDEM PROCESSUAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ART.22, I DA CARTA MAGNA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL ORGÂNICA DO ART. 58, III DA LEI ESTADUAL N.º8.207/2002 E DO ART.53, III DA LC N.º 34/2009. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART.481, § ÚNICO DO CPC. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELOS PLENOS DESTE TRIBUNAL E DO STF. VALIDADE E EFICÁCIA DA INTIMAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA ATRAVÉS DE DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. MANTIDO O PERCENTUAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Constituição Federal, ao dispor sobre a repartição de competências legislativas, atribuiu, privativamente, à União, a regulamentação de matérias inerentes ao direito processual, nos termos do seu art. 22, I.

2. Inquestionável, pois, que matérias de ordem processual – aí compreendidas aquelas que versem sobre a essência dos atos praticados e das relações jurídicas que daí exsurgem – apenas podem ser disci-

plinadas pela União, sob pena de usurpação de competência constitucional privativa e, via de consequência, de inconstitucionalidade formal das normas estaduais que a inobservem.
3. Na hipótese dos autos, o Estado da Bahia suscitou as disposições do art.58, III da Lei Estadual nº 8.207/2002 e art. 53, III da Lei Complementar Baiana n.º 34/2009, para arguir a nulidade da execução embargada, por suposta ausência de trânsito em julgado, haja vista não ter havido a intimação pessoal de seus Procuradores, acerca da decisão que inadmitira os recursos especial e extraordinário interpostos.
4. Entretanto, por se tratar de prerrogativa conferida a um dos sujeitos processuais, evidencia-se a índole processual das normas que estatuíram, em prol de uma das partes, privilégio quanto às comunicações dos atos exteriorizados em um processo, porquanto compreenda a essência de um único evento, ainda que venha esse a se repetir no curso de determinada demanda.
5. Logo, à luz do art. 22, I da Carta Magna, há inconstitucionalidade formal orgânica do art. 58, III da Lei Estadual n.º8.207/2002 e do art.53, III da Lei Complementar n° 34/2009, que instituem, em favor dos Procuradores do Estado da Bahia, prerrogativa processual de intimação pessoal, acerca de todos os atos que vierem a ser praticados, em qualquer tipo de lide, sem que haja correlata legislação federal que lhes estenda tal privilégio.
6. Destaque-se, ainda, a desnecessidade de submissão, à regra da reserva de Plenário, da inconstitucionalidade ora reconhecida por este Órgão Fracionário, haja vista incidir, nesta hipótese, a excepcionalidade prevista no art.481, §1º do CPC, em face do precedente emanado, pelo Pleno deste Tribunal de Justiça, no processo de n.º 55804-0/2008, em que houve declaração, unânime, da *"inconstitucionalidade dos arts. 58, III, da Lei Estadual n° 8.207/2002, e 53, III, da Lei Complementar Estadual n° 34/2009, nos termos dos arts. 480 e 481, do CPC, para dar provimento a pretensão recursal e considerar válida e eficaz a intimação do Procurador do Estado por intermédio do Diário do Poder Judiciário".*
7. Saliente-se, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar caso análogo ao presente, na ADI n.º 882/MT, reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso, que havia estatuído, aos seus Delegados de Polícia, a prerrogativa de serem intimados pessoalmente, nos feitos em que intervissem.
8. Rejeita-se, portanto, a tese de nulidade processual, por ser válida e eficaz a intimação dirigida, ao Estado da Bahia, através de publicação em Diário Judiciário Eletrônico, operando-se, por conseguinte, o trânsito em julgado da ação ordinária.
9.Obedece aos preceitos dispostos no art. 20, §3º do CPC, a sentença que condena, a parte vencida nos embargos, ao pagamento de

honorários advocatícios na razão de 2% sobre a diferença entre o valor executado e a quantia que fora extirpada do *quantum debeatur*, a ser compensado do montante do precatório a ser expedido.
10. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, para manter inalterada a sentença, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, adiante registrado e que a este se integra.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **ESTADO DA BAHIA**, contra a sentença de fls.35/39, sob o fundamento de nulidade processual, por ausência de intimação pessoal do Procurador do Estado, acerca da decisão que, nos autos da ação cognitiva, inadmitira os recursos extraordinário e especial interpostos, bem assim, para fins de inversão dos ônus sucumbenciais lhe atribuídos (verba honorária de 02% sobre o valor da condenação).

Após detida análise dos autos, extrai-se que as razões que embasam a sentença vergastada são suficientes por seus próprios fundamentos, eis que devidamente cotejadas com a legislação aplicável à matéria, não destoando, *parri passu*, do entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Em síntese, o Apelante alegou a ausência de trânsito em julgado da Ação Ordinária, que dera ensejo ao título judicial exequendo, haja vista a inobservância da norma inserta no art.58, III da Lei Estadual n.º 8.207/2002 e 53, III da LC Baiana n° 34/2009, que conferem, aos Procuradores do Estado, a prerrogativa de intimação pessoal acerca de todos os atos processuais praticados em feitos sob o seu patrocínio. Coroou, pois, de nulidade a via executiva embargada, porquanto iniciada antes da formação da coisa julgada.

Tecidas essas considerações, denota-se ser impassível de reparos a fundamentação sentencial, porquanto tenha, com base no art.22, I da Carta Magna, afastado a aplicabilidade da norma estadual que confere aos Procuradores do Estado da Bahia, privilégio processual não contemplado por lei federal.

Com efeito, a Constituição Federal, ao dispor sobre a repartição de competências legislativas dos Entes da Federação, estatui, em seu art.22, I, que:

> ***"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:***
> ***I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho";***

Extrai-se, daí, que matérias de ordem processual – a exemplo da criação de prerrogativa de índole intimatória – apenas podem ser disciplinadas pela União, sob pena de usurpação de competência constitucional privativa e, via de consequência, de inconstitucionalidade formal das normas estaduais que a inobservem.

Há que se destacar, por oportuno, a distinção entre as questões inerentes ao direito processual e aquelas de natureza procedimental, que, a rigor do art.24, XI da Carta Magna, é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Neste jaez, segundo as lições de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos Cintra, na prestigiada obra "*Teoria Geral do Processo",* 28ª edição (2012), Ed. Malheiros, páginas 309, têm-se que:

> ***"O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo. (…) A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem".***

Deveras concluir, portanto, que o direito **procedimental** – matéria de competência concorrente do Estado – visa regulamentar a ritualística que preestabelece a ordem de atos interligados entre si, em determinada relação jurídica processual, para obtenção de um resultado útil final. Não influi, portanto, no âmago do ato processual, apenas prescreve uma sequência a ser observada, pelos sujeitos processuais, para se obter o fim pretendido naquela lide.

A par disso, caracteriza-se o direito **processual** – cuja competência legislativa é privativa da União – como a normatização da essência dos atos praticados, em determinada via procedimental, pelos sujeitos processuais (autor, réu, Juiz, auxiliares da justiça, etc) e das relações jurídicas que daí exsurgem.

A despeito disso, o direito procedimental se restringe à ritualística que compreende a sucessão de todos os atos processuais inerentes a uma relação jurídica submetida ao crivo jurisdicional, sendo, como supracitado, "*meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo".* É, em suma, o rito a ser por todos obedecido, de acordo com a natureza da ação instaurada.

Nessa senda, evidencia-se a índole processual das normas que estatuíram, em prol de uma das partes, privilégio quanto às comunicações dos atos exteriorizados em um processo, porquanto compreenda a essência de um único evento, ainda que venha esse a se repetir no curso daquela lide.

Inquestionável, pois, ser ato privativo da União a edição de lei que vise dispor acerca de direito processual, o que, a rigor da literalidade do texto constitucional, implica no reconhecimento de usurpação de competência pelo Estado da Bahia, ao regulamentar, através da Lei Orgânica da Procuradoria do Estado, matéria afeta, exclusivamente, à União Federal. *Parri passu,* mostra-se inaplicável, neste caso, o art.24, XI da Constituição Federal.

Logo, à luz do art.22, I da CF/88, há inconstitucionalidade do art. 58, III da Lei Estadual n.º 8.207/2002 e do art.53, III da Lei Complementar nº 34/2009, que instituem, em favor dos Procuradores do Estado da Bahia, prerrogativa processual de intimação pessoal acerca de todos os atos que vierem a ser praticados, em qualquer tipo de lide, sem que haja correlata legislação federal que lhes estenda tal privilégio.

Trata-se, em verdade, de inconstitucionalidade formal orgânica, uma vez que os preditos dispositivos legais derivaram do exercício legislativo de Ente Federativo manifestamente incompetente, padecendo, pois, de vício formal em seu processo elaborativo.

Acerca do tema, o Doutor Pedro Lenza cita, em seu livro "*Direito Constitucional Esquematizado*", 13ª edição, Ed. Saraiva, pág.161, os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, traçados na prestigiada obra "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 6ª ed. rev., Ed. Almedina, pág.959, acerca dos vícios formais que acarretam a inconstitucionalidade nomodinâmica, nos seguintes termos:

> *"Segundo Canotilho, os vícios formais* ***"... incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final****".*

Desse modo, reconheço a inconstitucionalidade formal do art.58, III da Lei Estadual n.º 8.207/2002 e do art.53, III da Lei Complementar nº 34/2009, tornando, via de consequência, inválidas as suas disposições.

Destaque-se, ainda, a desnecessidade de submissão, à regra da reserva de Plenário, da inconstitucionalidade ora reconhecida por este Órgão Fracionário, haja vista incidir, nesta hipótese, a excepcionalidade prevista no art.481, §1º do CPC.

Isto porque, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar caso análogo ao presente, na ADI n.º882/MT[7], reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso, que havia estatuído, aos seus Delegados de Polícia, a prerrogativa de serem intimados pessoalmente nos feitos em que intervissem, senão vejamos*:*

> *"Passo, a seguir, ao exame do artigo 114 assim redigido:*
> ***Art. 114. O Delegado de Polícia receberá intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição*** *(…)*
> ***A norma legal disciplina, evidentemente, matéria de direito processual, sobre a qual somente a União poderá legislar (CF, artigo 22, I). Daí, a invasão de competência, a consitituir induvidosa inconstitucionalidade formal do dispositivo em referência****".*

Acompanhando essa linha de entendimento, posicionou-se o Tribunal Pleno deste Tribunal de Justiça, no processo de n.º55804-0/2008, julgado em 16.10.2009, com declaração unânime da "*inconstitucionalidade dos arts. 58, III, da Lei Estadual nº 8.207/2002, e 53, III, da Lei Complementar Estadual nº 34/2009, nos termos dos arts. 480 e 481, do CPC, para dar provimento a pretensão recursal e considerar válida e eficaz a intimação do Procurador do Estado por intermédio do Diário do Poder Judiciário",* assim ementado:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR. MATÉRIA PROCESSUAL. LEGISLAÇÃO ESTADUAL (ART. 58, III DA LEI Nº 8.207/2002 E ART. 53, III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 34/2009). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ART. 22, I DA CF/88. CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA.

7. **STF**, ADI 882, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, **Tribunal Pleno**, julgado em 19/02/2004, DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-02 PP-00205.

I – **SER PESSOAL OU POR INTERMÉDIO DE PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL, É A FORMA QUE REVESTE O ATO DE INTIMAÇÃO DAS PARTES, ESTANDO, PORTANTO, ESTA MATÉRIA, INSERIDA NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL, CUJA COMPETÊNCIA PRIVATIVA PARA LEGISLAR PERTENCE À UNIÃO, A TEOR DO ART. 22, I DA CF/88.**

II – TRATANDO-SE DE QUESTÃO INSERIDA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO, É IMPERIOSO RECONHECER QUE **SÃO INCONSTITUCIONAIS OS ARTS. 58, III, DA JÁ REVOGADA LEI ESTADUAL Nº 8.207/2002, E 53, III, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 34/2009, POIS, À REVELIA DA LEGISLAÇÃO FEDERAL, CRIARAM A PRERROGATIVA DA INTIMAÇÃO PESSOAL EM FAVOR DOS PROCURADORES DO ESTADO, EM FLAGRANTE OFENSA AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF E STJ:** ADI Nº 882-0, DO MATO GROSSO E AGRG NO AG 970341/BA, MINISTRA JANE SILVA, SEXTA TURMA, DJE 20/10/2008.

III – **DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS DAS LEIS ESTADUAIS QUE CRIARAM A PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DO ESTADO, VÁLIDA E EFICAZ FOI A INTIMAÇÃO, VIA IMPRESSA OFICIAL, DO ACÓRDÃO PROFERIDO NOS AUTOS** DOS EMBARGOS A EXECUÇÃO APENSOS, FICANDO RESTABELECIDO O DESPACHO DE FLS. 916/917, QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO REQUISITÓRIO PARA A FORMAÇÃO DO PRECATÓRIO. **INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 58, III DA LEI ESTADUAL Nº 8.207/2002, E 53, III DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 34/2009.** AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

(**TJ/BA**, AGRAVO REGIMENTAL, Processo: 55804-0/2008, Órgão Julgador: **TRIBUNAL PLENO**, Relator: LEALDINA MARIA DE ARAÚJO TORREÃO, Data do Julgamento: 16/10/2009). (Grifei)

Destarte, há de ser declarada a inconstitucionalidade formal de ambas as normas estaduais baianas que, em nítida usurpação de competência constitucional, conferiram, aos Procuradores do Estado, prerrogativa de intimação pessoal, matéria diametralmente diversa daquela de ordem procedimental – sucessão coordenada dos atos processuais – cuja competência legislativa compete, concorrentemente, ao Estado da Bahia e a União.

Improsperam, portanto, as razões recursais concernentes à arguição de nulidade da execução embargada, supostamente acometida com a ausência de intimação pessoal do Procurador do Estado acerca da decisão de fls.213/220, que inadmitira os recursos extraordinário e especial interpostos na Ação Ordinária.

Logo, dada a inconstitucionalidade do art.58, III da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado e art.53, III da LC Baiana n.º 34/2009, mostra-se perfeitamente válida a intimação dirigida, à Procuradoria do Estado, através de publicação no Diário Judiciário Eletrônico de 14 de outubro de 2009, conforme certificado à fl.221 da ação cognitiva. E, portanto, perfectibilizou-se o trânsito em julgado daquele feito em 27.10.2009, nos termos da certidão de fl.222.

Por tudo acima exposto, mantenho a sentença objurgada que, ao afastar a incidência das leis baianas – ora declaradas inconstitucionais –, rejeitou a preliminar suscitada pelo Estado da Bahia, por verificar que o Apelante *"foi regularmente intimado da decisão que transitou em julgado"* (fl.36).

Rejeito, pois, a nulidade processual arguida.

Avançando acerca da questão relativa à distribuição dos ônus sucumbenciais, verifico que, ao contrário do quanto sustentado pelo Apelante, a sentença objurgada condenou os Apelados – e não o Apelante – ao pagamento da verba honorária advinda da procedência parcial dos embargos executórios.

Para tanto, quadra transcrever o aludido capítulo sentencial, *in verbis*:

> *"Por ter sucumbido na maioria dos pontos levantados pelo Embargante,* ***condeno os Embargados no pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 2%*** *(dois por cento)* ***sobre a diferença entre o valor exequendo e o valor ora reformado, devendo ser abatido o seu montante do precatório a ser expedido****".*

Dessa forma, vislumbra-se a fragilidade das razões do Estado da Bahia, acerca deste ponto específico, situação que configuraria, em tese, ausência de interesse recursal do Apelante, por ausência da necessária sucumbência, **caso não tivesse**, igualmente, pugnado pela *"condenação dos exequentes/embargados na verba honorária, com a devida vênia, não poderia ser inferior ao percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor da execução"* (fl.48).

E, em relação ao patamar dos honorários sucumbenciais, observo que a sentença fustigada atendeu os preceitos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, cuja aplicabilidade, às hipóteses em que a Fazenda Pública se sair vencedora, é igualmente admitida pela jurisprudência do STJ. Neste sentido, o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. TELECOMUNICAÇÕES. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, E NÃO SOBRE ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. O arbitramento dos honorários exige ponderação harmoniosa de inúmeros fatores, como a complexidade da questão, o tempo gasto pelo advogado e a necessidade de deslocamento para prestação de serviço.

(...)

5. Vencida ou vencedora a Fazenda Pública, é possível fixar honorários em percentual aquém do mínimo de 10%, indicado no art.20, § 3º, do Código de Processo Civil, em face do que dispõe o § 4º do mesmo diploma legal.

6. Assim, a pretendida majoração da verba honorária importa nova avaliação dos parâmetros dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, ou seja, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Tarefas, contudo, incabíveis na via eleita, nos termos da Súmula 7/STJ.

7. Agravos Regimentais do Estado de Sergipe e da Telemar Norte Leste S/A não providos. (**STJ**, AgRg REsp 1311975/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 08/03/2013).

Com efeito, ao magistrado, incumbe a fixação dos honorários advocatícios de forma equitativa ao trabalho desenvolvido pelo causídico da parte vencedora, ponderando, para tanto, a complexidade e natureza da causa, o zelo profissional e o local da prestação daquele serviço, sem que haja submissão irrestrita aos percentuais do §3º do art.20 do CPC.

Por tudo exposto, tendo em vista estes aspectos e os pontos em que se obteve parcial procedência dos embargos, mantenho inalterados os ônus sucumbenciais arbitrados na sentença, por entender proporcional e razoável o percentual de "*2% (dois por cento) sobre a diferença entre o valor exequendo e o valor ora reformado, devendo ser abatido o seu montante do precatório a ser expedido*".

Confluente às razões expostas, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto, para manter, ainda em reexame necessário, a sentença recorrida na plenitude de seus termos.

*****

TJBA – Ação Rescisória nº 0302161-75.2012.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 10.04.2014.

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DE CARÊNCIA DE AÇÃO, POR AUSÊNCIA DE CUMULAÇÃO DAS PRETENSÕES RESCINDENDA E RESCISÓRIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. ALEGADA VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO ESTADUAL, EM DEMANDA DIVERSA, QUE NÃO PRODUZ EFEITOS ERGA OMNES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. VINCULAÇÃO AO CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA DE ORIGEM. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA AFERIÇÃO DO PROVEITO PRETENDIDO. UTILIZAÇÃO, COMO PARÂMETRO, DO VALOR DA CAUSA ORIGINÁRIA, DEVIDAMENTE CORRIGIDO. PRECEDENTES DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA IMPUGNAÇÃO.

I – A pretensão do Ente Estatal, de rescindir o julgado proferido, na lide originária, por este Tribunal de Justiça, encontra, em tese, guarida na legislação processual pátria, donde emerge a possibilidade jurídica do pedido formulado.

II – Não se reconhece a inépcia da petição inicial da presente demanda, por ausência de cumulação das pretensões rescindenda e rescisória, pois

é possível inferir-se, da narrativa exordial, todos os elementos previstos no art. 488, do Código de Processo Civil pátrio. Precedentes do STJ.

III – A ação rescisória fundada no inciso V, do art. 485, do CPC, pressupõe a efetiva demonstração, pelo autor, da afronta à literal dispositivo de lei em que incidiu o acórdão rescindendo, não se prestando ao simples rejulgamento da causa decidida contrariamente aos seus interesses, na linha do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

IV – A declaração incidental, em demanda diversa, da inconstitucionalidade de dispositivo estadual que fundamenta a pretensão rescisória, não altera as conclusões adotadas, à época, por esta Corte de Justiça, pois referida declaração não produz efeitos *erga omnes*.

V – Os fundamentos adotados pelo acórdão rescindendo extrapolam, ademais, a norma do art. 126, da Lei Estadual nº 3.803/80, incidentalmente declarada inconstitucional por este Tribunal, aplicando-se, ao caso, as disposições da Lei Estadual nº 7.323/98, que, conquanto tenha extinto os honorários de ensino, assegurou a manutenção da gratificação para aqueles que, como o requerido, a tenham percebido por mais de 10 (dez) anos, consecutivos ou intercalados.

VI – A pretensão do Estado da Bahia, na presente demanda, é de simples rejulgamento da causa originária ao seu talante, medida que, entretanto, não legitima a estreita via da ação rescisória.

VII – Na linha dos precedentes do STJ, o valor da causa, em ação rescisória, deve corresponder ao da ação originária, corrigido monetariamente, notadamente quando se mostra impossível, como na espécie, aferir o real proveito econômico a ser obtido com a *actio rescissoria*. Alteração do valor da causa para R$ 471,97 (quatrocentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos), nos termos dos cálculos de fls. 15, dos autos da impugnação em apenso.

IX – Improcedência da Ação Rescisória e procedência parcial da Impugnação ao Valor da Causa propostas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em JULGAR IMPROCEDENTE a ação rescisória proposta e PARCIALMENTE PROCEDENTE a impugnação ao valor da causa ajuizada pelo requerido, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, adiante registrado e que a este se integra.

VOTO

Consoante relatado, a ação rescisória *sub examine* tem por fundamento o inciso V, do art. 485, do Código de Processo Civil pátrio, aduzindo o **Estado da Bahia** que o

acórdão proferido na ação de origem teria violado literal disposição de dispositivos constitucionais e legais, ao manter a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados por **Agnaldo Alves de Almeida**, concedendo-lhe, como vantagem pessoal, ***"o valor correspondente a 80 (oitenta) horas-aula relativas ao Curso de Formação de Oficiais, pagando-lhe, ainda, as diferenças decorrentes da exclusão desde 29 de maio de 1998 até a efetiva implantação, tudo com juros e correção monetária"***.

Antes, entretanto, de enfrentar o mérito da pretensão rescisória, convém analisar as preliminares suscitadas, pelo requerido, na defesa de fls. 111/128.

A primeira prefacial arguida refere-se à suposta impossibilidade jurídica da pretensão rescisória, haja vista que o acórdão recorrido não está fundamentado nos dispositivos de lei tidos como violados pelo Estado da Bahia.

Penso que não prospera a alegação.

Com efeito, a extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido, está limitada, em nosso direito, às hipóteses em que a pretensão deduzida pela parte encontra expressa vedação no ordenamento jurídico. Nos casos em que as normas legais aplicáveis ao caso não se amoldam aos pedidos da parte, tem-se, em verdade, o enfrentamento do mérito da demanda, e não sua inadmissibilidade *prima facie*.

Sobre o tema, leciona Vicente Greco Filho, *in verbis:*

> ***"Cabe observar que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de se impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa que a ação deve ser julgada improcedente e não o autor carecedor da ação. Assim, por exemplo, se alguém pede o despejo, em contrato de locação residencial, por motivo não elencado na Lei de Inquilinato e isto for, afinal, verificado, o juiz deverá julgar a ação improcedente e não o autor carecedor da ação. Isto porque o pedido era juridicamente possível (despejo) mas seu fundamento não está amparado pela lei."*** (in Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. I, 22ª Edição, Ed. Saraiva, p. 113)

No caso dos autos, a pretensão deduzida pelo Estado da Bahia refere-se à suposta afronta, pelo acórdão rescindendo, a dispositivos da legislação pátria, pretensão que se subsome, ao menos em tese, à hipótese do art. 485, V, do Código de Processo Civil pátrio, *in verbis:*

> ***"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:***
> ***(...)***
> ***V – violar literal disposição de lei;"***

Assim, mostra-se juridicamente possível o pedido deduzido pelo Ente Estatal, cabendo a este Tribunal de Justiça verificar, no mérito da demanda, se efetivamente ocorreram as violações aludidas na exordial.

É igualmente infundada a segunda preambular suscitada pelo requerido, consistente na inépcia da petição inicial, por ausência de cumulação expressa das pretensões rescindenda e rescisória, consoante determina o art. 488, do Digesto Processual Civil, *in verbis:*

> ***"Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:***
> ***I – cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;***
> ***(...)"***

Em primeiro lugar, verifica-se da exordial da presente demanda que o Estado da Bahia cumpriu o requisito legal em epígrafe, pois requereu que este Tribunal julgue procedentes os pedidos formulados, ***"rescindindo o acórdão vergastado para julgar improcedente o pedido ou para anular todos os atos praticados desde o julgamento do recurso de apelação***".

Há, portanto, pedido de rescisão do acórdão farpeado e de novo julgamento da demanda originária, com o reconhecimento de sua improcedência.

Ademais, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ***"considera-se implicitamente requerido o novo julgamento da causa, desde que seja decorrência lógica do pedido na ação rescisória"*** (STJ, AgRg no REsp 1070825/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, J. 25/06/2013).

Rejeitam-se, por tais fundamentos, as prefaciais suscitadas pelo requerido.

No mérito, convém registrar, inicialmente, que a pretensão rescisória não se assemelha à simples reforma da decisão judicial proferida contrariamente aos interesses da parte, devendo o autor apresentar fundamento autônomo, entre os elencados pela lei, devidamente demonstrado, sob pena de tornar-se ***"recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos"***[8].

É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o manejo da *actio rescissoria* pressupõe que a decisão impugnada tenha conferido tratamento extravagante ao texto da lei, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* do acórdão a seguir transcrito:

> ***"AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PROVA DURANTE O PERÍODO DE CARÊNCIA. QUESTÃO QUE NÃO SE CONSTITUIU EM OBJETO DA DECISÃO RESCINDENDA.***
> *1. A jurisprudência e a doutrina pátrias são firmes em que "Para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade." (AR nº 624/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ 23/11/98).*
> *(...)*
> *4. Pedido improcedente." (STJ, AR 2194/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, J. 23/04/2008, Pub. DJe 06/08/2008).*

No caso dos autos, verifica-se que o acórdão rescindendo, longe de conferir interpretação teratológica aos dispositivos constitucionais e legais tidos por violados, sequer os enfrentou em sua fundamentação, estando lastreado, em verdade, nos dispositivos da Lei Estadual nº 7.323/98, que, conquanto tenha extinto a Gratificação de Ensino instituída pela Lei nº 3.803/80, preservou o direito adquirido dos servidores que, a exemplo do requerido, já a percebiam por mais de 10 (dez) anos.

---

8. ***(RSTJ 93/416)***

Nos termos do acórdão rescindendo, ***"a Lei nº 7.323/98, que extinguiu os honorários de ensino para o magistério, assegurou que aqueles que perceberam a gratificação dos honorários de ensino por mais de 10 (dez) anos consecutivos ou interpolados, teriam a continuidade do seu pagamento a título de vantagem pessoal. Portanto, nada mais fez a lei do que ratificar uma situação de fato, em que já existia um direito, em que os beneficiários já recebiam a aludida vantagem de longo tempo***".

Analisando ação rescisória análoga à presente, este Tribunal de Justiça já decidiu pela improcedência dos argumentos sustentados pelo Ente Estatal, *in verbis:*

> "***Agravo Regimental. Ação Rescisória. Honorários de Ensino. O presente Agravo foi interposto pelo ESTADO DA BAHIA contra decisão monocrática do Relator que não acolheu os Embargos de Declaração e manteve a Decisão, que indeferiu a petição inicial e declarou extinto o processo, sem resolução do mérito. Analisada a questão ora posta, não foram apresentadas razões suficientes a ensejar a reforma da decisão hostilizada, o que só pode resultar no improvimento deste Recurso. O CPC disciplina o instituto da coisa julgada (artigos 467 a 475, do CPC) e flexibiliza a desconstituição do decisum nas hipóteses precisas dos incisos do art. 485, sendo que a violação prevista no inc. V deve ser literal, frontal, apta a dispensar o reexame dos fatos da causa, e não por simples divergência de interpretação ou aplicação da lei. No que se refere ao inc. V do art. 485 do CPC, verifica-se dos autos que não houve violação ao art. 126, da Lei Estadual 3.803/80, alterada pela Lei Estadual 6.459/93, declarado inconstitucional pelo Pleno deste Tribunal, tendo em vista que a Decisão a qual se procura rescindir não teve por base a mencionada disposição de lei, mas sim, o art. 3º, §1º, da Lei Estadual nº 7.323/93, que garante aos policias militares que perceberam a gratificação de ensino, por prazo superior ao período de dez anos, a incorporação dos honorários de ensino aos seus vencimentos."*** *(TJ/BA, AgRg nº 0311511-87.2012.8.05.0000, Relator Des. José Cícero Landin Neto, Seção Cível de Direito Público, J. 16/01/2014)*

Ademais, ainda que se pudesse admitir que o acórdão rescindendo está lastreado na norma do art. 126, da Lei Estadual nº 3.803/80, declarada inconstitucional por este Tribunal de Justiça, em incidente suscitado nos autos de outro processo judicial, é certo que tal *decisum* não possui efeitos *erga omnes*, limitando-se às partes envolvidas na demanda em que foi proferida.

Sobre o tema, leciona Leo Van Holthe, *in verbis:*

> ***"No controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade da lei produz efeitos somente entre as partes - inter partes, fazendo com que a lei deixe de ser aplicada apenas no processo em que foi julgada.***
> ***Observem que a lei impugnada não é retirada do ordenamento jurídico, permanecendo válida e obrigatória para todos, mas apenas deixa de ser aplicada no processo em que foi julgada. Ainda, como a lei é considerada nula de pleno direito, ainda que entre as partes, a declaração de inconstitucionalidade terá, em regra, efeitos retroativos – ex tunc, fulminando todos os atos pretéritos praticados com base na lei. Assim, podemos afirmar que os eleitos do controle de constitucionalidade difuso ou aberto são, via de regra: EX TUNC e INTER PARTES."*** *(in Direito Constitucional, 5ª Edição, Ed. JusPodvm, 2009, p. 154/155)*

Assim, seja porque a norma estadual em que fundamenta, o Estado da Bahia, sua pretensão rescisória, não lastreou o acórdão rescindendo, seja porque os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 126, da Lei Estadual nº 3.803/80, limitam-se às partes envolvidas no incidente suscitado perante este Tribunal de Justiça, não resta alternativa senão reconhecer a improcedência da presente *actio rescissoria*.

Solução diversa comporta a impugnação proposta pelo requerido, contra o valor atribuído à presente demanda pelo Estado da Bahia.

Isto porque, na linha do posicionamento assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ***"o valor da causa em ação rescisória deve corresponder ao da ação originária, corrigido monetariamente, e na hipótese de discrepância entre o valor da causa originária e o benefício econômico buscado na rescisória, este último deve prevalecer"*** (AgRg na Pet 9.662/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, J. 25/09/2013).

Como se vê do precedente acima transcrito, o valor atribuído à inicial da ação rescisória deve equivaler ao da causa principal, devidamente corrigido, salvo quando o proveito econômico do autor puder ser aquilatado, caso em que deve prevalecer este último.

Ocorre que, no caso dos autos, não é possível inferir-se qual o efetivo proveito econômico que o Estado da Bahia poderia obter com eventual procedência da presente demanda rescisória, não se podendo admitir, para tal desiderato, o valor indicado pelo requerido para fins de execução do provimento judicial de origem, pois não se trata de *quantum* submetido ao contraditório próprio dos procedimentos executivos.

Assim, à míngua de elementos concretos para aquilatar-se o proveito econômico pretendido pelo Ente Estatal, deve prevalecer, como valor da causa, a importância atribuída à inicial da demanda de origem, com as correções pertinentes.

E, partindo-se dos cálculos efetuados pelo próprio Estado da Bahia, em sua manifestação de fls. 12/14, nos autos em apenso, deve ser fixado como valor da presente ação rescisória a importância de R$ 471,97 (quatrocentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos), correspondente ao *quantum* arbitrado na demanda de origem, após as devidas correções.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente ação rescisória, condenando o Estado da Bahia no pagamento de honorários de sucumbência devidos ao patrono do requerido, que fixo em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil pátrio.

Julgo, outrossim, parcialmente procedente a impugnação proposta pelo requerido, fixando em R$ 471,97 (quatrocentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos) o valor da presente ação rescisória.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0023650-13.2013.8.05.0000, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Regina Helena Ramos Reis, julgado em 16.09.2014.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DISCUSSÃO DE CO-

NEXÃO. POSSIBILIDADE. ARTS. 102 C/C 301 DO CPC. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. ENTENDIMENTO STJ. RECURSO PROVIDO.

1. A análise das disposições presentes no Código de Processo Civil a respeito da matéria permite antever que, em tese, a decisão interlocutória recorrida estaria em conformidade com o diploma processual, uma vez que o art. 112 do CPC é claro ao estabelecer que a exceção de incompetência destina-se à discussão de incompetência relativa, não servindo para resolver modificação de competência decorrente de conexão.

2. Nessa senda, é cediço que o art. 301 do Código de Processo Civil é expresso, em seu inciso VII, quando diz que a conexão deverá ser arguida pelo réu em sede de preliminar, daí porque configura-se que, em princípio, é inadequaada a oposição de exceção de incompetência para discutir modificação de competência decorrente de conexão.

3. Ocorre que, analisando a moderna compreensão da jurisprudência da Corte Cidadã sobre a matéria e em consonância com os princípios processuais incidentes, tem-se entendido que, apesar de equivocada, a exceção de incompetência deve ser conhecida e julgada, de forma a homenagear a instrumentalidade das formas. Precedentes.

4. Nesses termos, e considerando que se mostra razoável o conhecimento da exceção de incompetência, deve ser seguido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, razão pela qual merece provimento o presente recurso, devendo haver o processamento e julgamento da exceção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento n. 0023650-13.2013.8.05.0000, em que é recorrente Basílio Albuquerque Pinheiro e recorrido Banco Volkswagen S/A.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, determinando o conhecimento e julgamento da exceção de incompetência, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Basílio Albuquerque Pinheiro Santos contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 01ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Santo Antonio de Jesus que rejeitou liminarmente a exceção de incompetência.

Informa que *"tendo em vista existência das ações de busca e apreensão de n. 0003181-35.2013.8.05.0229 que tramita 01º Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Santo Antonio de Jesus e a Ação Revisional nº 0317380-*

91.2013.805.0001, que tem seu processamento na 21ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador, foi alegada a conexão entre os dois processos" (fls. 04/05).

Argumenta que *"atentou-se o magistrado mais ao formalismo do que a própria essência do direito, já que a conexão é caso de modificação obrigatória da competência do juízo, sendo, portanto, medida que se impõe, tornando irrelevante a forma sob a qual é requerida em juízo"* (fl. 05).

Volvendo-se à discussão sobre o juízo competente, sustenta que deve ser considerado aquele da Comarca de Salvador, uma vez que foi o primeiro a promover a citação válida.

Às fls. 117/120, a primitiva Relatoria concedeu o efeito suspensivo pleiteado pelo agravante.

Devidamente intimado para oferecer contrarrazões, o recorrido quedou-se inerte, conforme certidão de fl. 127. Na mesma oportunidade, a Secretaria certificou a não apresentação de informações pelo juízo de origem.

Estando o feito dispensado de revisão, pedi sua inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito

Antes de ingressar no *meritum* recursal, cabe, inicialmente, delimitá-lo, evitando confusões processuais despiciendas.

Com efeito, a decisão interlocutória agravada extinguiu a exceção de incompetência sem exame de mérito, por considerá-la a via inadequada. Assim, cabe discorrer sobre eventual *error in procedendo* pelo juízo *a quo*, sem entrar no mérito propriamente dito da competência discutida pelo agravante na exceção. Vale dizer: deve-se decidir, tão somente, se a exceção de incompetência é, de fato, a via inadequada para resolver modificação de competência decorrente de conexão.

Isto posto, passo à análise do mérito.

A análise das disposições presentes no Código de Processo Civil a respeito da matéria permite antever que, em tese, a decisão interlocutória recorrida está em conformidade com o diploma processual. Isto porque, o art. 112 do CPC é claro ao estabelecer que a exceção de incompetência destina-se à discussão de incompetência relativa.

Na conexão, por outro lado, o juízo não é incompetente, absoluta ou relativamente. Há, tão somente, modificação de competência, em virtude da reunião dos processos. Vale dizer: o juízo que declina da competência por conexão não é incompetente originariamente, tendo declinado, tão somente, em homenagem às regras do CPC (arts. 105 e 106).

Por isso mesmo, o art. 301 do Código de Processo Civil é expresso, em seu inciso VII, quando diz que a conexão deverá ser arguida pelo réu em sede de preliminar.

Nesses termos, configura-se que, em princípio, é inadequada a oposição de exceção de incompetência para discutir modificação de competência decorrente de conexão.

Ocorre que, analisando a moderna compreensão da jurisprudência sobre a matéria e em consonância com os princípios processuais incidentes, tem-se entendido que, apesar de equivocada, a exceção de incompetência deve ser conhecida e julgada, de forma a homenagear a instrumentalidade das formas.

Sobre o tema, veja-se a seguinte lição de Fredie Didier Jr.:

> "Ao réu cabe alegar a conexão em preliminar de contestação. Não se alega a conexão por exceção de incompetência: a conexão pressupõe que o juízo era competente e teve a sua competência modificada. A exceção de incompetência suspende o processo, efeito que não pode ser imputado à alegação de conexão, mesmo que feita pela equivocada via da exceção instrumental [...] Muito embora não seja o meio adequado, pode-se admitir a alegação da conexão por meio da exceção de incompetência, em face do princípio da instrumentalidade das formas; neste caso, porém, a alegação não suspenderia o processo" (*Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 1. Ed. 16. Salvador: JusPodivm, 2014, páginas. 175/176)."

No mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. AÇÕES DE RESCISÃO CONTRATUAL, DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. CONEXÃO. ARGUIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. I. Ausência de prequestionamento que impede o exame da controvérsia em toda a extensão pretendida pela parte.
> II. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, desde que não cause prejuízo à parte adversa, é possível admitir a arguição de conexão em sede de exceção de incompetência. Precedentes. III. Recurso especial não conhecido. (REsp 760.983/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/11/2009)

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DE CONEXÃO POR MEIO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO. MITIGAÇÃO DA RIGIDEZ DAS REGRAS PROCESSUAIS PARA DAR PREVALÊNCIA À EFETIVIDADE E CELERIDADE PROCESSUAL. 1. O Tribunal recorrido, conquanto tenha salientado serem os embargos à execução a via adequada, reconheceu a conexão entre mandado de segurança (distribuído à 3ª Vara da Fazenda Pública) e execução fiscal (distribuída à 4ª Vara de Fazenda Pública) por meio de exceção de incompetência, determinando a remessa dos autos ao juízo prevento do mandado de segurança. 2. Verifica-se que o acórdão recorrido buscou dar efetividade ao princípio da instrumentalidade do processo – e com razão –, tendo em vista que o processo não constitui um fim em si mesmo, mas um instrumento para a consecução do direito material. Não havendo prejuízo para as partes, cumpre desde logo reconhecer, ainda que por via imprópria, a conexão entre juízos. 3. Cumpre ainda salientar que, cabe ao julgador, verificando a possibilidade da existência de tumulto no processo, mormente para evitar decisões contraditórias, mitigar o rigorismo das normas processuais, evitando-se assim que o formalismo constitua óbice à prestação

> jurisdicional. No caso, não há prejuízo em reconhecer a conexão em sede de exceção de incompetência, quando a via cabível seria os embargos à execução.
> 4. Dessa feita, aliado aos princípios da instrumentalidade das formas, da economia processual e da ausência de prejuízo, o órgão julgador pode mitigar a norma processual, buscando assim a consecução de um processo efetivo e válido. 5. Recurso especial não provido. (REsp 713.045/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 23/06/2009)

Desse modo, percebe-se que, a despeito dos dispositivos legais, a jurisprudência, em uma interpretação principiológica, flexibiliza a letra fria do diploma processual ao entender que a exceção de incompetência deve ser recebida.

Nesses termos, e considerando que se mostra razoável o conhecimento da exceção de incompetência, entendo que deve ser seguido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acima destacado, razão pela qual merece provimento o presente recurso.

Assim, deve-se anular o provimento objurgado, para que a exceção de incompetência seja processada e julgada, decidindo-se ao final se é caso de modificação da competência.

Conclusão

Ante o exposto, considerando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, o voto é no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso, para que a exceção de incompetência seja conhecida e julgada, nos termos lançados acima.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0008803-69.2014.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Edivaldo Rocha Rotondano, julgado em 19.08.2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. FORNECIMENTO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS MEDIANTE CAUÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO PENDENTE DE INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. OFERECIMENTO DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 656, §2º, DO CPC. APÓLICE OFERTADA NO VALOR IGUAL AO DÉBITO À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPORTE INSUFICIENTE.

1. O rol do art. 9º da LEF não pode ser tido como taxativo, sendo certo que, se o art. 1º do mesmo diploma prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, é impossível ignorar-se o disposto no art. 656, §2º, do CPC: *"A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)"*.

2. No caso dos autos, o agravante não observou a exigência legal de que o seguro garantia judicial seja prestado em valor não inferior ao do débito constante na inicial mais 30% (trinta por cento), devendo o seu pedido ser rejeitado por não atender ao disposto no art. 656, §2º, do CPC.

3. O crédito apurado no AI n. 147771.000/12-4 era de R$29.083,41 em 2 de abril de 2014, sendo exatamente este o valor segurado na apólice de fls. 114/122, quando deveria superá-lo em, pelo menos, 30% (trinta por cento).
4. Agravo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0008803-69.2014.8.05.0000, em que é agravante Via Varejo S/A e agravado o Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Via Varejo S/A contra decisão do juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que indeferiu o pedido por ela formulado liminarmente nos autos da ação cautelar de n. 0519754-62.2014.805.0001, movida em face do Estado da Bahia, no sentido de que fosse deferida medida antecipatória para expedição de certidão de débitos fiscais sem a inclusão do crédito apurado no auto de infração n. 147771.0004/12-4 mediante caução por seguro garantia judicial.

A decisão impugnada fundou-se no argumento de que o seguro garantia judicial não é uma das garantias inseridas no rol do art. 9º da Lei n. 6.830/80, concluindo que *"tendo o referido dispositivo da LEF, norma especial que regula o processo executivo fiscal, elencado as possível formas de oferecimento de garantia ao juízo da execução, em rol taxativo, e não estando entre elas o seguro garantia, de concluir-se pelo inacolhimento do seu pedido tal como formulado"* (fl. 126).

Alega a empresa agravante que o rol do art. 9º da LEF não seria taxativo, sendo possível o oferecimento de seguro garantia judicial por aplicação do art. 656, §2º, do CPC.

Defende que a garantia oferecida é apta a garantir o integral adimplemento do crédito tributário, sendo meio menos oneroso para o devedor e que não traz qualquer prejuízo para o credor.

Ressalta a presença dos requisitos legais para o deferimento da medida antecipatória e requer seja o recurso conhecido e provido para que seja reformada a decisão de primeiro grau, aceitando-se o seguro garantia apresentado nos autos da ação cautelar.

À fl. 131, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 134/138, pugnando pelo improvimento do recurso.

Devidamente relatado e estando dispensado de revisão, foi solicitada a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, tem-se que o agravo deve ser conhecido, passando-se ao exame do mérito recursal.

Primeiramente, é preciso observar que o fundamento da decisão agravada não se sustenta.

De fato, o rol do art. 9º da LEF não pode ser tido como taxativo, sendo certo que, se o art. 1º do mesmo diploma prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, é impossível ignorar-se o disposto no art. 656, §2º, do CPC: *"§2o. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)"*.

Ademais, o seguro garantia judicial é meio hábil a assegurar a caução do crédito, constando cláusula na apólice que, inclusive, prevê a sua prorrogação em benefício do segurado independentemente de requerimento do tomador.

Desse modo, em que pese prevalecer, no âmbito do STJ, o entendimento de que não é possível a utilização do seguro garantia judicial em execução fiscal (AgRg no Resp 1423411/SP), não se vislumbra razão para, diante da autorização expressa constante no CPC, negar-se a prestação de caução por meio da utilização dessa garantia. Inclusive, os tribunais locais vêm admitindo amplamente o seguro garantia judicial em processos de execução fiscal.

Todavia, no caso em foco, observa-se que o agravante não observou a exigência legal de que o seguro garantia judicial seja prestado em valor não inferior ao do débito constante na inicial mais 30% (trinta por cento).

Com efeito, o crédito apurado no AI n. 147771.000/12-4 era de R$29.083,41 (vinte e nove mil e oitenta e três reais e quarenta e um centavos) em 2 de abril de 2014, sendo exatamente este o valor segurado na apólice de fls. 114/122, quando deveria superá-lo em, pelo menos, 30% (trinta por cento).

Destarte, por não atender ao disposto no art. 656, §2º, do CPC, deve o pedido do recorrente ser rejeitado.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0302859-81.2012.8.05.0000, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 24.09.2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DEFERIMENTO PARCIAL DE TUTELA ANTECIPADA, CUJOS REQUISITOS RESTARAM DEVIDAMENTE IDENTIFICADOS NA DECISÃO AGRAVADA. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDAS POR ALIENAÇÃO/CESSÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE PROVA DE REGISTRO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS ANTES DE INICIADA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ARTIGO 1.361, PARÁGRAFO 1º, DO CC). NÃO CONFIGURADA QUALQUER DAS EXCEÇÕES LEGAIS PREVISTAS ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05, A AGRAVANTE

DEVE SUJEITAR-SE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CUJO PROCESSAMENTO FOI DEFERIDO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0302859-81.2012.8.05.0000, de Juazeiro, sendo Agravante Itaú Unibanco S/A e Agravado Juazeiro Agronegócio Comércio e Representações Ltda.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do relatório e voto da Relatora.

RELATÓRIO

O presente Agravo de Instrumento foi interposto em face da decisão que, nos autos do processo de Recuperação Judicial, deferiu, parcialmente, o pedido da empresa recuperanda, para determinar ao banco agravante que "*se abstenha de abater do seu saldo credor os novos valores recebidos após a distribuição da recuperação judicial (25.08.11), bem como que recomponha imediatamente as respectivas contas-correntes da empresa peticionária na situação exata em que se encontrava no encerramento do indigitado dia, devolvendo os valores recebidos após aquela data, os quais deverão ser depositados em conta à disposição do juízo, sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)*".

Sustenta o recorrente que as duas *"Cédulas de Créditos Bancários – Empréstimos para Capital de Giro, ambas garantidas por Cotas de Fundo – Itaú Premium*", firmadas pela Recuperanda não poderiam se sujeitar à recuperação judicial, "*pois se enquadram nas exclusões legais do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05*", tratando-se de cessão fiduciária de direitos de créditos.

Aduz o equívoco da decisão agravada, ante a violação direta à referida norma, bem como aos princípios do art. 66-B da Lei nº 10.931/04, e ainda, ao direito de propriedade do Banco Agravante no tocante aos referidos créditos "*dados em garantia por cessão fiduciária*", "*da ordem de mais de R$ 300.000,00, valor que, disponibilizado à recuperanda em processo de "nítida insolvência*", lhe ocasiona grave dano de difícil reparação. Ressalta que "é *credor da empresa agravada, com garantia real, por ser titular da propriedade fiduciária dos créditos cedidos e, assim, não está sujeito aos efeitos da Recuperação Judicial, processo esse que se destina a resolver os créditos de natureza pessoal, os quirografários*".

Pugna pela concessão da tutela antecipada recursal, para que seja permitido ao agravante dispor regularmente dos créditos que lhe foram cedidos fiduciariamente, mesmo após o pedido de recuperação judicial, inclusive para fins de quitação, liquidação ou amortização das obrigações eventualmente inadimplidas pela devedora nos instrumentos firmados, "*mantendo-se preservadas as cláusulas de garantias fiduciárias dos negócios firmados vigentes*". Requer, ao final, o provimento do agravo, na forma discriminada na inicial.

Indeferida a suspensividade requerida (fls. 959/961), foram prestados os informes judiciais de fls. 982/985, não sendo apresentadas contrarrazões, consoante certidão de fl. 973.

É o relatório. Decido.

VOTO

Dispõe o artigo 49, *caput*, da Lei nº 11.101/05, que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estão sujeitos à recuperação judicial, sendo excepcionada tal regra na hipótese constante do seu parágrafo 3º, assim redigido:

> *"§ 3º* ***Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis****, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio,* ***seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial."***

De logo, impõe-se observar que, conforme estabelece o artigo 1.361, parágrafo 1º, do Código Civil, o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor é requisito indispensável para a constituição da propriedade fiduciária. Os créditos decorrentes dos aludidos contratos somente podem ser considerados extraconcursais caso tenham sido devidamente registrados no domicílio da empresa agravada antes de iniciada a recuperação judicial. Na hipótese de não cumprimento de tal condição, não estaria o agravante na posição de proprietário fiduciário.

> *Art. 1.361. (...).*
> *§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.(...)."*

Ressalte-se que, embora o artigo 42 da Lei nº 10.931/04 estabeleça que *"a validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro"*, também prevê que *"as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável"*. Ainda que a empresa recuperanda não pudesse ser considerada terceira, todos os seus credores encontram-se nesta condição em relação ao avençado com a instituição bancária recorrente.

Não resta demonstrado, ao menos nos presentes autos, o registro das mencionadas cédulas de crédito bancário garantidas por alienação/cessão fiduciária no Registro de Títulos e Documentos do domicílio da agravada antes de iniciada a recuperação judicial, na forma determinada no aludido artigo 1.361, parágrafo 1º, do Código Civil.

Esclarecem os informes judiciais (fls. 982/985) que, "*considerando os elementos contidos nos autos (...) o crédito da Agravante não estaria dentre as exceções legais, de maneira que se sujeitaria aos efeitos da recuperação Judicial, cujo processamento foi deferido. Por não estar incluído o crédito da Agravante dentre àqueles expressamente excepcionados*

pelo art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/05, deveria se submeter ao concurso de credores, pois, do contrário, estar-se-ia desequilibrando os interesses do devedor com os seus credores".

Conforme bem destacado na decisão agravada, "*A norma veiculada pelo § 3º do art. 49 é excepcional, vez que afasta a incidência da regra em relação a alguns credores, motivo pelo qual sua interpretação deve ser restritiva. Interpretar de forma extensiva a regra que a permite a certos credores não se submeterem aos efeitos da recuperação judicial é contrariar a verdadeira finalidade social trazida pela legislação falimentar que é a preservação da empresa em processo de recuperação (...)(Agravo de Instrumento nº 0195430-7, 5ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Leolpoldo de Arruda Raposo, j. 17.08.2011)*".

A decisão agravada identifica devidamente os requisitos necessários ao parcial deferimento da tutela antecipada, não restando demonstrados elementos suficientes à pretendida reforma do *decisum*, cujos fundamentos adoto como razões de decidir.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** recurso, mantendo-se a decisão recorrida, por estes e por seus próprios fundamentos.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0312577-05.2012.8.05.0000, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 05.11.2013.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO POR ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIOLAÇÃO A DIVERSOS DISPOSITIVOS LEGAIS. RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DAS DECISÕES DA ASSEMBLEIA. PRECEDENTES DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO GENÉRICA PARA VENDA DE ATIVO PERMANENTE DA EMPRESA SUBMETIDA A PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO INDEVIDA DE PRIVILÉGIOS CREDITÍCIOS. ILEGALIDADE DE TRATAMENTO DIFERENCIADO DE CREDORES NA MESMA CLASSE DE CRÉDITOS. ABUSIVIDADE DOS DESCONTOS CONCEDIDOS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. NECESSIDADE DA PREVISÃO DE PRAZOS DE CARÊNCIA PARA PAGAMENTO DOS DÉBITOS PELA DEVEDORA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA. NULIDADE DO PLANO APRESENTADO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA ASSEMBLEIA DE CREDORES, COM OBSERVÂNCIA DAS REGRAS INSERTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NAS LEIS NOS 11.101/2005 E 6.899/1981. AGRAVO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

I – As decisões tomadas pela assembleia geral de credores instituída para os fins da Lei nº 11.101/2005, conquanto sejam soberanas,

devem respeito às normas legais aplicáveis às empresas em processo de recuperação judicial, com vistas à preservação dos interesses da devedora, de seus credores e da coletividade. Precedentes do STJ.

II – Mostra-se ilegal o plano de recuperação judicial homologado pela decisão recorrida, porquanto autoriza, sem a necessidade de prévia análise judicial, a venda do ativo permanente da empresa devedora, medida que afronta, diretamente, o artigo 66, da Lei nº 11.101/2005.

III – É igualmente indevida a exclusão de privilégios creditícios e o tratamento diferenciado, quanto à forma de recebimento dos valores devidos, conferida a credores que integram a mesma classe de créditos. Inteligência do art. 49, §1º, da Lei nº 11.101/2005.

IV – Também merece reproche a decisão recorrida quanto a homologação do plano de recuperação que prevê deságio de 85% (oitenta e cinco por cento) dos créditos superiores à R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por se tratar de medida que afronta os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo à minoria dos integrantes da assembleia de credores a responsabilidade por todos os ônus da recuperação judicial.

V – É, ainda, ilegal o plano de recuperação que não apresenta prazos claros de carência para o pagamento dos débitos da empresa devedora, por se tratar de medida que impede o efetivo acompanhamento judicial dos progressos realizados pela recuperanda.

VI – Não se admite a exclusão da correção monetária em planos de recuperação judicial de empresas, diante da expressa imposição legal para sua cobrança (Lei nº 6.899/1981, art. 1º).

VII – Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia , à unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, adiante registrado e que a este se integra.

RELATÓRIO

Banco Bradesco S/A interpôs o presente agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 28ª Vara Cível da Comarca de Salvador, que, nos autos da recuperação judicial proposta por **Worktime Assessoria Empresarial Ltda.**, homologou o plano de recuperação judicial da ora agravada.

Em sua irresignação, defende o agravante que não são absolutas as decisões tomadas pela Assembleia Geral de Credores, instituída para elaboração do plano de recuperação judicial, pelo que as respectivas deliberações devem ser submetidas à criteriosa avaliação judicial, o que, em seu sentir, não ocorreu na hipótese dos autos.

Argumenta que a decisão recorrida merece reparos, pois aprovou o plano apresentado pelos credores da agravada sem observar a regra contida no artigo 66, da Lei nº 11.101/2005, que veda a alienação do ativo permanente das empresas submetidas à recuperação judicial.

Sustenta, ainda, a ilegalidade do referido plano quanto à vedação aos acréscimos moratórios incidentes sobre os débitos da agravada, diante das previsões da Lei nº 6.899/1981, que regula a matéria de forma diversa daquela adotada pelos credores.

Defende que o deságio de 85% (oitenta e cinco por cento) dos créditos superiores à R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se aviltante, violando, ainda, o princípio da isonomia dos credores de mesma classe, circunstâncias que demonstram a necessidade de intervenção judicial para correção da ilegalidade apontada.

Insurge-se, outrossim, quanto à carência concedida pelos credores para os débitos da agravada, diante da inexistência de prazo específico no plano aprovado, o que representará, no sentir da agravante, o prolongamento indevido das dívidas superiores à R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Questiona, por fim, a previsão de suspensão de todas as ações judiciais e execuções movidas contra a agravada e seus garantidores, por entender que a medida afronta o artigo 49, §1º, da Lei nº 11.101/2005.

Desenvolvendo seus argumentos nesse sentido, pede a suspensão da decisão recorrida e, no mérito, sua reforma, para que seja elaborado novo plano de recuperação da agravada, corrigindo-se as distorções apontadas.

Por conduto da decisão de fls. 203/205, o Desembargador Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, que me antecedeu na relatoria do feito, concedeu o efeito suspensivo vindicado no presente agravo, para obstar os efeitos do plano de recuperação aprovado em primeiro grau, apenas com relação à agravante.

Verificada, outrossim, a prejudicialidade externa do julgamento do presente recurso, em decorrência da distribuição anterior do agravo de instrumento nº 0302367-89.2012.8.05.0000, o processo foi suspenso pelo período de 1 (um) ano, nos termos do artigo 265, IV, "a" e §5º, do Código de Processo Civil.

Anunciado o trânsito em julgado da decisão proferida no agravo de instrumento em epígrafe, o presente processo retomou seu curso regular, nos termos da decisão de fls. 223.

Devidamente intimado, o agravado deixou fluir, *in albis,* o prazo para oferecimento de contrarrazões, *ex vi* da certidão de fls. 226.

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se no feito às fls. 228/236, opinando pelo provimento do agravo, para que seja reformada a decisão recorrida e declarado nulo o plano aprovado pelos credores da agravada.

Vieram-me os autos, em seguida, conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Consoante relatado, pretende a agravante a reforma da decisão recorrida, que homologou o plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia de credores da agravada, ao argumento de que há, em referido plano, diversas ilegalidades que impõem a intervenção judicial.

Inicialmente, convém esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que as decisões tomadas pela assembleia geral de credores, instituída para os fins de que trata a Lei nº 11.101/2005, conquanto sejam soberanas, estão sujeitas aos requisitos de validade inerentes aos atos jurídicos em geral, consoante se infere dos arestos a seguir transcritos:

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.

2. Recurso especial conhecido e não provido."

(STJ, Resp 1314209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, J. 22/05/2012)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. (...) ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL. CONDIÇÕES PRÉVIAS. EXIGÊNCIAS LEGAIS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APROVAÇÃO DO PLANO. REQUISITOS. REJEIÇÃO DA PROPOSTA. CREDORES DE MESMA CLASSE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGOS ANALISADOS: 35, 45 E 58 DA LFRE.

(...)

4. Submete-se a controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano. Inteligência do art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005. (…)"
(STJ, Resp 1388051 / GO, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, J. 10/09/2013)

Assentada essa premissa, consistente na possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas por assembleia de credores, responsável pela elaboração de plano de recuperação judicial regido pela Lei nº 11.101/2005, entendo serem relevantes os argumentos invocados pelo agravante, em suas razões recursais.

Com efeito, o plano homologado pelo Juízo *a quo, por* conduto da decisão vergastada, prevê diversas medidas que afrontam, direta ou indiretamente, princípios e dispositivos da Constituição Federal e da legislação ordinária, nomeadamente a permissão de venda do ativo permanente da agravada, a exclusão de privilégios creditícios e da correção monetária incidente sobre o débito inadimplido, a ausência de previsão do prazo da carência concedida ao devedor e a redução, em percentual excessivo, dos créditos superiores à R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Passo, destarte, a enfrentar, individualmente, as nulidades suscitadas pelo agravante.

A venda do ativo permanente das pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial é regida pelo artigo 66, da Lei nº 11.101/2005, que assim dispõe:

> ***"Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial."***

Como se percebe da literalidade do dispositivo acima transcrito, a alienação de bens da empresa em recuperação não é vedada de forma absoluta, mas sujeita-se, caso a caso, à avaliação judicial quanto a sua conveniência (ou utilidade, na expressão legal), com vistas à preservação dos interesses dos credores.

No caso dos autos, o plano de recuperação homologado pelo douto *a quo*, colacionado às fls. 68/86, prevê, em sua cláusula 5.1.4., que a agravada ***"poderá realizar qualquer tipo de alienação extraordinária, dispensando os tipos e formalidades do art. 142, incisos de I a III, §§ 1º a 7º da LFR, podendo para tanto alienar e/ou vender diretamente, locar, arrendar, remover, onerar ou oferecer em garantia, inclusive por meio de renovação de contratos já existentes, no todo ou em parte, quaisquer bens de seu ativo, relacionados ou não, no Laudo de Avaliação de Bens e Ativos (Anexo VI), inclusive créditos decorrentes de ações judiciais, buscando sempre adequar à estrutura da empresa, as necessidades dos negócios e o cumprimento do PRJ"***.

O permissivo consignado na aludida cláusula confere poderes excessivos à agravada, permitindo-lhe alienar bens de seu ativo permanente sem a prévia autorização judicial, que, de seu turno, pressupõe avaliação casuística da utilidade da medida, circunstância que representa violação à norma do artigo 66, da Lei nº 11.101/2005.

Sobre o tema, trago à colação o seguinte precedente:

> ***"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ADMISSÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ATOS EXECUTIVOS. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE ATIVOS. AUSÊNCIA DE SUCESSÃO. ARTS. 60 E 141 DA LEI N. 11.101/2005. CONSTITUCIONALIDADE PROCLAMADA PELO STF (ADI N. 3.934-2/DF). COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA EMPRESARIAL. INTERESSE JURÍDICO DA SUSCITANTE. LEGITIMIDADE PARA SUSCITAR O INCIDENTE.***
>
> *(...)*
>
> *2. O juízo responsável pela recuperação judicial detém a competência para dirimir todas as questões relacionadas, direta ou indiretamente, com tal procedimento, inclusive aquelas que digam respeito à alienação judicial conjunta ou separada de ativos da empresa recuperanda, diante do que estabelecem os arts. 6º, caput e § 2º, 47, 59 e 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005. (...)" (STJ, Edcl no CC 115255 / RJ, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Seção, J. 27/04/2011)*

Nos termos do opinativo emitido pela Douta Procuradoria de Justiça, ***"para ser dispensada a autorização judicial para efetuar a venda do ativo, os bens alienáveis deveriam estar previamente relacionados no plano"***, caso em que a homologação judicial supriria a necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário para a alienação, o que, entretanto, não ocorreu na hipótese vertente.

Além da ilegalidade em epígrafe, o plano de recuperação aprovado pelo douto Juízo *a quo* contempla, ainda, medida que exclui, indevidamente, privilégios creditícios previstos em lei, e confere tratamento diferenciado a credores da mesma classe, levando em consideração o valor dos respectivos créditos.

A cláusula 5.1.6. do plano em referência assim dispõe, *in verbis:*

> ***"Este PRJ, uma vez aprovado, opera a novação de todos os créditos e obrigações a ele sujeito. A homologação judicial deste PRJ acarretará a automática, irrevogável e irretratável liberação de todas as garantias reais (bens móveis e anticreses), e fidejussórias (pessoais), inclusive avais e fianças, que tenha sido prestadas pelos sócios, administradores e/ou sociedades coligadas ou afiliadas, aos credores, para satisfazer quaisquer obrigações assumidas pela Worktime até o ajuizamento do pedido de recuperação judicial"***

A referida cláusula colide, inexoravelmente, com o disposto no artigo 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, segundo o qual ***"os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso"***. Sobre o tema, é remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EMPRESA CO-EXECUTADA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO AVALISTA. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO. AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO TÍTULO DE CRÉDITO EXEQUENDO.***
>
> *(...)*
>
> *3. – As deliberações constantes do plano de recuperação judicial, ainda que aprovados por sentença transitada em julgado, não podem afastar as consequências decorrentes das disposições legais, no caso, o art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/05, o qual prevê que "os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso".*
>
> *4. – Agravo Regimental improvido." (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1280036 / SP, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, J. 20/08/2013)*

A ilegalidade da decisão adotada pela assembleia geral de credores é flagrante, quanto mais se for considerada a composição do órgão deliberativo, no qual podem funcionar todos os credores da empresa submetida à recuperação judicial, inclusive aqueles que não possuem qualquer prerrogativa creditícia e que, por tal razão, possuem grande interesse na suspensão das garantias concedidas a outros credores.

A revogação das prerrogativas creditícias não é, entretanto, a única diferenciação ilícita entre credores promovida pelo plano de recuperação objeto da lide originária, haja

vista que as cláusulas que dispõem sobre a forma de pagamento dos créditos de acordo com as classes (cláusulas 6.2.2., 6.2.3., 6.2.4. e 6.2.5.), apresenta flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia.

Isto porque, não obstante tenham sido divididos em classes, de acordo com os seus privilégios, os credores foram subclassificados em decorrência do valor de seus créditos, privilegiando-se aqueles que devem receber até R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Os demais credores, cujos créditos superam o limite estabelecido, somente receberão os pagamentos correspondentes ***"após o cumprimento integral dos demais credores"***. A medida, a toda evidência, afronta o sistema legal de recuperação de empresas, em que não há autorização para privilégios a credores que figuram na mesma classe de créditos, tampouco permissão para que credores menos privilegiados recebam seus créditos antes dos demais.

Não bastasse o tratamento desigual a credores que possuem a mesma situação jurídica, as cláusulas em epígrafe apresentam outra nulidade, decorrente do excessivo deságio concedido aos créditos que superam R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Segundo as previsões do plano de recuperação judicial, todos os credores que se enquadram nessa situação deverão receber, apenas, 15% (quinze por cento) do total devido, percentual que se mostra desarrazoado, mesmo numa análise superficial.

É bem verdade que não existem limites legais para a redução dos valores dos débitos de empresas sujeitas a processos de recuperação judicial e, mais do que isso, que as deliberações da assembleia geral de credores são soberanas, desde que não representem violação a dispositivos legais.

Não obstante, é também certo que o processo de recuperação judicial possui desiderato bem delimitado em lei, consistente, essencialmente, na tentativa de viabilizar a atividade econômica da empresa que enfrenta dificuldades financeiras, impondo o mínimo de prejuízo aos seus credores.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, ***"quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado simplesmente não ocorre. Nesse caso, o estado deve intervir, por meio do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa (dos empregados, consumidores, fisco, comunidade etc) (…). O instituto da recuperação da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada"***. (*in Curso de Direito Comercial,* vol. III, 11ª edição, Ed. Saraiva, 2010, p. 235/237).

Nesse contexto, a lei previu que os próprios credores, reunidos em assembleia, poderiam aceitar receber menos do que lhes é devido, a fim de permitir a manutenção das atividades da empresa devedora. Compete à maioria dos credores reunidos em assembleia, portanto, decidir por todos, mesmo que haja discordância parcial.

A prerrogativa conferida à maioria não é, entretanto, absoluta, sob pena de se configurar verdadeira tirania, em que aqueles que possuem créditos de maior valor podem ser sufocados, sofrendo, sozinhos, as consequências nefastas da recuperação judicial, dada sua condição minoritária. O Judiciário não pode compactuar com tal postura e, com supedâneo nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, deve intervir na decisão da maioria, ainda que não possa fazer-lhe as vezes para fixar novo percentual de deságio dos créditos sujeitos à recuperação judicial.

Sobre o tema, trago à colação o seguinte precedente jurisprudencial:

"AGRAVO DE INTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREJUDICIAL DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. PLANO RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. INFRINGÊNCIA A DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. INGERÊNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

(…)

Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que homologou plano de recuperação judicial aprovado em assembléia geral de credores; Plano de recuperação que representa verdadeiro perdão da dívida, já que aplicado deságio de 90% sobre o valor nominal dos créditos, com pagamento do saldo remanescente (10%) em 120 parcelas mensais, iguais e consecutivas, após carência de 36 meses, sem incidência de qualquer encargo, a partir do mês subseqüente ao da homologação do plano, com previsão inicial de pagamento para o mês de março/2015, contemplando ainda tratamento desigual para credores da mesma classe pelo percentual de deságio adotado;

Violação a princípios constitucionais, a exemplo do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, além afronta ao art. 61 da lei 11.101/05 e ao princípio da igualdade dos credores;

Necessidade de revisão dos posicionamentos do Poder Judiciário no sentido da soberania absoluta das Assembléias Gerais de Credores, devendo para tanto assumir seu papel precípuo de guardião dos princípios consagrados na Carta Política de 1988, atuando de maneira mais rigorosa e diligente, para que não continuem a ser homologados planos de recuperações judiciais em flagrante descompasso com o ordenamento jurídico vigente; Recurso provido, a unanimidade de votos." (TJ/PE, AI 447947520118170001, Relator Des. Bartolomeu Bueno, 3ª Câmara Cível, J. 19/07/2012)

A solução que se mostra viável para corrigir as distorções apontadas, na espécie, é reconhecer a nulidade da deliberação tomada em assembleia, por ser excessivo o valor do desconto concedido aos maiores créditos, determinando que nova reunião seja realizada, com elaboração de plano de recuperação alternativo, que atenda aos primados constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Entendo serem nulas, por tais fundamentos, as cláusulas 5.1.6., 6.2.2., 6.2.3., 6.2.4. e 6.2.5. do plano de recuperação judicial objeto da lide originária.

Idêntico raciocínio aplica-se à exclusão da correção monetária dos créditos sujeitos à recuperação judicial, consoante previsto na cláusula 6.2.1., segundo a qual ***"para o pagamento dos créditos não haverá incidência de qualquer encargo financeiro"***.

A medida adotada pela assembleia de credores viola as previsões da Lei nº 6.899/81, que dispõe, em seu artigo 1º, que ***"a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios"***.

A previsão legal supra transcrita tem assento constitucional, porque pressupõe a proibição ao enriquecimento ilícito. Assim, ainda que se admita a concessão de descontos nos débitos da empresa submetida ao processo de recuperação judicial, nada justifica que seja ela privilegiada com a cessação dos efeitos da correção monetária, cujo desiderato é, tão somente, recompor o valor da dívida.

Nem mesmo o argumento da soberania das decisões da assembleia de credores prevalece na hipótese dos autos, primeiro porque a correção monetária é devida por imposição legal, e depois porque os credores que representam a minoria da assembleia não podem ser obrigados a receber os valores que lhes compete com defasagem ainda maior, decorrente do congelamento instituído pela ausência de correção monetária.

A medida é excessivamente gravosa aos credores, assim entendidos todos os que possuem créditos pendentes de pagamento em face da agravada, inclusive o recorrente.

Por fim, entendo que também assiste razão ao agravante quanto à alegada nulidade da cláusula que prevê a concessão da carência à agravada, sem, no entanto, estabelecer os prazos a serem observados.

Isto porque a Lei nº 11.101/2005 prevê o prazo máximo em que a empresa devedora poderá permanecer em processo de recuperação judicial, qual seja, 2 (dois) anos, mas estabelece, em seu artigo 61, §1º, que durante esse prazo ***"o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei"***.

Não há, entretanto, como se falar em descumprimento de obrigações se não foram especificados, no plano aprovado, os prazos de carência para pagamento dos débitos, o que impede, inclusive, a indispensável fiscalização judicial quanto ao atendimento às determinações da assembleia de credores, pela empresa devedora.

Adoto, no particular, o entendimento da Douta Procuradoria de Justiça, estampado no opinativo de fls. 228/236, segundo o qual ***"inexistindo no plano prazo de carência para início do pagamento, resta inviabilizado o controle judicial sobre o seu cumprimento e, consequentemente, torna-se impossível a convolação da recuperação em falência na hipótese de inadimplemento das obrigações assumidas"***.

Ante o exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao presente agravo de instrumento, para reformar a decisão recorrida e declarar nulo o plano de recuperação judicial aprovado em assembleia geral de credores da empresa agravada, determinando que, em seu lugar, outro seja realizado, no prazo de 30 (trinta) dias, indene dos vícios apontados na presente decisão.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0001304-34.2014.8.05.0000, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Regina Helena Ramos Reis, julgado em 09.09.2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANSERV. OBRIGAÇÃO DE FAZER. NOVO CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA POR OCASIÃO DE RECADASTRAMENTO E/OU INADIMPLÊNCIA DE UMA MENSALIDADE. ÔNUS DESARRAZOADO AO BENEFICIÁRIO. PRETENSÃO DEFERIDA NA ORIGEM. AGRAVO IMPROVIDO.

Beneficiário de plano de saúde com os respectivos períodos de carência já adimplidos não podem ser forçados a cumprir novo prazo quando inexiste prova de quebra do vínculo contratual a ensejá-lo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento n. 0001304-34.2014.8.05.0000, em que é recorrente Estado da Bahia e recorrido Carmem Kruschewsky de Miranda.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar seguimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 46/50 que determinou a parte ré, ora agravante, que retire todas as carências do plano de saúde PLANSERV da Autora e de seus dependentes, de modo a fornecer cobertura às despesas e procedimentos médicos necessários ao tratamento de saúde da demandante, sob pena de multa diária.

O agravante insurge-se, às fls. 02/17, ao argumento de que o cumprimento de período de carência é medida legal, expressa no Decreto 9.552/2005, em seu art. 18. Afirma que não se trata de relação de consumo e que não estaria o Planserv submetido à Lei nº 9.656/98, de modo a necessitar de reforma a decisão vergastada. Sustenta que a multiplicidade de demandas poderia vir a causar grave risco a economia pública. Aduz ter sido absurda a quantia fixada a título de astreintes. Por fim, requereu a atribuição de efeito suspensivo até o seu julgamento final, em que espera ver cassada a decisão recorrida.

Negado o efeito suspensivo pleiteado na decisão de fls.67/69.

A agravada manifestou-se às fls. 71/77, afirmando que é servidora pública aposentada, beneficiária do Planserv há mais de 40 (quarenta) anos, quando o referido plano de saúde ainda se chamava Iapiseb. Ressalta que se encontra em tratamento de câncer e que a nova solicitação de cumprimento de carência pelo agravado se faz abusiva porquanto providenciou o recadastramento a contento e que somente atrasou a quitação de uma mensalidade em função de equívoco do sistema do Estado que não promoveu o pagamento dos vencimentos da agravada.

Estando o feito dispensado de revisão, pedi pauta de julgamento.

VOTO

Cumpre observar que, a despeito do quanto alegado pelo agravante, a decisão agravada não se pautou em aplicação do CDC à espécie, nem tampouco da aplicação da Lei 9.656/98, que se aplica aos planos de saúde privados.

É sabido que o Planserv é regulado pelo Decreto nº 9.552/2005, o qual prevê as hipóteses de perda da qualidade de beneficiário, em sua Seção IV, art. 13:

"Art. 13 – A perda da qualidade de beneficiário do PLANSERV ocorrerá:
I – para o beneficiário titular:
a) com o ***cancelamento voluntário da sua inscrição, através de solicitação formal e expressa;***

b) com o seu desligamento do Serviço Público ou por expiração do mandato eletivo;
c) com a cessação do benefício da pensão;
d) com a ***inadimplência, por três meses consecutivos,*** *para os beneficiários descritos no inciso V, do art. 7º, deste Regulamento;*
e) com o cometimento de falta grave, praticada pelo beneficiário titular ou qualquer de seus dependentes ou agregados, visando à obtenção ilícita de serviços ou vantagens para si ou para outrem, sem prejuízo da ação civil e penal cabíveis e encaminhamento ao órgão de sua lotação para apuração.".
II – para os dependentes, nas seguintes condições:
a) quando completar a idade limite de 18 (dezoito) anos e se efetivará no mês seguinte ao evento;
b) o dependente em geral, quando reunir as condições para serem beneficiários titulares;
c) os economicamente dependentes, quando cessada esta situação;
d) o (a) cônjuge, pela separação judicial, pelo divórcio ou pela anulação do casamento;
e) o (a) companheiro (a), quando revogada a sua indicação pelo beneficiário titular ou desaparecidas as condições inerentes a essa qualidade;
f) o (a) filho (a) maior inválido (a), pela cessação da invalidez;
g) por solicitação do beneficiário titular. (Negritou-se)

Não há nos autos provas e sequer alegação de que a agravante e seus dependentes teriam incorrido nas faltas do art. 13 acima transcrito.

Desse modo, é de se verificar que não tendo o agravante conseguido demonstrar que a agravada e seus dependentes perderam legitimamente a qualidade de beneficiários, nem tampouco que estes ainda estavam cumprindo o período de carência quando o Plano resolveu por bem fazê-los cumprir novos prazos; então resta forçoso concluir que não existe período a ser satisfeito, por não ter havido quebra da relação contratual a ensejar tal exigência.

Nos moldes em que exposta a situação e o seu conjunto probatório, portanto, a decisão atacada não merece qualquer reparo, na medida em que apenas restabelece a legalidade da atuação administrativa. Com efeito, cumpre ao Judiciário analisar a validade da atuação administrativa sob o seu aspecto formal. Há de ser apurar, então se os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública – notadamente legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade – foram observados no caso concreto.

Frisa-se, ainda, que a urgência da antecipação da tutela à agravada, bem como a fixação da multa por descumprimento encontram-se plenamente justificadas, tendo-se em vista o direito à saúde invocado. Sendo certo que o Planserv é parcialmente custeado pelo Estado da Bahia e que a Carta Magna dispõe que é dever do Estado garantir a saúde de todos os cidadãos, conforme dispõe o art. 196 – constituindo-se fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88).

Ademais, entender a quantia fixada como astreinte como absurda, em tese, é partir do princípio de que haverá o descumprimento. Ocorre, contudo, que se trata de manutenção do plano de saúde, eliminando-se a carência que já fôra cumprida; logo depende tão somente do agravante o seu cumprimento no prazo fixado, não havendo razões para incorrer no pagamento da multa arbitrada.

Conclusão

Ante as razões expostas, voto no sentido de **negar provimento ao agravo de instrumento** interposto.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0004360-08.2002.8.05.0001, 3ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago, julgado em 25.03.2014.

APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE DEPÓSITO CUMULADA COM PERDAS E DANOS. DÉBITO INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. FATO DO SERVIÇO. ALEGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE CHEQUE DEPOSITADO. INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO NO VALOR RETIRADO. DIREITO A RESTITUIÇÃO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. RISCO EMPRESARIAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR E ABORRECIMENTO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. A PARTIR DA CITAÇÃO. VIGÊNCIA DO CC/2002. TAXA SELIC. PRECEDENTE DO STJ. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCOS. SENTENÇA REFORMADA.

1. *In casu*, verifica-se que é fato incontroverso que ocorreu débito indevido na conta-corrente do autor no importe de Cz$ 41.000,00 (quarenta e um mil cruzados). Mesmo sob a rubrica de devolução de cheque depositado, não há, nos documentos acostados, registro de nenhum depósito feito nesse valor, que justificasse o lançamento do débito, restando patente que é devida a restituição da referida quantia.
2. Quanto ao dano moral, o débito indevido na conta-corrente efetuado pela instituição financeira, por si só, não é apto para a sua caracterização, não existindo violação dos direitos da personalidade do acionante, provada nos autos. A hipótese versa sobre aborrecimento e dissabor, ficando evidente a inexistência de qualquer abalo psíquico, tanto é que a ação só foi movida dois dias antes do término do prazo prescricional vintenário, com relação a evento ocorrido no ano de 1986.
3. O termo inicial dos juros de mora é a data da citação, conforme disposição do art. 405 do C.C/2002, por se tratar, *in casu,* de responsabilidade contratual, já que existe vínculo jurídico entre o correntista e o banco.
4. Conforme a jurisprudência do STJ, a restituição de valores indevidamente descontados não deve se dar nas mesmas taxas aplicadas pelo banco em razão de empréstimos a clientes, não devendo os juros de mora, no caso em tela, ser aplicados conforme o disposto no art. 1062 do CC/1916, já que a citação ocorreu na vigência do CC/2002, devendo ser aplicada a Taxa SELIC a partir desse termo.

5. Quanto a distribuição dos honorários sucumbenciais, eis que foram fixados de forma equânime, tendo em vista que o autor sucumbiu quanto ao pedido dos danos morais.
PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DE APELAÇÃO DO BANCO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Recursos de Apelação Cível de nº 0004360-08.2002.8.05.0001, tendo como apelante/apelado NAILTON MENDES DE MATOS e como apelante/apelado o BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em AFASTAR A PRELIMINAR suscitada e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO DO BANCO e NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR, reformando a sentença pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelações Cíveis simultâneas, nos autos da Ação de Depósito cumulada com Perdas e Danos, movida por **NAILTON MENDES DE MATOS** contra o **BANCO BRADESCO S/A,** em face da sentença proferida, às fls. 143/148, pelo Juízo de Direito da 5ª Vara dos Feitos de Relação de Consumo, Cíveis e Empresariais da Comarca de Itabuna, que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial, condenando o banco a restituição da importância de Cz$ 41.000,00 (quarenta e um mil cruzados), devidamente atualizada, com correção monetária e juros de mora de 0,5%, ao mês, desde a prática do ato ilícito em 25/03/1986, passando a incidir a Taxa Selic mensalmente a partir da entrada em vigor do CC/2002, e determinando o pagamento das custas processuais *pro rata*, tendo suspenso a exigibilidade em relação ao demandante, e que as partes arcassem com os honorários dos seus próprios advogados, fixados no valor de 10% sobre o valor da condenação.

Irresignado, **NAILTON MENDES DE MATOS**, em suas razões, às fls. 149/154, pugna pela reforma da sentença, alegando não ser justo a devolução do indébito com taxa de poupança, mas sim com a mesma taxa de juros de aplicação de mercado, ao menos a Taxa Selic. Assevera que a indenização por danos morais é devida, pois o dano foi provado nos autos, em virtude do constrangimento sofrido. Sustenta que por ter vencido a demanda, ainda que em parte, deveria ser apenas o banco condenado nos honorários de sucumbência, pugnando, por fim, pelo provimento do recurso.

Em contrarrazões, às fls. 170/187, o banco suscita a preliminar de decadência do direito do Apelante, com base no art. 26 do CDC, alegando que o direito de reparação por dano decorrente de fornecimento de serviço extingue-se no prazo de noventa dias. Aduz, em síntese, que a parte apelante não se desincumbiu de provar o seu direito a revisão contratual, apontando fato extraordinário que justificasse a medida.

Assevera que os juros aplicados no contrato eram de pleno conhecimento do recorrente, sendo lícita a conduta do réu, que apenas cumpriu o acordado, e que a pretensão da inicial viola o ato jurídico perfeito. Sustenta que deve ser mantida a sentença do juízo *a quo* quanto à ausência de aplicação dos juros e Taxa Selic. Argumenta a inexistência de dano moral e a inexistência do dever de indenizar, já que não existe qualquer ato ilícito praticado.

Pugna, por fim, pelo desprovimento do recurso com a manutenção da sentença.

Por sua vez, o **BANCO BRADESCO S/A**, às fls. 156/165, em suas razões, alega que o débito alegado pelo apelado é decorrente de devolução de cheque depositado, conforme se verifica às fls. 10. Argumenta que tal lançamento era comum na conta do recorrido, posto que, por ser comerciante, efetuava muitos depósitos de cheques de terceiros, sendo alguns destes devolvidos, o que gerava débito na referida conta.

Sustenta que após o lançamento do débito, consoante os documentos de fls. 11 e 12, o acionante continuou movimentando a conta e que não buscou solução junto ao acionado, apresentando petição, alegando ser interpelação judicial, sem força probatória, por não ter indício de que foi protocolada ou recebida em cartório. Arrazoa que a ação foi ajuizada somente cerca de vinte anos depois.

Aduz que inexiste responsabilidade da apelada, já que não houve prática de ato ilícito. Defende que, em sendo mantida a condenação, a aplicação de juros deveria se dar a partir da citação do acionado e não deveria ser aplicada a Taxa Selic, em conformidade com o art. 406 do CC/2002. Pugna, por fim, pelo provimento do recurso.

Em contrarrazões, às fls. 212/215, o apelado pugna pelo desprovimento do recurso, alegando que foi debitado na conta do recorrido cheque que não havia sido depositado nessa conta, caracterizando-se o ato ilícito. Aduz que houve necessidade de invocar a prestação jurisdicional depois de ter reivindicado junto ao recorrente sem que este atendesse ao pedido. Alega que não há contrato no caso em tela, mas ato ilícito, não se aplicando as ementas no sentido de que os juros são devidos desde a citação, e que a aplicação da Taxa Selic não foi contestada, estando preclusa sua arguição em fase recursal.

Encaminhados ao(à) Eminente Desembargador(a) Revisor(a), foi solicitada data para julgamento.

É o relatório. Contextualizada a controvérsia, **passo a decidir**.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, os recursos devem ser conhecidos.

Prius, deve ser afastada a preliminar de decadência, posto que inaplicável a disposição constante do art. 26 do CDC, uma vez que o caso em tela está enquadrada no art. 14 do CDC, ou seja, trata-se de fato do serviço, e não de vício do serviço, constante no art. 20 e 21 do CDC.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FATO DO SERVIÇO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. EMPRESA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO CDC. PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DA AÇÃO NA ORIGEM. DECADÊNCIA DECRETADA COM ESTEIO NO ART. 26, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMI-

DOR. INAPLICABILIDADE AO CASO FOCADO. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR FATO DO SERVIÇO, HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM O VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS. EXEGESE DO ART. 27 DO CDC. PREJUDICIAL DE MÉRITO ARREDADA. "Estando o pleito indenizatório fundado em fato de serviço (CDC, art. 14), e não em simples vício de qualidade ou quantidade deste (CDC, art. 18), inaplicável o instituto da decadência, pois, em hipóteses cuja causa de pedir próxima advém de suposto acidente de consumo, a consequência jurídica decorrente da inércia do consumidor é a prescrição, cuja caracterização deve ser aferida à luz do art. 27 do CDC." (TJSC Agravo de Instrumento n. Relª Desª. Salete Silva Sommariva - j. 08.05.2007). MÉRITO. CAUSA NÃO MADURA PARA JULGAMENTO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR INSTRUÇÃO PROCESSUAL. "Havendo requerimento expresso do apelante, é obrigatório ao tribunal, aplicando o § 3º do art. 515 do CPC, já conhecer do mérito da demanda, ao prover a apelação interposta contra a sentença terminativa, a não ser que a matéria ainda reclame alguma providência ou prova a ser produzida no juízo singular." (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. In Inovações no Processo Civil: Comentários às Leis 10.352 e 10.358 de 2001, Dialética, São Paulo, 2002, pgs. 85-86). RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. (TJ-SC – AC: 20120265823 SC 2012.026582-3 (Acórdão), Relator: Carlos Adilson Silva, Data de Julgamento: 24/06/2013, Terceira Câmara de Direito Público Julgado, Data de Publicação: 03/07/2013 às 07:44. Publicado Edital de Assinatura de Acórdãos Inteiro teor Nº Edital: 6246/13 Nº DJe: Disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico Edição n. 1663 - www.tjsc.jus.br)

Da detida análise dos autos, especificamente dos extratos às fls. 08/12, verifica-se que é fato incontroverso que ocorreu débito indevido na conta-corrente do autor no importe de Cz$ 41.000,00 (quarenta e um mil cruzados). Mesmo sob a rubrica de devolução de cheque depositado, não há, nos documentos acostados, registro de nenhum depósito feito nesse valor, que justificasse o lançamento do débito.

Assim, resta patente que o banco não se desincumbiu de provar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, conforme dicção do inciso II do art. 333 do CPC, evidenciando-se assim o caráter ilícito de tal lançamento.

Diante disso, exsurge clara a responsabilidade da empresa apelada que, com a falta de cautela necessária, diante da sua atividade, agiu de forma indevida ao lançar o referido débito, deixando de averiguar a existência de depósito anterior no referido valor. Estabelecido, porém, o nexo entre a conduta do fornecedor e o resultado lesivo, sua responsabilidade é objetiva, isto é, independe de culpa, conforme disposição expressa do art, 14 do CDC:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Nesse contexto, importante sinalizar que os fornecedores de serviço estão diretamente ligados aos RISCOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, ou seja, uma vez colocados à disposição dos consumidores suas operações comerciais, assumem, categoricamente, pelos danos e consequências provocadas pelos seus atos, bem como de quem quer que esteja usufruindo dos seus serviços, ainda mais quando se considera que o dano não foi provocado por terceiro.

Feitas essas ponderações, resta patente que é devida a restituição da quantia indevidamente debitada na conta corrente do consumidor vitimado pela negligência da instituição financeira.

Quanto ao dano moral, o débito indevido na conta-corrente efetuado pela instituição financeira, por si só, não é apto para a sua caracterização, não existindo violação dos direitos da personalidade do acionante, provada nos autos. A hipótese versa sobre aborrecimento e dissabor, ficando evidente a inexistência de qualquer abalo psíquico, tanto é que a ação só foi movida dois dias antes do término do prazo prescricional vintenário, com relação a evento ocorrido no ano de 1986.

No sentido da inexistência dos danos morais, julgados da jurisprudência pátria:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. DÉBITO INDEVIDO EM CONTA CORRENTE. DANO MORAL. VERBA HONORÁRIA. I. PARA QUE SE ADMITA A COMPENSAÇÃO PELOS SOFRIMENTOS AMARGADOS COM O DANO MORAL, É PRECISO MAIS QUE O MERO INCÔMODO, DESGASTE OU FRUSTRAÇÃO, SENDO NECESSÁRIA A CARACTERIZAÇÃO DE UM ABORRECIMENTO EXTREMAMENTE SIGNIFICATIVO CAPAZ DE OFENDER A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. II. O DÉBITO EM CONTA CORRENTE, EM PRINCÍPIO, APESAR DE CAUSAR ABORRECIMENTOS, UMA VEZ QUE O CONSUMIDOR TEM QUE DILIGENCIAR PARA OBTER O ESTORNO DA IMPORTÂNCIA DEBITADA INDEVIDAMENTE, POR SI SÓ, NÃO POSSUI RELEVÂNCIA JURÍDICA A PONTO DE CARACTERIZAR DANO MORAL. ENTRETANTO, À MÍNGUA DE RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, A SENTENÇA NÃO PODE SER REFORMADA, DEVENDO, POIS, SER MANTIDA A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS, NO VALOR FIXADO. III. NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO.
> (TJ-DF – APL: 484179720098070001 DF 0048417-97.2009.807.0001, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/02/2011, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 03/03/2011, DJ-e Pág. 187)

> REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DÉBITO INDEVIDO EM CONTA CORRENTE. DIREITO À RESTITUIÇÃO EM DOBRO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Os débitos indevidos foram realizados na conta corrente do autor, razão pela este é parte legítima para propor a presente demanda. 2. Faz jus a parte autora à restituição em dobro dos valores indevidamente debitados, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC, porquanto não é hipótese de engano justificável 3. O simples débito indevido não permite a caracterização de dano...

(TJ-RS – Recurso Cível: 71002876001 RS , Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 11/08/2011, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2011)

No que diz respeito ao termo inicial da incidência dos juros moratórios, merece acolhimento a alegação do banco de que devem incidir a partir da citação. Ora, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação, conforme disposição do art. 405 do C.C/2002, por se tratar, *in casu*, de responsabilidade contratual, já que existe vínculo jurídico entre o correntista e o banco. Nesse sentido, vejamos:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS E MORAIS – DEVOLUÇÃO DE CHEQUES DE CORRENTISTA, PROTESTO DE SEU NOME E INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DANOS MATERIAIS – COMPROVADOS – PROVA EM DANO MORAL – DESNECESSÁRIA – QUANTUM INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS – REDUZIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO DE NATUREZA CONDENATÓRIA – FIXAÇÃO SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC – BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – REVOGADOS – INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A SUA CONCESSÃO – TERMO INICIAL DOS JUROS LEGAIS EM RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL – A PARTIR DA CITAÇÃO – PERCENTUAL DOS JUROS LEGAIS A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – 12% AO ANO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO VERIFICADA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJ-MS – AC: 2294 MS 2006.002294-9, Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro, Data de Julgamento: 16/12/2008, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 16/02/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ORGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, UMA VEZ QUE INEXISTENTE A DÍVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO ARBITRAMENTO DA VERBA (SÚMULA 362 STJ). EM SE TRATANDO DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, OS JUROS MORATÓRIOS INCIDEM A PARTIR DA CITAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70050662154, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 27/09/2012)
(TJ-RS – AC: 70050662154 RS , Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 27/09/2012, Décima Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/10/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. BANCÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DANO MORAL. JUROS

DE MORA CONTADOS DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DEFINITIVA. DATA DO ARBITRAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual. 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que os juros moratórios são contados da data da respectiva citação nas hipóteses de responsabilidade contratual, como no caso dos autos. 3. Nas indenizações por dano moral, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado definitivamente o valor da indenização. 4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da data do arbitramento. (STJ – EDcl no REsp: 1062990 PR 2008/0126839-8, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2013)

Não obstante a alegação do autor/apelante da injustiça da taxa de juros de mora aplicada, conforme a jurisprudência do STJ, a restituição de valores indevidamente descontados não deve se dar nas mesmas taxas aplicadas pelo banco em razão de empréstimos a clientes, *in verbis*:

Civil. Agravo no recurso especial. Ação de cobrança. Valores indevidamente descontados de conta-corrente, pelo banco. Índices a serem aplicados na restituição. Impossibilidade de aplicação das mesmas taxas de inadimplência exigidas pelo banco na contratação do cheque especial. Precedente da 2ª Seção. Danos morais não configurados. Súmula nº 7/STJ.
– A 2ª Seção do STJ firmou entendimento, com minha ressalva pessoal, no sentido de que o banco não pode ser compelido a devolver ao consumidor valores indevidamente retirados de conta-corrente com base nos mesmos índices aplicáveis à utilização do cheque especial.
– Não é possível o reexame de fatos e provas em recurso especial.
– Não se conhece de recurso especial quando o acórdão está em consonância com a jurisprudência pacífica do STJ.
Agravo não provido.
(AgRg no Resp 704224/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 20/03/2009)

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESCONTO INDEVIDO DE ENCARGOS E TAXAS BANCÁRIAS DE CONTA-CORRENTE DE CLIENTE. RESSARCIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR REPETIÇÃO CORRIGIDA PELOS MESMOS ENCARGOS EXIGIDOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM OPERAÇÃO DE MÚTUO FINANCEIRO. 1. Consoante o entendimento sedimentado desta Corte Superior, é inviável a pretensão de restituição de valores indevidamente descontados de conta-corrente na

mesma base de cálculo dos encargos cobrados pela instituição financeira em empréstimos a clientes. (Precedentes: REsp n.º 447.431/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, DJU de 16/08/2007; REsp n.º 437.222/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, Quarta Turma, DJe de 19/05/2008)

2 Assim, a restituição da importância irregularmente subtraída da conta-corrente da empresa deve ser realizada com acréscimo de juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês, bem como de correção monetária pelo INPC, e juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação, até a vigência do novo Código Civil. Após a vigência deste, juros de mora na forma do seu art. 406, sem correção monetária, porque já embutida na taxa SELIC.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1087999/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 09/03/2009)

Dessa forma, consoante orientação jurisprudencial, os juros de mora não devem ser aplicados conforme o disposto no art. 1062 do CC/1916, já que a citação ocorreu na vigência do CC/2002, devendo ser aplicada a Taxa SELIC a partir desse termo.

Quanto a distribuição dos honorários sucumbenciais, eis que foram fixados de forma equânime, tendo em vista que o autor sucumbiu quanto ao pedido dos danos morais.

Ante o exposto, **VOTO** pelo **AFASTAMENTO DA PRELIMINAR** suscitada e, no mérito, por **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO DO BANCO** e **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR**, reformando-se a sentença apenas para fazer incidir os juros de mora a partir da citação do banco.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0000848-84.2014.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 03.06.2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. MARGEM CONSIGNÁVEL LIMITADO AO PERCENTUAL DE 30%. EMPRÉSTIMO DEBITADO EM CONTA-CORRENTE COINCIDENTE COM CONTA-SALÁRIO. COMPROMETIMENTO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DO CORRENTISTA. ILEGALIDADE. NEGATIVAÇÃO DO NOME DO DEVEDOR ENQUANTO PENDENTE DISCUSSÃO DO DÉBITO. ABUSIVIDADE. PERMANÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A limitação dos descontos feitos em folha de pagamento ao patamar de 30%, deve ser aplicado também quanto aos empréstimos realizados junto ao Banco do Brasil isto porque, na hipótese dos autos, tais descontos, ainda que pactuados livremente pelo agravante, recaem, em verdade, em sua conta-salário, importando no comprometimento total de seus vencimentos, o que é vedado pela a jurisprudência de nossos Tribunais.

Manifestam-se ilegais e abusivos os descontos praticados por instituições financeiras que excederem a margem legal consignável, incidindo sobre a integralidade do salário do consumidor, comprometendo sua própria subsistência e dificultando a quitação do débito. Precedentes do STJ.

Considera-se, por sua vez, abusiva a negativação do nome do devedor enquanto pendente discussão acerca do débito.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de **Agravo de Instrumento nº. 0000848-84.2014.805.0000**, tendo como agravante **Antônio Mônaco Neto** e, como agravados o **Banco Itaú Unibanco S/A e outros.**

ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **DAR PROVIMENTO EM PARTE** ao Agravo de Instrumento para, confirmando a liminar, determinar ao Banco do Brasil que deixe de proceder com os descontos dos empréstimos financiados pelo agravante/devedor diretamente em sua conta-corrente, bem como que todas as instituições financeiras/rés se abstenham de lançar o nome do agravante nos cadastros de proteção ao crédito ou, caso já o tenham feito, que providenciem a sua retirada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de incidir multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), ficando mantidos os demais termos da decisão impugnada.

RELATÓRIO

O presente Agravo de Instrumento foi interposto em face da decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 25.ª Vara dos Feitos Cíveis de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais, Comarca de Salvador, nos autos da Ação de Revisão Contratual c/c Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais com pedido de Tutela Antecipada, proposta por **Antônio Mônaco Neto** contra o **Banco Itaú Unibanco S/A, o Banco Bradesco S/A e Banco do Brasil S/A** que deferiu parcialmente medida liminar, para determinar que os réus limitem o desconto em folha ao percentual de 30% sobre o valor do salário líquido, de modo que os descontos não ultrapassem o referido patamar, ficando excluído desta determinação o Banco do Brasil, por ter contratado livremente com o autor para descontos diretamente em conta.

Irresignado, aduziu o Agravante, em suas razões recursais, que o Magistrado de primeiro grau decidiu a questão incorretamente, sendo os descontos abusivos e inconstitucionais pois incidem sobre patamar superior a 100% do seu salário bruto, verba de natureza alimentar, garantidora da sobrevivência de toda sua família.

Sob tais argumentos, requereu a concessão de efeito suspensivo ativo a fim de que seja determinado por este juízo que as instituições financeiras, agravadas, limitem os descontos dos empréstimos realizados pelo servidor/agravante ao percentual de 30% de seu salário bruto, com a retira de seu nome dos cadastros restritivos de crédito, bem como que o Banco do Brasil se abstenha de debitar os valores atualmente praticados em sua conta corrente, porque acima do patamar legalmente permitido.

Colacionou documentos de fls. 13/100.

Este Relator, em decisão de fls. 128/129, deferiu parcialmente a antecipação da tutela recursal.

Apesar de intimados, os agravados não apresentaram contrarrazões, fls. 132/137.

Não houve informações do Juiz de 1º Grau.

Relatados os autos, inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

O presente Agravo de Instrumento foi interposto em face da decisão interlocutória proferida pela MM. Juiz de Direito da 25.ª Vara dos Feitos Cíveis de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais, Comarca de Salvador, nos autos da Ação de Revisão Contratual c/c Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais com pedido de Tutela Antecipada, proposta por **Antônio Mônaco Neto** contra o **Banco Itaú Unibanco S/A, o Banco Bradesco S/A e Banco do Brasil S/A** que deferiu parcialmente medida liminar, para determinar que os réus limitem o desconto em folha ao percentual de 30% sobre o valor do salário líquido, de modo que os descontos não ultrapassem o referido patamar, ficando excluído desta determinação o Banco do Brasil, por ter contratado livremente com o autor para descontos diretamente em conta.

Em decisão liminar de fls. 125/129, entendeu este relator que apesar de correta a decisão de primeiro grau quanto a limitação dos descontos feitos em folha de pagamento ao patamar de 30%, o *fumus boni iures* subsistia quanto aos empréstimos realizados junto ao Banco do Brasil isto porque, na hipótese dos autos, tais descontos, ainda que pactuados livremente pelo agravante, recaiam, em verdade, em sua conta-salário, importando no comprometimento total de seus vencimentos, o que é vedado pela a jurisprudência de nossos Tribunais, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONTOS EM CONTA CORRENTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO EM 30%. PRECEDENTES DA CORTE.*
> *1.- A jurisprudência desta Corte já decidiu que"* ***o banco não pode apropriar-se da integralidade dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se de débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão*** *"*(REsp 492.777/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 1.9.2003).
> *2.- Entretanto, tal orientação deve ser harmonizado com precedente da Segunda Seção deste Tribunal (REsp 728.563/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJ8.6.2005), que consolidou o entendimento de que" é válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado,*

> *a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário ".*
> *3.- Ante tais lineamentos, esta* ***Corte firmou o entendimento de que," ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador*** *"(Resp 1.186.965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 03.02.2011).*
> *4.- Agravo Regimental improvido." (STJ, Terceira Turma, AgRg no AgRg no AREsp n. 7.337/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 07/05/2013.)*

Também considerou este julgador evidenciado o *periculum in mora*, pela real ameaça de negativação do nome do devedor/agravante nos cadastros de restrição ao crédito, incitada pela própria dificuldade de quitação do débito em face da absorção integral do salário pelos descontos praticados pelos bancos financiadores. Este fato por si só induz a presunção de existência de dano moral (Danos *In re ipsa),* por afetar diretamente a dignidade da pessoa humana, tanto em sua honra subjetiva, como perante a sociedade.

Feitas tais considerações, temos que, a análise favorável do pedido de antecipação de tutela se deu, portanto, em função de o autor ter demonstrado em suas alegações fáticas e jurídicas a existência de prova inequívoca hábil à formação de um juízo de verossimilhança, aliado ao justificado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou defesa temerária, caracterizada pelo abuso do direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu.

Na hipótese dos autos, manifesta é a ilegalidade dos descontos praticados pelas instituições financeiras ao excederem a margem legal consignável, incidindo na integralidade do salário do consumidor, comprometendo sua própria subsistência e dificultando a quitação do débito. A ilegalidade também se apresenta na inserção do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito enquanto pendente discussão da dívida em sede de Ação Revisional, medida que contraria a jurisprudência dos nossos tribunais que veda, com veemência, a prática de tal ato, senão vejamos:

> *"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. CONCESSÃO PARCIAL DE TUTELA ANTECIPADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO DO NOME DO AGRAVADO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO, FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1. – A convicção a que chegou o Acórdão recorrido acerca do preenchimento dos requisitos para a concessão de antecipação de tutela decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula 7 desta Corte. 2.* ***– Esta Corte já decidiu que encontrando-se pendente de julgamento o litígio instaurado entre as partes acerca do alongamento do débito, não se justifica o registro do nome do devedor no CADIN ou qualquer outro órgão cadastral de proteção ao crédito*** *(REsp 217.629/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2000, DJ 11/09/2000, p. 255). 3. – Restou consignado no v. Acórdão que: constata-se, no ponto, que inexiste*

*perigo de irreversibilidade do provimento concedido, tendo em vista que nos contratos de Cédula Rural Pignoratícia os bancos sempre exigem a oferta de garantias reais vinculadas às contratações rurais adjetivadas, sendo que geralmente estas são sobejamente suficientes aos interesses creditícios firmados entre as partes. Ocorre que esse fundamento, suficiente por si só, para manter a conclusão do julgado, não foi atacado, de forma específica, nas razões do Recurso Especial, incidindo, à hipótese, o comando da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, por aplicação analógica. 4. – Agravo Regimental improvido." (**STJ, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA**).*

Em assim sendo, e diante da clara ilegalidade e abusividade dos descontos promovidos pelos agravados, entendeu este relator pela presença dos requisitos dos art. 273 c/c 461, § 3º do CPC, deferindo, por consequência, pedido de antecipação da tutela formulado na inicial recursal, a fim de impedir os descontos dos empréstimos financiados pelo agravante/devedor junto ao Banco do Brasil diretamente em sua conta-corrente, bem como o lançamento do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito ou, caso já o tenham feito, ordenando sua retirada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de incidência de multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais).

Oportunizado prazo, os agravados não apresentaram contrarrazões, deixando de produzir contraprova capaz de refutar o direito alegado e assim justificar qualquer ato judicial de revogação da medida concessiva.

Desta forma, presentes e mantidos os requisitos ensejadores da pretensão recursal, confirma-se a liminar deferida, para **DAR PROVIMENTO EM PARTE** ao agravo de instrumento interposto pelo autor, determinando ao Banco do Brasil que deixe de proceder com os descontos dos empréstimos financiados pelo agravante/devedor diretamente em sua conta-corrente, bem como que todas as instituições financeiras/rés se abstenham de lançar o nome do agravante nos cadastros de proteção ao crédito ou, caso já o tenham feito, que providenciem a sua retirada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de incidir multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), no mais ficam mantidos os termos da decisão impugnada.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0004362-84.2010.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julgado em 06.12.2011.

EMENTA: CIVIL – PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REGULARIDADE DA APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS – DESASTRE AMBIENTAL – COLÔNIA DE PESCADORES – COMPROMETIMENTO TEMPORÁRIO DA ATIVIDADE DE SUBSISTÊNCIA – PRESTAÇÃO ALIMENTAR TEMPORÁRIA A CARGO DA EMPRESA RESPONSÁVEL – RISCO INERENTE À ATIVIDADE DE PROSPECÇÃO, EXTRAÇÃO E REFINO DE PETRÓLEO –

RESPONSABILIDADE CIVIL – INSTITUIÇÃO DO BENEFÍCIO POR TEMPO MÍNIMO, DURANTE O QUAL A NECESSIDADE DOS QUE VIVEM DA PESCA ARTESANAL É PRESUMIDA – AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Tendo sido a audiência de instrução marcada para o dia 31/março/2010, cumpria à Agravada depositar o rol em cartório até 21/março, o fazendo, todavia, apenas no dia seguinte. A questão, no entanto, não se resolve pelo mero cotejo das datas, impondo-se examinar o sentido da norma processual que se diz violada (oferecimento extemporâneo do rol).

II – O objetivo da regra é, sobretudo, prevenir a parte adversa acerca das pessoas listadas para depor como testemunha, possibilitando a eventual impugnação das mesmas, inclusive para fins de contradita. Nesse passo, se na audiência do dia 31/março/2010, "por razões de não cumprimento cartorário de diligências" (confira-se termo à fl.96) não foi possível a coleta testemunhal, o novo termo a partir do que deflagrada a contagem retroativa do decêndio, a rigor deveria ser a data da audiência de instrução e julgamento designada para o dia 23/setembro/2010.

III – Andou bem a ilustre *a quo*, no ponto, ao admitir a indicação das testemunhas da Agravada, embora proibindo a respectiva substituição, atendendo ao escopo primacial da norma, não podendo a Agravante dizer-se surpreendida pela escolha de testemunhas que, de antemão, já sabia os nomes, ainda distando, naquele momento, cerca de cinco meses para a audiência em que seriam ouvidas.

IV – A dimensão dos danos ocasionados pelo acidente ambiental é depreendida, pelo menos no que basta à fixação de um período mínimo de prejuízo para a atividade da pesca artesanal, da cópia do processo instaurado no âmbito do Instituto do Meio Ambiente – IMA, encartada nos autos, sinalizando a abrangência da área atingida, concluindo-se, ao final, que os municípios afetados pelo derramamento de óleo são os de São Francisco do Conde e Candeias.

V – Já a indicação dos pescadores que tiveram sua atividade estancada de inopino também restou atendida, por meio de substrato que já residia nos autos quando denegada a providência antecipatória.

VI – Não há como fechar os olhos, nesse contexto, à necessidade premente de atendimento às urgências das famílias afetadas, cujo meio de vida foi, de uma hora para outra, inviabilizado, por ação cuja autoria só pode ser carregada à PETROBRÁS S/A. Certo é que o risco ambiental derivado da atividade de prospecção e extração de petróleo somente se justifica quando ao seu lado caminha a responsabilidade das empresas que atuam em setor tão propenso a acidentes.

VII – As perspectivas de lucros ou distribuição de dividendos dessas grandes corporações não podem sonegar o eventual socorro às populações carentes que são, de imediato, atingidas. Trata-se de

respeito aos princípios da dignidade humana e da proteção ao trabalho, qualificados pela necessidade cotidiana de quem precisa sobreviver e assegurar a subsistência dos seus. E o Judiciário, chamado a responder em tais demandas, não pode enlear-se em preciosismos ou fazer menoscabo da situação de quem, simplesmente, não tem mais de onde tirar o sustento.

VIII – A fixação da prestação transitória em R$650,00 (seiscentos e cinquenta reais) partiu do menor salário de referência vigente no país para se aproximar da própria estimativa autoral, marcos razoáveis, não se podendo exigir a elaboração de uma planilha reveladora da "média de ganhos" dos profissionais da pesca artesanal da região no momento inicial da lide, em tutela pautada pela urgência, despida de qualquer traço de definitividade.

IX – Novos elementos recomendaram a fixação de um período certo, delimitado em três meses, tempo no qual gerada a obrigação correspondente, em favor do profissional que viva exclusivamente da pesca, inserido na listagem da SEAP e cadastrado junto à Colônia Z-05, sem prejuízo de impugnação tópica, pela Agravada, baseada no suposto desatendimento à exigência em destaque.

X – Agravo a que se dá parcial provimento, mantendo-se a decisão vergastada no que tange à aceitação do rol de testemunhas indicado pela Agravada, confirmando-se, porém, o efeito ativo que se traduz na instituição da prestação acima, a cargo da PETROBRÁS S/A, fixada em R$650,00 (seiscentos e cinquenta reais), por três meses, sem necessidade de caucionamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Agravo de Instrumento* nº 0004362-84.2010.805.0000-0, da Comarca de São Francisco do Conde, em que é agravante COLÔNIA DE PESCADORES Z-05, e agravada PETROBRÁS – PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Agravo de Instrumento, e o fazem de acordo com o voto da relatora DESª. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL.

RELATÓRIO

Trata-se de *Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo*, interposto por COLÔNIA DE PESCADORES Z-05 DE SÃO FRANCISCO DO CONDE, em face de decisão proferida pelo Juízo da Vara Cível da Comarca de São Francisco do Conde que, nos autos da *Ação de Reparação de Danos* nº 0000277-63.2009.805.0235, ajuizada contra a PETROBRÁS – PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, manteve o rol de testemunhas apresentado a destempo pela ora Agravada, bem como indeferiu o pedido de

antecipação de tutela (fixação de verba alimentar temporária em favor dos pescadores representados, prejudicados pelo vazamento de óleo ocorrido em abril/2009, proveniente da Refinaria Landulpho Alves), a pretexto de que ainda não possuía parâmetros para estabelecer "*... a extensão do dano a ponto de fixar requisitos de responsabilidade civil em antecipação de tutela, já que a demanda carece ainda de provas periciais que são cruciais para o desenvolvimento da questão*" (v. fl. 95).

Irresignada, requereu a Agravante a concessão de efeito ativo, com a "*antecipação parcial dos efeitos da tutela*", determinando-se à parte ré que realize depósitos judiciais mensais no importe de R$ 800,00 (oitocentos reais) por cada pescador representado, conforme relação constante dos autos, quantias a ser paulatinamente liberadas mediante alvará. Requereu ainda fosse proibida a oitiva das testemunhas arroladas intempestivamente na audiência que havia sido designada para o dia 23/09/2010, tudo a ser consolidado quando do julgamento do Agravo, inclusive o pagamento da verba alimentar, declarando-se, em definitivo, a preclusão da produção de prova testemunhal pela Agravada.

Conforme decisão de fls. 1.473/1.478, complementada às fls. 1.504/1.509 após interposição de Embargos de Declaração por ambas as partes, negou-se o efeito vindicado quanto à invalidação (e preclusão) do rol de testemunhas apresentado pela Agravada, e, quanto ao pedido de fixação de prestação alimentar em favor dos pescadores que tiveram prejudicada sua atividade de subsistência, foi estabelecida, em regime de urgência, a prestação mensal no valor de R$650,00 (seiscentos e cinquenta reais), retroativos à data do acidente (**15/abril/2009**), a ser paga às pessoas listadas na relação fornecida pela SEAP (Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca (fls. 412/450), pescadores artesanais com status "ativo" e que deveriam também estar cadastrados junto à Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde.

A Agravante juntou às fls. 1.512/1.539 cópia de petição e relação de 2.029 pescadores oferecidas nos autos de origem, tornando a residir neste recurso às fls. 1.542/1.543, desta feita para requerer o bloqueio de valor suficiente ao cumprimento da ordem antecipatória.

Petição da União Federal suscitou a incompetência do Juízo Estadual para conhecer do litígio, requerendo, dentre outras providências, a remessa dos autos à Justiça Federal (fls. 1.547/1.550).

Informações do MM. *a quo* foram encartadas às fls. 1.553/1.554.

A PETROBRÁS S/A ofereceu contrarrazões às fls. 1.559/1.573, refutando a presença dos requisitos que autorizam a antecipação da tutela recursal, requerendo, ao fim, "*seja julgado improcedente*" o Agravo. Juntou documentos às fls.1.574/1.578.

Diante da alegada incompetência do Foro Estadual, e cabendo à própria Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico da União na lide (consoante verbete sumular nº 150 do colendo STJ), sobrestou esta Relatora o julgamento do Agravo até que definida a questão competencial (v. fls. 1.580/1.581).

Petição da Agravante e Embargos de Declaração da Agravada foram apreciados (e denegados) às fls. 1.593/1.595. Novos declaratórios, desta feita apenas da Agravante (fls. 1.606/1.611 e 1.614/1.618), foram igualmente rejeitados nos termos da Decisão de fls. 1.622/1.625.

Ofício do Juízo de origem encaminha cópia de decisão ali proferida, determinando o envio dos autos principais à Justiça Federal (fls. 1.635/1.639).

A Recorrente noticia, às fls. 1.643/1.649, que o Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia rejeitou o pedido intervenção da União, do que resultou o retorno dos autos de origem à Justiça Estadual, requerendo, em face disso, o restabelecimento do efeito ativo já deferido.

Já a PETROBRAS, às fls. 1.652/1.654, sustenta que esta Relatora foi induzida a erro pela Agravante, o que teria comprometido a correta avaliação acerca dos fatos e da extensão dos danos do acidente ambiental ocorrido em abril/2009, fazendo juntar "declaração" subscrita pelo Presidente da Colônia Z-05, afirmando que a pesca e o consumo caiu aproximadamente 50% (cinquenta por cento) em São Francisco do Conde, "*... causando prejuízo para economia local no período de abril a junho*" (fl. 1.656). Reclama, pois, a revogação da decisão que deferiu parcialmente o efeito ativo vindicado no Agravo, ou caso assim não entendido, que seja limitado o benefício instituído ao período de 03 (três) meses, reduzindo-o a 50% do valor e condicionando o levantamento respectivo à prestação de caução.

Após inexitosa tentativa de conciliação (confira-se despacho de fl.1.673 e certidão de fl.1.682), a Agravante voltou a peticionar às fls. 1.685/1.686 e 1.689/1.691, juntando cópia das decisões proferidas no âmbito da Justiça Federal, em 1º e 2º graus (fls. 1.692/1.698), afastando a cogitada existência de interesse jurídico da União na lide, fixando-se, assim, a competência do Juízo Estadual comum para o respectivo conhecimento.

A Decisão de fls. 1.700/1.702, prolatada após resolvida a questão da competência, reiterou a ordem antecipatória, porém restringindo seu alcance ante o caráter provisório e o espaço delimitado da sede recursal, ao pagamento de **três parcelas** do benefício, no valor individual já fixado (**R$650,00**), em favor dos **profissionais representados que vivessem exclusivamente da pesca, cujos nomes constassem da listagem fornecida pela SEAP e que fossem cadastrados na Colônia Z-05**. Ademais, dispensou a prestação de caução pelos favorecidos.

Embargos de Declaração foram interpostos pela PETROBRÁS S/A, reclamando uma vez mais a revogação da tutela de urgência, ou, caso mantida, que seja exigida caução, esclarecendo-se, ainda, as "*omissões e obscuridades apontadas*" (fls. 1.713/1.726).

A Agravante também ofereceu declaratórios em face do mesmo *decisum*, requerendo, de seu turno, fossem explicitadas as razões mediante as quais limitado o período do benefício a apenas três meses (fls. 1.732/1.734).

Antes de nova conclusão dos autos, tornou a Agravada a peticionar, denunciando a atípica forma por meio da qual determinado o bloqueio de quase 04 (quatro) milhões de reais para fins de cumprimento da ordem proferida neste Juízo de segundo grau, requerendo sua imediata sustação. Carreou documentos às fls. 1.742/1.761.

Os efeitos da aludida constrição judicial foram sobrestados nos termos do despacho de fl. 1.763.

Petição da Agravante reclama, às fls. 1.771/1.774, a inclusão em pauta do Agravo para que, enfim, seja definitivamente julgado pela egrégia 2ª Câmara Cível.

É, no que interessa, o **RELATÓRIO.**

VOTO

Esclareço, em abordagem, que as questões suscitadas nos dois últimos Embargos de Declaração interpostos pelos litigantes (fls. 1.713/1.726, Agravada, e 1.732/1.734,

Agravante) serão contempladas nesta oportunidade, absorvidas na apreciação de fundo, nada obstando que assim o seja, até porque o julgamento pela Câmara é qualificado em relação à apreciação monocrática (o contrário é que ensejaria nulidade), tendo a própria Agravante postulado nesse sentido (v. fls. 1.771/1.774), urgindo, ademais, consolidar a prestação jurisdicional em sede já marcada pela longevidade.

Isso posto, embora os desdobramentos do Agravo tenham centrado o foco na questão da verba alimentar transitória instituída em favor dos profissionais da pesca representados pela Agravante, impõe-se contemplar, no ensejo deste julgamento, o outro tema da irresignação, que acusa a intempestividade da juntada do rol de testemunhas pela Agravada, violando o prazo de 10(dez) dias antes da audiência como estabelece o art. 407 do CPC.

E quanto a esse particular, do exame dos autos infere-se que a circunstância acima, objetivamente considerada, é verdadeira, uma vez que, tendo sido a audiência de instrução marcada para o dia 31/março/2010, cumpria à Agravada depositar o rol em cartório até 21/março/2010, o fazendo, todavia, apenas no dia seguinte, 22/março/2010 (v. documento reproduzido às fls. 541/543).

Como dito na decisão de fls. 1.473/1.478, a questão, no entanto, não se resolve pelo mero cotejo das datas. Há que se examinar o sentido da norma processual cuja reverência é invocada em desprestígio da decisão de primeiro grau que manteve válida a indicação feita de forma extemporânea.

O objetivo da regra é, sobretudo, prevenir a parte adversa acerca das pessoas listadas para depor como testemunha, possibilitando a eventual impugnação das mesmas, inclusive para fins de contradita. Nesse passo, se na audiência do dia 31/março/2010, "*por razões de não cumprimento cartorário de diligências e por nomeação de perito nesta data*" (confira-se termo à fl.96) não foi possível a coleta testemunhal, o novo termo a partir do que deflagrada a contagem retroativa do decêndio, a rigor deveria ser a data da audiência de instrução e julgamento designada para o dia 23/setembro/2010. Andou bem a Magistrada de primeiro grau, pois, ao admitir a indicação das testemunhas da Agravada, embora proibindo a respectiva substituição.

Cabe, portanto, a manutenção do *decisum* neste aspecto, considerando que aquele escopo primacial da norma (prevenção da autora acerca do rol apresentado pela parte adversa) restou claramente atendido, não podendo a Agravante dizer-se surpreendida pela indicação de testemunhas que, de antemão, já sabia os nomes, ainda distando, naquele momento, cerca de cinco meses para a audiência em que seriam ouvidas.

Vale notar que o precedente do STJ transcrito na petição recursal considera situação na qual o motivo do adiamento da audiência advém da própria parte a quem aproveitaria a prova requerida. Distingue-se do presente caso, pois, como textualmente afirmado pela Juíza na audiência do dia 31/março/2010, o adiamento da coleta testemunhal se deveu a problemas dos serviços judiciais (v. trecho transcrito acima).

Corroborando esse entendimento repare-se na ementa colhida do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – DEFERIMENTO – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL – MATÉRIA RELEVANTE PARA O DESATE DA LIDE – BUSCA

DA VERDADE REAL – JULGADOR – DESTINATÁRIO DA PROVA – DEFERIMENTO DE OFÍCIO. – Nos termos do art. 527, III, e parágrafo único, do CPC, alterado pela Lei nº. 11.187/05, é admissível pedido de reconsideração contra decisão do relator que determina os efeitos em que o agravo de instrumento é recebido. - Sendo o juiz o destinatário final das provas, vez que se destinam à formação do seu convencimento, deverá ele apreciar a necessidade da sua produção, atentando sempre para os princípios da celeridade e economia processual. Dessa forma, caberá ao magistrado indeferir as provas que reputar inúteis ou meramente protelatórias, a teor do art. 334, do CPC. - **Ocorrendo o adiamento da audiência de instrução e julgamento, reabre-se o prazo para o oferecimento do rol de testemunhas, haja vista que a finalidade de sua apresentação antecipada é dar à parte contrária oportunidade de levantar informações a respeito das testemunhas arroladas, possibilitando-lhe, assim, verificar, com a devida antecedência, a idoneidade da prova que contra ela será produzida**. Assim, aplica-se a norma do art. 407, do CPC, que dispõe que ""incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência."" – Havendo nos autos fatos controvertidos, já que não há prova segura a respeito das reais condições/recursos do Hospital Praia da Costa, de molde a esclarecer se era realmente necessária a remoção dos agravantes para Belo Horizonte, deve-se oportunizar a realização da prova pericial, para a elucidação da matéria, inclusive, de ofício, e XVI do art. 130, do CPC. Não se pode perder de vista que o Processo Civil contemporâneo vem afirmando, cada vez com maior ênfase, o princípio da verdade real, pelo que o julgador não deve se contentar com a mera verdade formal, cumprindo-lhe deferir e determinar a produção de quaisquer provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos narrados na exordial." (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.04.192414-3/002(1), 17ª CÂMRA CÍVEL DO TJ/MG, Des. Rel. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA, Data da Publicação 04.08.2009). Destaques não originais.

Ratifico, destarte, a apreciação inicial, denegando o pedido veiculado no recurso quanto a este ponto.

Passo à apreciação do pleito de instituição emergencial de prestação alimentar garantindo a subsistência dos profissionais/artesãos afetados pelo desastre ambiental que motivou o advento da ação de origem.

Rememore-se que no referido processo buscam os substituídos/representados, pescadores que vivem dessa atividade no município de São Francisco do Conde, a reparação indenizatória em decorrência dos danos materiais e morais que alegam ter sofrido em consequência do vazamento de "*detritos derivados de petróleo*", oriundos da Refinaria Landulpho Alves, no espaço de mar de onde retiram seu sustento, fato acontecido em **15/abril/2009**, como relatado na cópia da respectiva inicial acomodada às fls.21/22. Por isso de logo requereram, em sede antecipatória, o pagamento mensal de verba alimentar, estipulada em R$800,00 (oitocentos reais), em favor de cada um dos substituídos devidamente cadastrados.

Tal pretensão, na verdade, já tinha sido indeferida pelo Juízo de primeiro grau em 12/maio/2009 (decisão à fl.394 frente e verso), sob o fundamento de que não havia provas técnicas a dimensionar os danos ocorridos, além do que deveriam ser individualizados, de forma comprovada, os beneficiários da medida.

Após novos documentos terem sido carreados àqueles autos, foi o pleito antecipatório renovado no ensejo da audiência do dia 31/março/2010, e uma vez mais rejeitado (fls.95/96), sendo este o outro objeto do Agravo.

Ora, a dimensão dos danos ocasionados pelo acidente ambiental – evento que, iniludivelmente, dá azo à responsabilidade indenizatória da empresa cuja atuação lhe deu causa – é depreendida, pelo menos no que basta à fixação de um período mínimo de prejuízo para a atividade da pesca artesanal, da cópia do processo instaurado no âmbito do Instituto do Meio Ambiente – IMA encartada às fls.570/580, sinalizando a abrangência da área atingida – "*região de Passé, Ilha de Maré, Ilha de Caípe e demais áreas circunvizinhas*" –, concluindo-se, ao final, que "*os municípios afetados pelo derramamento são os municípios de São Francisco do Conde e Candeias*" (fls.679/680).

Outrossim, a indicação dos pescadores que tiveram sua atividade estancada de inopino restou atendida pelos documentos fotocopiados às fls. 412/450.

Vê-se, assim, que os dados cuja ausência serviu de pretexto à denegação da antecipação parcial de tutela vindicada já residiam nos autos quando o Juízo *a quo* denegou novamente a providência antecipatória, desta feita agregando que "*a pesca, aos poucos, vem sendo retomada*" na região.

Se já atendidos os elementos objetivos que podem permitir a operacionalização da medida cogitada pelos substituídos, vislumbro contradição intrínseca no pronunciamento judicial que recalcitrou a concessão pleiteada. Com efeito, se a pesca na região é retomada "*aos poucos*", isso significa dizer que ainda não tinha sido plenamente restabelecida, ou melhor, que ainda não atingira sua normalidade.

Não há como fechar os olhos, nesse contexto, à necessidade premente de atendimento às urgências das famílias afetadas, cujo meio de vida foi, de uma hora para outra, inviabilizado, por ação cuja autoria só pode ser carregada à PETROBRÁS, ora agravada.

Tenho que o risco ambiental derivado da atividade de prospecção e extração de petróleo somente se justifica quando ao seu lado caminha a responsabilidade das empresas que atuam em setor tão propenso a acidentes. Nesse diapasão, firmo convicção de que as perspectivas de lucros ou distribuição de dividendos dessas grandes corporações não podem olvidar o eventual socorro às populações carentes que são, de imediato, atingidas.

Trata-se de respeito aos princípios da dignidade humana e da proteção ao trabalho, qualificados pela necessidade cotidiana de quem precisa sobreviver e assegurar a subsistência dos seus. E o Judiciário, chamado a responder em tais demandas, não pode enlear-se em preciosismos ou fazer menoscabo da situação de quem, simplesmente, não tem mais de onde tirar o sustento.

Em sede de antecipação da tutela recursal (efeito ativo), fixei o valor de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), extraído da aproximação ao salário mínimo vigente no país, a ser pago, emergencialmente, a cada substituído integrante da Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, regularmente cadastrado em órgão competente. Determinei ainda que, para identificação dos beneficiários, fosse considerada a relação

fornecida pela SEAP (Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca), extraída do Registro Geral de Pescadores do Município de São Francisco do Conde, listando nominalmente os pescadores da categoria artesanal, com *status* "ativo" (fls. 412/450). Estes, induvidosamente, tiveram sua atividade de subsistência afetada pelo desastre ambiental imputado à Agravada, exigindo-se, porém, que estivessem cadastrados junto à Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, autora da presente ação e responsável pelo fornecimento da relação nominal dos pescadores de sua área de jurisdição (confira-se artigo 3º do Estatuto Social acomodado à fl.98).

Quanto aos limites temporais que determinam a eficácia de decisão, esclareci que o início das prestações deveria corresponder à data do acidente ambiental (**15/abril/2009**), pelo motivo óbvio de que desde essa data tiveram os pescadores seu meio de vida comprometido. A lógica que inspira essa conclusão, de tão elementar, dispensa maiores explicações.

Já em relação ao termo *ad quem*, restou explicitado, após julgamento de declaratórios aviados pelas partes, que deveria ser considerada a possibilidade de restabelecimento das condições ambientais e da atividade pesqueira na região antes mesmo da conclusão do processo. Claro é que estando recompostas tais condições, não mais perduraria a necessidade da prestação instituída, razão pela qual, não o julgamento da ação, mas a retomada das atividades normais da pesca, comprovada por meio idôneo (perícia técnica), demarcaria o final do benefício.

Meu convencimento baseou-se em que as provas até então reunidas já bastavam ao reconhecimento de que houve expressivo vazamento de detritos de petróleo da Refinaria Landulpho Alves, repercutindo na atividade pesqueira da região, fatos que nem a Agravada ignora. Parece claro que o detalhamento desses prejuízos pode ser perseguido no decorrer da instrução em primeiro grau, sendo este o escopo da lide.

E quanto ao valor do depósito mensal em favor dos indivíduos prejudicados, a fixação em R$650,00 (seiscentos e cinquenta reais) equivale ao grau médio entre o valor do salário mínimo vigente à época (R$510,00 – quinhentos e dez reais) e o quanto pedido em prol dos substituídos (R$800,00 – oitocentos reais). Dita quantificação partiu do menor salário de referência vigente no país para se aproximar da própria estimativa autoral, marcos razoáveis, não se podendo exigir a elaboração de uma planilha reveladora da "média de ganhos" dos profissionais da pesca artesanal da região no momento inicial da lide, em tutela pautada pela urgência, despida de qualquer traço de definitividade.

Posteriormente, as alegações e documentos veiculados às fls. 1.652/1.654 pela Agravada recomendaram a fixação de um período certo, delimitado no tempo, para validade do benefício, facilitando até o efetivo cumprimento da medida.

Com efeito, os novos dados deram conta de que a atividade pesqueira na região foi sensivelmente prejudicada por apenas três meses (de abril a junho de 2009), e ainda assim, sob um enigmático percentual de "50%" (cinquenta por cento).

Foi com base nisso que delimitei em **três meses** o período que enseja o pagamento daquela prestação (v. decisão de fls. 1.700/1.702), realçando uma vez mais que poderia habilitar-se ao benefício apenas o profissional **que viva exclusivamente da pesca**, **e desde que inserido na listagem da SEAP e cadastrado junto à Colônia Z-05**, sem prejuízo de impugnação tópica, pela Agravada, baseada no suposto desatendimento à exigência em destaque.

Para fins de operacionalização da medida foi determinada a custódia, mediante depósitos à disposição do Juízo de origem, dos valores suficientes ao cumprimento da obrigação.

A despeito da suspensão do bloqueio ordenado pelo Juízo *a quo* em sede precária (v. "despachos" reproduzidos às fls. 1.744 e 1.753, e deliberação desta Relatora à fl. 1.763), reafirmo os parâmetros explicitados acima, ratificando a parcial concessão de efeito ativo, mas delimitando o período de benefício em três meses, critério que, por sinal, defendi no voto parcialmente divergente proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0002388-12.2010.805.0000-0, sob relatoria da eminente Desembargadora MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO, por tudo semelhante ao presente Agravo.

Ressalto que a referida delimitação obedece à expressão do prejuízo que é possível presumir antes de maior aprofundamento na instrução a cargo do Juízo de primeiro grau, sendo razoável supor que por pelo menos três meses o meio de vida dos pescadores representados foi efetivamente prejudicado. Tal ilação, como se percebe, não restringe o livre convencimento do ilustre *a quo*, eis que apenas institui um *standard* mínimo, sem qualquer pretensão de transcender ao que for finalmente decidido na sentença do Juízo de primeiro grau. Não há esquecer que trabalhamos com fito de aprimorar decisão interlocutória, não cabendo a esta Corte, em tal sede, substituir-se à instância natural.

Enfim, para o cumprimento da obrigação nos moldes acima, considerando as características e circunstância do universo de beneficiados, não há falar em "prestação de caução", como chegou a cogitar a Ré em sua última promoção nos autos.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão vergastada no que tange à aceitação do rol de testemunhas indicado pela Agravada, e confirmando o efeito ativo consubstanciado na instituição de prestação, a cargo da PETROBRÁS S/A, fixada em R$650,00 (seiscentos e cinquenta reais), por três meses, sem necessidade de caucionamento, em favor de cada pescador artesanal cadastrado na Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, observados rigorosamente os critérios de identificação já explicitados.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0020083-83.2004.8.05.0001, 4ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Cynthia Maria Pina Resende, julgado em 16.09.2014.

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPLICAÇÕES PÓS-OPERATÓRIAS. SEQUELAS NEUROLÓGICAS IRREVERSÍVEIS. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PRELIMINAR DE SENTENÇA *EXTRA PETITA,* POR TER O *A QUO* FUNDAMENTADO, TAMBÉM, O SEU *DECISUM* NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. O JULGADOR DETÉM AUTONOMIA PARA APLICAR AS NORMAS E TEORIAS QUE POSSAM MELHOR EMBASAR O SEU CONVENCIMENTO. PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM OBSER-

VÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSOS DE AMBOS OS RECORRENTES IMPROVIDOS.

Preliminar de sentença *extra petita*. Pode o julgador embasar o seu convencimento nas normas e teorias aplicáveis a matéria, sem que isso configure julgar além do pedido. **Preliminar rejeitada**.

O Código de Defesa do Consumidor é expresso no sentido de que a responsabilidade pessoal do profissional da área de saúde é subjetiva, devendo ele responder pela má prestação do serviço, desde que tenha agido com culpa, seja na modalidade imperícia, negligência ou imprudência.

É negligente o médico que deixa paciente que necessita de cuidados especiais sem atendimento adequado em tempo hábil.

Para o arbitramento do valor da indenização por danos morais devem ser levados em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de se fixar a quantia moderada que não resulte inexpressiva para o causador do dano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis nº 0020083-83.2004.8.05.0001, de Salvador, em que figuram como Apelante/Apelado JOSÉ HUMBERTO OLIVEIRA CAMPOS e FACE A FACE OTORRINOLARINGOLOGIA E CIRURGIA PLÁSTICA S/C LTDA e Apelada/Apelante JENY COSTA LACERDA Rep. por GILNY LACERDA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR e no mérito NEGAR PROVIMENTO a ambos os recursos, nos termos do voto da sua Relatora.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

A sentença de fls. 284/300 julgou procedente, em parte, os pedidos da inicial, assim fundamentando a sua decisão, cujo trecho transcrevo a seguir:

> *"Todavia, invertido o ônus probatório (fl. 181), constata-se que o réu não trouxe aos autos qualquer elemento de prova capaz de demonstrar que se encontrava efetivamente na clínica médica no período subsequente à cirurgia realizada. Em verdade, tal prova não se afigurava difícil de ser produzida, bastando, para tanto, que o acionado colacionasse prontuários médicos ou mesmo, arrolasse eventuais pacientes atendidos, capazes de revelar que o mesmo estava presente na clínica FACE A FACE nos momentos acima citados.*
> *Não bastasse, carece de razoabilidade supor que o médico, encontrando-se na instituição hospitalar, estivesse tão assoberbado a ponto de sequer poder reavaliar, espontaneamente, uma paciente recém-operada, mormente diante de sua alegação de que "encontrava-se no consultório de prontidão". Ora, se o réu estava realmente "de prontidão", em seu consultório, por que levaria tanto tempo a atender os clamores dos familiares da paciente, assustados com o seu quadro clínico e com as dores por ela relatadas, ao menos para prestar informações? Havia tantos pacientes a serem atendidos a ponto de impedir uma rápida visita ao quarto da autora, idosa, com 65 (sessenta e cinco) anos de idade, a fim de verificar o seu real estado clínico? A ausência de resposta convincente a tais questões, somada ao retardo na reavaliação da paciente e à posterior verificação da necessidade de realização urgente de nova cirurgia para drenagem do hematoma observado na face da autora, conduz à inevitável conclusão de que, contrariamente às observações do Perito nomeado, houve, de fato, negligência por parte do cirurgião acionado nos cuidados pós-operatórios dirigidos à requerente, já que não é esta postura de distância que se espera da relação estabelecida entre médico/fornecedor e paciente/consumidora.*
> *Ademais, também se verifica negligência por parte dos médicos que atenderam a requerente logo após a primeira crise convulsiva. Realmente, diante da gravidade da situação, observando-se a crise convulsiva em paciente submetida a duas cirurgias em menos de 48 (quarenta e oito) horas, com elevação de sua pressão arterial para 190X100mmHg, a medida mais adequada teria sido a imediata transferência da acionante para o Hospital São Marcos conveniado, onde poderia receber tratamento mais adequado, com equipe médica completa e possibilidade de internação em UTI, se necessário.*
> *(...)*
> *Desse modo, a omissão da parte acionada em garantir, de modo razoável, o pronto atendimento à paciente idosa assume relevância, em termos de responsabilidade civil, na forma do art. 186 do Código Civil (" Aquele que, por ação ou* ***omissão voluntária, negligência*** *ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" - Grifo nosso).Embora não se possa afirmar que tais omissões tenham sido a causa direta do agravamento do quadro clínico da autora, que culminou com as subsequentes convulsões e a sequela neurológica por SD de encefalopatia anóxia, com comprometimento motor e cognitivos severos, afigura-se indiscutível , dentro do contexto discorrido, que o atendimento célere e adequado poderia ter reduzido a necessidade de uma segunda cirurgia ou mesmo antecipado os procedimentos de drenagem que se revelaram, afinal, urgentes. Nesse caso, a negligência da parte acionada, malgrado não tenha originado o dano vivenciado pela requerente, certamente minimizou as suas chances de sua recuperação e do restabelecimento de sua vida ativa.*
> *(...)*
> *Isto posto,* ***JULGO PROCEDENTE, EM PARTE , O PEDIDO, para condenar solidariamente os acionados JOSÉ HUMBERTO OLIVEIRA CAMPOS e FACE A FACE OTORRINOLARINGOLOGIA E CIRURGIA PLÁSTICA S/C LTDA a pagar a acionante , JENY COSTA LACERDA, representada por sua filha GILNY COSTA LACERDA , a título de dano moral, a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescido de correção monetária, pelo índice INPC, a partir da data desta sentença , em observância à Súmula 362 do STJ, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (art. 219 do CPC; arts. 405 e 406 do CC; Art. 161,§ 2º, do CTN)"....***

Resta, portanto, delimitada a matéria para análise na instância recursal.

No caso em tela, a paciente Jeny Costa Lacerda, após alguns exames pré-operatórios, submeteu-se, em 03/09/2002, por volta das 7:30 hs, a uma cirurgia plástica, consistente em ritidoplastia (retirada de rugas na face), realizada na Clínica Face a Face pelo médico José Humberto Oliveira Campos, sob anestesia local, com duração aproximada de 5 (cinco) horas, tendo, no início da tarde daquele mesmo dia, apresentado um inchaço incomum, reclamado de dor de cabeça, náuseas, inclusive com sangramento no olho, e que, mesmo tendo sido informado do quadro clínico da paciente, o réu/apelante somente compareceu para avaliá-la por volta das 23:00 horas, quando então, resolveu submetê-la a uma drenagem com cauterização dos vasos, que aconteceu na madrugada do dia 04/09/2002.

Ao retornar do centro cirúrgico, no inicio da manhã do dia 04/09/2002, a paciente já apresentava desorientação e vômito, tendo a primeira crise convulsiva às 13:50 horas, com elevação da pressão arterial, e em seguida às 17:15 horas, sendo então entubada e transferida para a Clinica São Marcos, ressaltando que em nenhum momento o médico/apelante esteve presente.

Primeiramente, torna-se indispensável situar a relação médico-paciente no âmbito da proteção da legislação consumerista, de modo a facilitar sua compreensão, especialmente no que tange ao ônus da prova.

Sob esse enfoque, tem-se como admissível, mais ainda, necessário até, proceder-se, como foi anunciado pelo *a quo,* a inversão do ônus da prova, visto que ao paciente é dificílimo fazer prova da culpa do profissional, quer por seu natural desconhecimento técnico, quer porque geralmente o ato médico encontra-se acobertado pela intimidade do consultório ou da sala cirúrgica:

> "A prova da culpa e do nexo de causalidade da culpa com o dano às vezes é dramática, senão quase impossível para o paciente lesado, dada a falta de documentação das várias etapas da relação com o médico, a natureza confidencial, quase íntimas dos contatos médico/paciente, a ausência de testemunhas, a complexidade técnica dos procedimentos médicos, alguns complicados, as quais dificultam a identificação do erro médico culposo. O médico esta à frente do consumidor, não somente em razão de seus conhecimentos técnicos, mas também porque, em certas circunstâncias (como quando está o paciente anestesiado) apenas ele, dentre os figurantes da relação tem condição de demonstrar alguma coisa." (Dall'Agnol Junior, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 90, n. 788, p. 95, jun. 2001, In. Castro , João Monteiro de. Responsabilidade Civil do Médico . São Paulo: editora Método, 2005, p.187).

Soma-se à inversão dos ônus probatórios, a relevância da discussão acerca do tipo de obrigação assumida pelo profissional da área de cirurgia plástica, de cunho estético, bem como delimitar a sua abrangência.

Assim, torna-se necessário esclarecer que a responsabilidade do médico/apelante, por sua substância, é daquelas que se inserem na responsabilidade contratual, e a doutrina, na análise dessa relação, costuma dividí-los em contratos de resultado e de meio.

Na obrigação de resultado, o contratado obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. Já na obrigação de

meio, o que o contrato impõe é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingí-lo.

Não há dúvida que de na cirurgia plástica estética e embelezadora ou no tratamento médico que também tenha essa finalidade, o médico assume uma obrigação de resultado, diante do objetivo a ser alcançado pelo paciente.

Assim, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, tende-se a interpretar a obrigação do cirurgião plástico, nas intervenções unicamente estéticas, como sendo de resultado, na medida em que o paciente, pessoa saudável, somente se submete à intervenção cirúrgica na esperança de melhorar o seu aspecto físico.

Conforme leciona Silvio Rodrigues, o que o paciente buscou " *é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação das pernas, seios, queixo, etc., portanto o que se espera do profissional não é apenas que se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha o resultado em si".*

O STJ costuma reconhecer verdadeira obrigação de resultado, vinculando o cirurgião plástico ao objeto contratualmente celebrado.

Nesse sentido:

> "CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.
> (…)
> 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrario, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultado e não de meio.
> 4. No caso das obrigações de meio, à vitima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre , como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.
> 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelo meios de prova admissíveis, que o evento dano só tenha ocorrido, por exemplo , de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo culpa exclusiva da ' vítima" (paciente).
> 6. Recurso especial a que se nega provimento
> (STJ – REsp 236708/MG., Quarta Turma, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Dje 18/05/2009).

Compulsando detidamente os autos, tenho que a pretensão autoral merece acolhimento, devendo por isso ser mantida a sentença vergastada.

Considerando a inversão do ônus da prova, anunciada às fls. 181, competia à parte ré/apelante a demonstração de não veracidade das alegações da autora que lhes são desfavoráveis.

Todavia, o réu não logrou êxito em desfazer o direito afirmado, pois não existe nos autos qualquer documento que possa eximi-lo de ter negligenciado no atendimento de sua paciente, ficando a sua defesa em meras conjecturas, embora se encontrasse em melhores condições de produzi-las, pelo fato de exercer a atividade que deu causa à ocorrência do dano.

Por sua vez, o laudo pericial elaborado por perito médico nomeado pelo juízo e que encontra-se acostado às fls. 142/160, respondeu à quesitação apresentada pelas partes na forma que vai abaixo transcrita:

> "8. RESPOSTA AOS QUESITOS DO ADVOGADO DA AUTORA:
> 11ª) A lentidão nos procedimentos médicos pós-operatórios foi o fator decisivo para o surgimento das graves sequelas físicas apresentadas pela autora?
> Resp.: Prejudicado.
> 14ª) A necessidade de nova cirurgia na autora, com anestesia geral, sendo a primeira com anestesia local; o que denota um agravamento do seu quadro clínico; pode ensejar imperícia na realização de algum procedimento realizado pelo réus?
> Resp.: Prejudicado.
> 20ª)Pode o perito esclarecer se os dois procedimentos cirúrgicos com anestesia local e geral , foram totalmente acompanhados de médico anestesista? Bem como o pós-operatório de ambos?
> Resp.: No prontuário avaliado pelo perito em sua inspeção à clínica constam fichas de anestesia realizada por profissional especializado (Dra. Célia Negrão). Constam, também, além do médico assistente, a presença de Dra. Célia Negrão e Dr. Aurélio Albuquerque como prestadores de assistência à autora.
> 21ª) A Autora em decorrência das graves complicações após as cirurgias teve ou deveria ter, acompanhamento de profissionais médicos de outras especialidades como clínico geral, cardiologista ou neurologista? Tal acompanhamento poderia ter evitado a gravidade do quadro atual?
> Resp.: A autora foi acompanhada pelo médico assistente e pelos anestesistas que se encontravam na clínica. Diante das complicações apresentadas, a autora foi transferida para uma clínica de maior suporte.

Já à quesitação feita pela parte ré, respondeu o perito :

> "9ª) Se, os tempos cirúrgicos usados na drenagem do hematoma obedeceram ao que estabelece a técnica cirúrgica visando este procedimento?
> Resp.: Segundo a ficha cirúrgica assinada pelo médico assistente, o procedimento foi revisão e cauterização de vasos sangrantes da área do hematoma. Procedimento correto.

Concluindo:

> "No caso da Sra. Jeny Costa Lacerda, ocorreu um acidente imprevisível que resultou infelizmente, numa sequela neurológica grave, oriundo de uma situação incontrolável, incapaz de ser prevista ou evitada pelo médico assistente, ou por qualquer outro, em qualquer lugar; haja vista que até num hospital de maior porte, com toda a assistência possível a autora, ainda apresentou crise convulsiva conforme assinala o relatório médico emitido pelo HC, na página 17 dos autos.
> […]
> A negligência caracteriza-se pela omissão, desleixo e passividade. Em nenhum momento o Dr. Humberto se omitiu quanto a assistência de sua paciente, bem como a abandonou (deixou de atendê-la). Prestou atendimento até o instante em que a clínica pode lidar com o curso incontrolável da complicação apresentada pela autora".

Pois bem. Da análise do laudo pericial, observa-se que as respostas aos quesitos formulados não dão a certeza necessária de que, se tivesse sido a paciente transferida, em tempo hábil, para unidade hospitalar melhor aparelhada, outro seria o desfecho.

O julgador, independentemente das conclusões da perícia médica, detém plena autonomia para decidir com o seu entendimento, com a sua percepção da realidade, com o seu convencimento e somente à sua consciência está subordinado.

Vê-se, pois, que trata-se de um caso de extrema gravidade, onde a vida de uma pessoa, ativa e com saúde, se transformou, estando, desde o ano de 2002, em estado vegetativo. Neste panorama indaga-se: Caso tivesse sido adotado outro procedimento, com a imediata transferência da paciente para, no caso, a Clínica São Marcos, conveniada da Face a Face, que possui UTI, haveria uma chance das sequelas não serem tão severas ou mesmo inexistentes? E se o médico que realizou a cirurgia realmente tivesse, de imediato, comparecido para avaliar o quadro clínico da sua paciente, ao invés de somente aparecer altas horas da noite? E se tivesse o demandado, após a segunda cirurgia, determinado a transferência para a UTI?

Baseado nesses questionamentos, resta uma análise quanto à adoção da chamada " **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE"** em matéria de responsabilidade civil, a qual considera que aquele que perde a oportunidade de proporcionar algum benefício ou evitar algum prejuízo, deverá responder por isso, o que no meu entender restou configurado diante da atitude negligente do demandado.

Nesse sentido:

> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. ABORTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO.1. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. CONDUTA OMISSIVA. O sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado sob a forma da Teoria do Risco administrativo. Tal assertiva encontra respaldo legal no art. 37, §6º, da CF/88. Todavia, quando o dano acontece em decorrência de uma omissão do Estado, é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Hipótese dos autos em que restou comprovada a omissão consistente na deficiência na prestação do serviço público por parte do Município, o sofrimento durante duas horas da gestante e o subsequente dano do abortamento. 2. NEXO DE CAUSALIDADE NA OMISSÃO. CAUSALIDADE HIPOTÉTICA E AUMENTO DO RISCO. A causalidade na omissão é entendida como um juízo hipotético, não de eliminação, mas de colocação da ação: a omissão será causal quando 'posta' mentalmente a ação não executada, desapareceria o resultado. A inserção do critério do aumento do risco no setor da causalidade implica que será causal a omissão quando a não execução da ativi-

dade possível para evitar o resultado, tenha diminuído as chances de impedir o resultado, isto é, tenha aumentado o risco de sua produção, no caso em tela, além do intenso sofrimento durante horas, do aborto. **3. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A teoria da perda de uma chance surgiu na França no contexto de casos de responsabilidade médica em que, embora constatada a ocorrência de conduta culposa do agente e de um dano efetivo para a vítima, não era possível demonstrar o nexo de causalidade entre ambos, reatando o lesado sem o devido ressarcimento. Em razão das dificuldades presentes nessas demandas, a jurisprudência francesa criou essa teoria, objetivando o ressarcimento da vítima, ainda que não seja integral, ou diretamente ligado à lesão, mas de forma que compense as chances de recuperação perdidas pelo lesado. O dano, em si, não será imputado ao agente, pois devem haver outras causas; o agente será responsável, isso sim, pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta.** Assim, em que pese não haja nos autos comprovação de que eventual presteza no deslocamento da gestante no veículo disponibilizado pelo Município teria evitado, com certeza, o abortamento, **é aplicável ao caso em tela a teoria da perda de uma chance, na medida em que a conduta omissiva do demandado certamente subtraiu da autora a chance de evitar o resultado danoso.** 4. INDENIZAÇÃO PELO SOFRIMENTO. A inicial não deduz como única causa de pedir o abortamento, em razão da ausência de pronto atendimento, pois a demandante também busca a indenização pelos transtornos advindos da falha do serviço, representada pela inocorrência de pronto atendimento, resultando em sofrimento físico e moral desnecessário, até que fosse devidamente atendida. Deficiência na prestação do serviço público que causou sofrimento à autora, em razão da ansiedade e dor física que passou enquanto aguardava por atendimento e via o seu estado de saúde se agravar durante o longo trajeto percorrido. Dano moral caracterizado. (…) DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME." (TJRS – Apelação Cível nº 70023576044, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 26/11/2008).

Portanto, plenamente aplicável ao caso a teoria da perda de uma chance para efeito de responsabilização da parte ré.

Não se trata de uma mera possibilidade, mas de um juízo de probabilidade, real, em razão de que seria permitido com melhor tratamento em local mais adequado.

Quanto aos critérios para estabelecer o *quantum* dessa indenização, o julgador deve pactuar-se num juízo de razoabilidade entre o fato e o dano, bem como na situação social das partes, de forma que uma parte seja compensada pelo dano moral que sofreu e a outra seja educada para evitar a reincidência do ato indevido.

Nessa esteira CARLOS ROBERTO GONÇALVES (in Responsabilidade Civil. 8ª Ed., revista de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 571) leciona que:

> " Cabe ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente (arts. 125 e SS), dos parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias fáticas e fixar a indenização adequada aos valores da causa".

O Superior Tribunal de Justiça *" registra que não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, importando observar, outrossim, que a reparação do dano deve ser estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa, como, aliás, reiteradamente tem se pronunciado" (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.076.342- SP)2008/0170088-3). Rel. Min. SIDNEI BENETI, julgamento em 19/2/2009).*

No que importa à tormentosa questão da fixação do valor do dano moral, vale os fundamentos do Min. Barros Monteiro (STJ, 4ª T, Resp. 6.048 -0/RS):

> "E, para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes;
> a) o nível econômico do ofendido; e
> b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa."

Desta forma, considerando a natureza do dano sofrido, sua repercussão sobre a autora e o caráter sancionador da medida, além dos demais critérios antes expostos, entendo que a indenização por danos morais fixada pelo *a quo* no montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais), é suficiente, eis que encontra-se pautada dentro dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, como também, dos parâmetros utilizados por essa Quarta Câmara Cível.

Em decorrência da responsabilidade contratual, a indenização por danos morais tem juros computados a partir da citação.

Quanto à correção monetária para atualização do dano moral, o STJ aprovou a Súmula 362, entendimento consolidado no sentido de que a mesma deva incidir a partir do arbitramento do valor da indenização.

No tocante ao pedido de pagamento de danos materiais, visando cobrir as despesas médicas e paramédicas, o mesmo não pode ser acolhido, eis que deve ser demonstrado, e, no caso em tela, a demandante não se desincumbiu de apresentar qualquer comprovação de gastos que possa embasar o seu pleito indenizatório.

Por tudo acima exposto, não vislumbro como possa esse conjunto de fatores conduzir ao raciocínio de que a parte ré/recorrente tenha agido com prudência, se a par dos sintomas e agravamento do quadro clínico da autora, não agiu quando deveria, revelando-se, pois, essa demora, como inadequada, decorrendo daí a sua responsabilidade.

Portanto, com base nos fundamentos acima elencados é que a sentença deve ser mantida, devendo a parte ré compensar os danos por si provocados, cuja incidência decorre da prática da conduta culposa, a qual se configura, no caso em tela, na modalidade de negligência, cuja lesão imaterial consiste na dor e sofrimento da parte demandante, em razão do quadro vegetativo em que se encontra.

Diante do exposto, **REJEITO A PRELIMINAR** no mérito **NEGO PROVIMENTO** a ambos os recursos, para manter na íntegra a sentença hostilizada.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0005519-10.2011.8.05.0113, 4ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Cynthia Maria Pina Resende, julgado em 16.09.2014.

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LOCAÇÃO DE ESPAÇO PARA FESTA DE FORMATURA. DESABAMENTO DO PIER. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. DANO MORAL CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. CABIMENTO. POR SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL A INCIDÊNCIA DOS JUROS É A PARTIR DA CITAÇÃO. APELO DA PARTE AUTORA PROVIDO EM PARTE. RECURSO DA PARTE RÉ NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis nº 0005519-10.2011.8.05.0113, de Itabuna, em que figuram como Apelante/Apelada CAMILA DOS SANTOS BRANDÃO e Apelado/Apelante ILHÉUS IATE CLUBE.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de CAMILA DOS SANTOS BRANDÃO e em NEGAR PROVIMENTO ao apelo do ILHÉUS IATE CLUBE, nos termos do voto de sua Relatora.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de recursos de apelação, interpostos, simultaneamente, pelas partes, em ação indenizatória por danos morais e materiais, que teve julgado procedente em parte o pedido de indenização por danos morais e indeferida a petição inicial no tocante aos danos materiais, julgando, nesse ponto extinto o feito sem resolução do mérito.

Segundo afirmado na peça vestibular a autora/apelada, juntamente com outros formandos, locou um espaço no Ilhéus Iate Clube para a realização do baile de formatura em Biologia, tendo durante a festa ocorrido o desabamento de um *pier,* provocando a queda e ferimentos em diversos convidados, e por tal razão terminado precocemente os festejos.

Com efeito, trata-se de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor pela má prestação dos serviços contratados, não tendo sido demonstrada a responsabilidade exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva da recorrida, impondo-se o dever de indenizar.

Há de se considerar que o dano moral diz respeito à violação dos direitos referentes à dignidade humana, sendo que a doutrina especializada e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que a consequência do dano encontra-se dentro da própria ofensa, porquanto advém da ordem natural das coisas, tomando-se

como parâmetro a vida comum das pessoas. Nessa perspectiva, para a demonstração do dano moral basta a realização de prova do nexo causal entre a conduta indevida, o resultado danoso e o fato.

Ressalte-se que não há como exigir uma prova concreta do dano imaterial, pois, em casos como o ora em exame, o dano moral independe de prova de seu sofrimento, visto que decorre da experiência pessoal da vítima à violação do sentimento ou do íntimo do indivíduo que afirma tê-lo sofrido, podendo ser descrito pela dor, vexame, humilhação, ou qualquer sentimento que interfira no psicológico da vítima.

Logo, a discussão acerca da culpa é irrelevante, pois o caso versa acerca da relação de consumo, pelo que há de ser reconhecida a responsabilidade objetiva do réu, por força do art. 6º, VI do CDC e art. 927, parágrafo único do Código Civil.

No tocante a alegação da parte ré, da ocorrência de excludente de responsabilidade, tenho que não lhe assiste razão, visto que limita-se a afirmar que o desabamento do *pier* aconteceu em razão da aglomeração de pessoas no local, além de não se desincumbir de provar que existia alguma indicação ou advertência acerca de qualquer risco no caso de sobrecarga no local.

Ao contrário, o que ficou constatado no Parecer Técnico Pericial (fls. 175/178), foi que o local encontrava-se sem a devida conservação e manutenção. Vejamos :

"Condições de conservação, manutenção e funcionalidade da construção: Em ambos os estudos periciais descritos (laudo 2011 07 PC 0217 01 e Relatório Técnico ART – BA nº BA 2011 022870) foram registradas evidências de patologias naturais (oxidação de ferragens, rachaduras e fissuras etc) em processo avançado de deterioração das estruturas e falhas na manutenção preventiva básica ou específica, considerando o nível forte e elevado de agressividade das condições ambientais (Norma Técnica NBR 6118) em que a obra se encontra inserida e suscetível - água marinha , na forma líquida e vapor d'água (respingos e maresia) e vento; condições estas que comprometem a funcionalidade e a segurança da construção para o uso doméstico ou comercial. Além disso, foram registrados erros estruturais de construção, como erros de dimensionamento na distribuição das peças, na definição de largura, comprimento e espessura, na definição da composição mais adequada à condição ambiental local e finalidade da construção; erro de execução da construção como inversão das ferragens em relação ao esforço demandado à estrutura; erros de gestão para a ocupação do espaço que ao ser contratado para fins propostos deveria ter sido vistoriado e regulado o uso(acesso e número de ocupantes por área) conforme as condições estruturais, de segurança e funcionalidade do espaço".

Tendo por fim concluído:

***"CONCLUSÃO:** Os exames acerca dos fatos registrados e analisados permitem-nos concluir que o espaço físico contratado comercialmente para fins de ocupação humana para realização de festa comemorativa de formatura acadêmica não apresentava condições técnicas de segurança e funcionalidade, devido às irregularidades e avarias estruturais, às falhas de manutenção (apesar da evidência de feitura de pintura de conservação), de correção e saneamento de patologias naturais verificadas em função do tempo decorrido (durabilidade) e da agressividade do ambiente no qual se encontrava*

inserido. Além disso, não houve providências por parte da contratada e responsável pelo espaço físico, de delimitação da área, definição de regras de ocupação e controle de uso do espaço físico de forma a evitar a ocupação aglomerada sobre estruturas que não ofereciam resistência mecânica para suportar o esforço a que foi submetido".

Como se vê, resta evidenciada a negligência da parte ré, que além de não manter de forma adequada os espaços postos em comercialização, sobretudo do *pier* que desabou, também não procedeu qualquer fiscalização ou mesmo advertência no sentido de evitar acidentes.

Assim, constatada a ação, o dano e o nexo causal entre um e outro, impõe-se o dever de indenizar, conforme dispõe a legislação civil e consumerista pátrias, supra mencionadas.

No tocante ao *quantum* estabelecido a título de condenação por danos morais imposta à recorrente, é cediço que não há critérios predeterminados para a sua aferição. Todavia, este deve ser estipulado de forma a proporcionar ao ofendido a satisfação do abalo sofrido, levando-se em conta a extensão da dor, as condições sociais e econômicas da vítima e da pessoa obrigada, sem, no entanto, ensejar obtenção de vantagem excessiva, segundo orientação jurisprudencial e doutrinária.

Nessa esteira CARLOS ROBERTO GONÇALVES (in Responsabilidade Civil. 8ª Ed., revista de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 571) leciona que:

> " Cabe ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente (arts. 125 e SS), dos parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias fáticas e fixar a indenização adequada aos valores da causa".

O Superior Tribunal de Justiça registra "*que não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, importando observar, outrossim, que a reparação do dano deve ser estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa, como, aliás, reiteradamente tem se pronunciado*" (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.076.342- SP)2008/0170088-3). Rel. Min. SIDNEI BENETI, julgamento em 19/2/2009).

No que importa à tormentosa questão da fixação do valor do dano moral, vale os fundamentos do Min. Barros Monteiro (STJ, 4ª T, Resp. 6.048 -0/RS):

> "E, para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes;
> a) o nível econômico do ofendido; e
> b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa."

A condenação por danos morais se baseia ao dano sofrido pela parte que o requer, em face da dor, vergonha, sofrimento, tristeza etc..., constituída de forma injusta por

outrem, porém, a quantia arbitrada, deve ser justa, na tentativa de reparar o dano e não trazer um enriquecimento sem causa ao autor da ação.

In casu, entendo que o valor fixado não atendeu ao critério da equidade, que deve ter em conta o justo e razoável, razão pela qual deve ser majorado.

Desta forma, considerando a natureza do dano sofrido, sua repercussão sobre a autora/apelante e o caráter sancionador da medida, além dos demais critérios antes expostos, entendo que o valor da indenização deve ser majorada, pois o valor arbitrado se mostra insuficiente para, dentro dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, indenizar o dano moral em questão.

Isto posto, atendendo os parâmetros acima colocados, fixo o valor indenizatório em R$30.000,00 (trinta mil reais), por ser, ao mesmo tempo, um valor de reparação dos dissabores experimentados e servindo como forma de impedir que o causador do dano volte a praticar ações assemelhadas, sem configurar enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra, encontrando-se o mesmo dentro do universo dos valores arbitrados por esta Câmara.

Em decorrência da responsabilidade contratual, apesar de forma indireta, por ter sido o espaço locado à comissão de formatura, a indenização por dano moral tem juros computados a partir da citação, conforme entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA. DATA DA CITAÇÃO. (ART. 219 DO CPC). SÚMULA N.83 DO STJ.
> (…)
> 1. O Tribunal *a quo* decidiu que, tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora são devidos a partir da citação, por força do art. 219 do CPC, ainda que se trate de obrigação ilíquida.
> 2. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante do STJ, impõe a aplicação da Súmula n 83 do STJ.
> 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 132301/SP, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha , Dje 29/04/2014).

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FALECIDA. DANOS MORAIS .VALOR. REVISÃO POR ESTA CORTE. REEXAME DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. EVENTO DANOSO.
> (…)
> 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que incidem os juros de mora desde a data do evento danoso, em casos de responsabilidade extracontratual, entendimento consolidado com a edição da Súmula 54/STJ e, desde a citação, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes.

4. O recurso enquadra-se nas hipóteses do art. 557, §2º do CPC, autorizando a aplicação da multa nele prevista.
5. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa." (AgRg no AREsp 392102/MS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 02/04/20140).

Diante do exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO PARCIAL**, ao recurso de **Camila dos Santos Brandão**, para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 30.000,00 (trinta mil reais) e para estabelecer que os juros de mora deverão incidir a partir da citação, e **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do **Ilhéus Iate Clube**.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0159474-14.2008.8.05.0001, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 30.09.2014.

APELAÇÃO CÍVEL – DANO À IMAGEM – DIREITO À INFORMAÇÃO – VALORES SOPESADOS – USO DE IMAGEM – FINS ECONÔMICOS E COMERCIAIS – NÃO CARACTERIZAÇÃO – ENUNCIADO 403 DA SÚMULA/STJ – SENTENÇA MANTIDA.
Tem-se, a princípio, que a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo e quando identificado fins econômicos e/ou comerciais, ao teor da súmula 403/STJ. Sendo assim, considerando-se que a matéria jornalística em questão não identifica especificamente a titularidade da imagem da Demandante, não havendo, pois, individualização da fotografada e, tampouco, intuito econômico ou comercial, não cabe a indenização por danos morais pelo uso de sua imagem, conforme enunciado 403 da Súmula/STJ.
APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 0159474-14.2008.8.05.0001, da Salvador, em que é Apelante Renata de Oliveira e Apelado(a) o Empresa Editora A Tarde S/A.

Acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **em negar provimento** ao recurso, o que fazem fundados nas razões seguintes:

VOTO

Cinge-se a controvérsia sobre o dever de indenizar decorrente da veiculação de imagem da Apelante em jornal de grande circulação sem autorização.

Discorreu o Julgador de piso acerca da ausência de impactos prejudiciais na grande dimensão que declinada pela Demandante, senão mero aborrecimento, por se tratar de matéria específica de esporte, com foto capturada em ambiente público, na qual sequer houve a identificação específica da parte ou de quaisquer das pessoas fotografadas, já que aquele grupo no qual estava inserida a Apelante estaria representando, de uma forma genérica, as Mulheres então atraídas pelo Esporte - Futebol - tal como veiculado na matéria jornalística.

É cediço que o direito à imagem tem proteção constitucional - art. 5º, inc. X[9], é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.

Neste sentido, tem-se, a princípio, que a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo e quando identificado fins econômicos e/ou comerciais, ao teor da súmula 403/STJ.

Assim, como já bem dispôs o Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.[10]

Deste modo, a matéria jornalística em questão não identifica especificamente a titularidade da imagem da Demandante, razão pela qual não merece reparo a decisão de piso, por ausência de ofensa moral sofrida pela Apelante.

Em casos similares já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA. OFENSA AOS ARTS. 5º, V, X E XXXV DA CF. ANÁLISE EM SEDE ESPECIAL. INVIÁVEL. DANO MORAL. VERIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. USO DE IMAGEM. FINS ECONÔMICOS E COMERCIAIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ENUNCIADO 403 DA SÚMULA/STJ. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO.
1. A via especial é inadequada para análise de arguição de contrariedade a texto constitucional, sob pena de usurpação da competência atribuída ao STF.
2. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela não ocorrência do dano moral. A análise das razões do recurso, a fim de demover o que concluído pela origem, encontra óbice no verbete 7 da Súmula desta Corte.
3. Não havendo individualização da fotografada e, tampouco, intuito econômico ou comercial, não cabe a indenização por danos morais pelo uso de sua imagem. Enunciado 403 da Súmula/STJ.

9. "Art. 5º.[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"
10. www.stj.jus.br; REsp 801109/DF; Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; DJE 12/03/2013.

4. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."
(www.stj.jus.br; AgRg no AREsp 149627 / SP; Quarta Turma; Rel. Min. Maruia Isabel Gallotti; DJE 28/10/2013)

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. SÚMULA 168/STJ.
1. O conhecimento dos embargos de divergência pressupõe a similitude das circunstâncias fáticas e jurídicas entre os acórdãos confrontados. Situação não ocorrente no caso.
2. Os arestos confrontados cuidam de hipóteses diversas, nas quais o fato gerador do dano moral é distinto: o aresto paradigma trata da inexistência de responsabilização civil por ofensa à honra em face de matéria jornalística que narra fatos verídicos ou de interesse coletivo, enquanto o acórdão embargado analisa o tema da responsabilização civil por uso indevido da imagem, independentemente do conteúdo noticiado.
3. Nos moldes da uníssona jurisprudência desta Corte, "a ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, **e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido**" (REsp 794.586/RJ). Incidência da Súmula 168/STJ. 4. Agravo regimental não provido."(grifo)
(www.stj.jus.br; AgRg nos EREsp 1235926/SP; Segunda Seção; Rel. min. Raul Araújo; DJE 21/11/2013.)

Portanto, não restou caracterizado o dever de indenizar.

Face ao exposto, ***conheço do recurso de Apelação, negando-se-lhe provimento,*** *para manter integralmente a decisão singular.*

*****

TJBA – Apelações Cíveis Simultâneas nº 0092258-31.2011.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Edivaldo Rocha Rotondano, julgado em 18/2/2014.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIVULGAÇÃO EM SÍTIO VIRTUAL DE INFORMAÇÕES DE INQUÉRITO POLICIAL ACOBERTADO POR SEGREDO DE JUSTIÇA. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO DE AGRAVO RETIDO. JULGAMENTO CONJUNTO COM O MÉRITO DOS APELOS. MÉRITO. INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS DE LIVRE IMPRENSA, DIREITO À INFORMAÇÃO E PUBLICIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS. EXCEÇÃO ÀS REGRAS GERAIS. SEGREDO DE JUSTIÇA. COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. REDUÇÃO DO MONTANTE ARBITRADO. ADEQUAÇÃO EM VIRTUDE DA PULVERIZAÇÃO DAS NOTÍCIAS ENTRE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. ACESSÓRIOS. SÚMULAS 54 E 362 DO STJ. HONORÁRIOS. ART. 20 DO CPC. ADEQUAÇÃO ÀS ESPECIFICIDADES DO FEITO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.
1. Preliminar de conhecimento do agravo retido. Tangente ao agravo retido interposto pelos réus, derivado da conversão do Agravo de Instrumento nº 0013135-84.2011.805.000-0, autos apensos, percebe-se que este lastreia-se em argumentos absorvidos pelas peculiaridades dos recursos apelativos, de maior amplitude. Como se vê, o recurso interno cuida da liberdade de imprensa, com vista a preceitos constitucionais relativos ao interesse público de informação e a impossibilidade de restrição à atividade jornalística, questões ínsitas ao mérito dos apelos, razão porque se impõe o julgamento conjunto.
2. O autor e outros foram investigados em inquérito policial nº 134/2002, denominado Operação Alquimia, do Departamento da Polícia Federal de Juiz de Fora/MG, que, em virtude de decisão do Juiz Federal da Subseção Judiciária daquela unidade, encontrava-se sob segredo de justiça. Nada obstante, segundo e terceiro réus, jornalistas BRUNO MAIA ABBUDA e AURI REBELLO, veicularam notícias em sítio virtual da VEJA, de propriedade da primeira ré, EDITORA ABRIL S/A, extraídas dos autos do inquérito, tornando públicas informações sigilosas e possíveis práticas delitivas ainda em apuração, daí decorrer o pleito de indenização por dano moral à honra e a imagem do autor.
3. Vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da publicidade dos processos administrativos e judiciais, sendo certo, também, comportar este exceção à sua regra, inclusive o "segredo de justiça". A liberdade de imprensa, assegurada no inciso IX, arts. 5º e 220 do texto maior, não é absoluta, dado que a própria Constituição Federal lhe conferiu limites, nos termos do seu art. 5º, inc. X, que devem ser protegidos, para que não seja utilizada de maneira a violar, de forma ilícita, a esfera daqueles direitos.
4. A restrição é prevista legalmente e encontra amparo no texto constitucional, e, no caso, foi materializada em decisão judicial, sendo que a divulgação de informações sigilosas, nesta hipótese, constitui-se causa de violação ao direito à honra e a intimidade caracterizadora do dano moral indenizável, ainda que não haja qualquer prova de prejuízo, portanto, de forma presumida, consoante indiscutível orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

5. Perlustrando os autos, note-se que inexiste negativa dos réus quanto ao uso de informações contidas no indigitado inquérito policial, mas tão somente a escusa firmada no interesse público ao conhecimento destas. Todavia, de todo imperceptível qual interesse público a justificar a divulgação de dados de processo que tramite sob segredo de justiça, pois, repise-se, nada obstante a ampla possibilidade de difusão de atos de interesse da sociedade pela imprensa, no caso, havia limitação a ser respeitada pelos réus, sob pena de tornar inócua a exceção prevista por lei e acolhida pela Constituição Federal, caracterizado o ato ilícito indenizável, o dano moral em si e a conexão entre a conduta dos réus o esse resultado.
6. O dano causado pelos requeridos, apesar de ilícito, teve sua repercussão e extensão contemporizados, ou melhor, pulverizados, devido à amplitude das informações disseminadas através de inumeráveis veículos de comunicação, não se lhes podendo impor, pontualmente, a responsabilidade exclusiva pelo alcance das máculas impostas à honra e a imagem do requerente, quanto mais a excessiva condenação em 400 (quatrocentos) salário mínimos.
7. A simples capacidade econômica e financeira da primeira ré, Editora Abril, não pode servir como justificativa para um sopeso demasiado da condenação, que deve ter contornos módicos para que não se permita o enriquecimento ilícito, refutado pelo ordenamento jurídico pátrio, restando ser reduzido o valor da reparação por dano moral para a quantia líquida de R$50.000,00 (Cinquenta mil reais).
8. Dispõe a Corte Cidadã, nos termos da sua Súmula 362, que a correção monetária em relação ao dano moral incide a partir do momento do arbitramento, entendido este como o da fixação definitiva do valor da condenação, e, tocante aos juros de mora, segundo a Súmula 54 do mesmo Sodalício, ocorrem desde a data do evento danoso, como demonstrado no julgamento proferido no AgRg no AREsp 263768/MS STJ, 1ª T, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6/11/2013, DJE 13.11.2013.
9. Tratando-se de feito julgado antecipadamente, por se tratar de matéria unicamente de direito, sem produção de prova complexa, sequer pericial, e tendo a ação curso em juízo situado nesta Capital, mesmo considerando a dedicação do patrono do autor e singularidade dos fatos que conduziram ao pedido indenizatório, tem-se que os honorários advocatícios foram adequadamente fixados nos parâmetros do art. 20 do CPC.
10. Cabível o provimento parcial do recurso do autor, para fazer incidir os juros de mora a partir do evento danoso, e, provimento parcial do recurso dos réus, para minorar o valor da condenação imposta por dano moral de 400 (quatrocentos) salário mínimos para R$50.000,00 (Cinquenta mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelações cíveis simultâneas nº 0092258-31.2011.805.0001, de Salvador/BA, nas quais figuram, simultaneamente, como apelante e apelo, PAULO SÉRGIO COSTA PINTO CAVALCANTI e EDITORA ABRIL, BRUNO MAIS ABBUD e AURI REBELLO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento parcial aos recursos, pelas razões alinhadas no voto do relator.

RELATÓRIO

Integra, o presente, o relatório da sentença de fl. 517/523, na qual o MM Juiz da 31ª Vara dos Feitos das Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca do Salvador/BA, em sede de ação de indenização por dano moral, ajuizada por PAULO SÉRGIO COSTA PINTO CAVALCANTI em face da EDITORA ABRIL, BRUNO MAIS ABBUD e AURI REBELLO, julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar os réus ao pagamento da quantia de 400 (quatrocentos) salários mínimos, a titulo de reparação moral, acrescidos de juros de mora de 1% e correção monetária a partir da sentença. Condenou os réus, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação.

Irresignado, interpôs o autor o presente recurso sustentando, em síntese, ser insuficiente o valor da condenação estabelecida na sentença primeva, haja vista a extensão e repercussão do dano sofrido, decorrente da divulgação de informações extraídas de inquérito policial, sob o manto do segredo de justiça, e a capacidade econômica da primeira ré.

Assevera incidir os juros moratórios e a correção monetária a partir do evento danoso, nos termos das Súmulas 43 e 54 do STJ, ponderando, ainda, a insignificância do valor arbitrado a título de honorários advocatícios. Preparo às fls. 542/543.

Os réus, EDITORA ABRIL, BRUNO MAIS ABBUD e AURI REBELLO, também inconformados com o *decisum*, aviaram apelo alçando, em preliminar, a análise do agravo retido manejado contra a tutela antecipada que lhes determinou suspender a veiculação de matérias jornalísticas sobre a Operação Alquimia, tendente a apuração de supostas fraudes tributárias perpetradas pelo autor.

No mérito, asseveram a licitude da sua conduta ao veicular notícias sobre a referida operação policial, entendendo respaldada no princípio da liberdade de imprensa e, mais ainda, no interesse público quanto aos fatos que deram azo à investigação.

Aduzem que a quebra do segredo de justiça imposto ao inquérito policial, produziria reflexos criminais, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.296/96, sem caracterizar ilícito passível de responsabilização civil.

Ponderam a prevalência do princípio da publicidade dos atos públicos, a englobar processos administrativos e judiciais, em especial quando considerado o dever de informação constitucionalmente imposto aos meios de comunicação, conjecturando, inclusive, haver a sentença farpeada chancelado ato de censura.

Nessa mesma ordem de ideias, negam o dano moral, por ausência de excesso de

conduta e por falta de nexo de causalidade, e, subsidiariamente, afirmam excessivo o valor da condenação imposta, pugnando pela reforma do *decisum* tisnado.

Preparo às fls. 582/585.

Contrarrazões aos recursos encartadas às fls. 588/604 e fls. 605/638.

Vieram-me conclusos para análise, elaborando-se o relatório que restou submetido ao crivo da revisão.

VOTO

1. Requisitos de admissibilidade:

Em exame dos requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço dos recursos, pois, tempestivos e devidamente preparados. Do mesmo modo, do agravo retido manejado contra a antecipação de tutela deferida em primeiro grau, e confirmada na sentença objurgada, posto formulado pedido de análise, em sede de preliminar, consoante determina a legislação adjetiva.

2. Agravo retido:

Perfilhados os autos, verifica-se que o agravo retido interposto pelos réus, derivado da conversão do agravo de instrumento nº 0013135-84.2011.805.000-0, autos apensos, lastreia-se em argumentos, de todo em todo, absorvidos pelo objeto do recurso apelativo, cuja maior amplitude é inquestionável.

Note-se que a aludida irresignação interna trata da liberdade de imprensa, tendo por base preceitos constitucionais relativos ao interesse público de informação e a impossibilidade de restrição à atividade jornalística, questões ínsitas ao mérito do apelo.

Logo, procedo ao julgamento conjunto do agravo retido e apelos aviados.

3. Objeto da demanda:

Com o fito de facilitar a compreensão dos fatos, esclareço que o autor e outros foram investigados em inquérito policial nº 134/2002, denominado Operação Alquimia, do Departamento da Polícia Federal de Juiz de Fora/MG, que, em virtude de decisão do Juiz Federal da Subseção Judiciária daquela Comarca, encontrava-se sob segredo de justiça.

Nada obstante, segundo e terceiro réus, jornalistas BRUNO MAIA ABBUDA e AURI REBELLO, veicularam notícias em sítio virtual da VEJA, de propriedade da primeira ré, EDITORA ABRIL S/A, extraídas dos autos do inquérito, tornando públicas informações sigilosas e possíveis práticas delitivas ainda em apuração.

Daí o pedido de indenização por dano moral lastreado em violação à honra e a imagem do autor.

Delimitada a situação fática vista nos fólios, prossigo na análise dos apelos com a ressalva de que, independente da ordem cronológica de suas interposições, iniciarei com a apreciação da existência do ato ilícito indenizável e sua negativa, para, após, avaliar a quantificação estabelecida e o momento de incidência dos acessórios, tratando, por derradeiro, do arbitramento dos honorários advocatícios.

4. Do ato ilícito:

Ressalto, de logo, que esta egrégia Quinta Câmara Cível, em diversos julgados,

inclusive alguns da minha lavra, tem se posicionado no sentido de que a veiculação de notícias jornalísticas lastreadas em inquéritos policiais, desde que sem excesso, não caracterizam o ato ilícito apto a gerar o dano indenizável por ofensa à honra e à imagem, considerando-se o princípio da imprensa livre, bem como o interesse público à informação, assegurados na Constituição Federal vigente.

Todavia, no caso em testilha, o fato de ter havido decisão judicial determinando correr em segredo de justiça o inquérito policial instaurado em desfavor do autor, consubstancia elemento diferenciador que exige intelecção apropriada dos normativos constitucionais e legais.

Pontuo ser incontroversa a decretação do segredo de justiça pelo Juízo Federal, descabendo valoração desta Corte acerca da sua necessidade ou adequação, sendo estranho à resolução da lide o argumento dos réus de que o autor deixou de negar os fatos da Operação Alquimia.

Dito isto, é certo viger no nosso ordenamento jurídico o princípio da publicidade dos processos administrativos e judiciais, como, também, comportar este exceção à sua regra, inclusive o "segredo de justiça".

Em que pese os argumentos lançados, a liberdade de imprensa, assegurada no inciso IX, art. 5º, e art. 220 do texto maior, não é absoluta, dado que a própria Constituição Federal lhe conferiu limites, nos termos do seu art. 5º, inc. X, que devem ser protegidos, para que não seja utilizada de maneira a violar, de forma ilícita, a esfera daqueles direitos.

Assim, em princípio, o trâmite de processo, ou inquérito, em segredo de justiça, importa em restrição ao direito de informação existente em favor dos órgãos de imprensa. Trata-se de opção legal, estatuída no art. 155 do CPC, com esteio no art. 5º, incs. V e X, da Constituição Federal, para limitar a possibilidade de divulgação dos atos processuais e decisões prolatadas.

Note-se que esse entendimento encontra ressonância na posição do STF de que "a publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público." (STF – RMS nº 23.036-RJ, rel. p/acórdão Min. Nelson Jobim, j. 28/3/2006 – DJU 25.08.2006.

No caso, a restrição é prevista legalmente e encontra amparo no texto constitucional, materializada, como foi, em decisão judicial, sendo que a divulgação de informações sigilosas, nesta hipótese, constitui causa de violação ao direito à honra e a intimidade caracterizadora do dano moral indenizável, ainda que não haja qualquer prova de prejuízo, portanto, de forma presumida, consoante indiscutível orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Sinaliza-se que o segredo de justiça, salvo melhor juízo, não alcança a própria existência do inquérito ou processo administrativo ou judicial, cuja publicidade é facultada, mas os fatos, provas e determinações neles contidas, sem estender-se, contudo, a aspectos extraprocessuais, como a ação investigativa da imprensa, circunstância que não se aplica ao caso em comento, uma vez que admitida pelos réus a utilização de informações do inquérito.

Reafirmo que, perlustrando os cadernos processuais, não identifico negativa dos réus quanto ao uso de informações contidas no indigitado inquérito policial, mas tão somente a escusa firmada no interesse público às informações.

Pondero ser imperceptível qual interesse público a justificar a divulgação de dados de processo que tramite sob segredo de justiça. Repise-se, nada obstante a ampla possibilidade de divulgação de atos de interesse da sociedade pela imprensa, na situação analisada, havia limitação a ser respeitada pelos réus, sob pena de tornar inócua a exceção prevista por lei e acolhida pela Constituição Federal.

Nessa linha de cognição, ainda que não se possa atribuir à imprensa, no caso personificada nas figuras dos réus, a quebra do segredo de justiça, fato a ser imputado aos agentes atuantes no processo (Juiz, Promotor, Advogado, Delegado, investigado, perito, testemunha etc.), persiste em seu desfavor a obrigatoriedade, no exercício da liberdade de imprensa, de aferir das suas fontes, também acobertadas por sigilo, tanto a veracidade e a prova dos fatos, quanto se estes encontram-se acobertados pelo segredo de justiça.

Portanto, entendo caracterizado o ato ilícito indenizável, o dano moral em si e a conexão entre a conduta dos réus e esse resultado.

Nesse compasso, também legítima a tutela antecipada deferida em primeiro grau para obstar os réus de veicularem notícias acerca dos fatos acobertados por segredo de justiça, tendo o Juiz da causa percebido e necessidade de proteger direito do autor passível, à época, de dano irreparável ou de difícil reparação.

5. Da quantificação do dano moral:

No tocante aos pedidos recursais de majoração e minoração do *quantum* indenizável, em que pese a fundamentação adotada pelo ilustre Juiz sentenciante, verifica-se excesso na fixação, estabelecida em 400 (quatrocentos) salários mínimos, correspondente a algo em torno de R$271.200,00 (Duzentos e setenta e um mil e duzentos reais).

É que, embora tenham os réus incorrido em ato ilícito ao veicular informações sigilosas, a existência da Operação Alquimia alcançou repercussão nacional, objeto de matérias jornalísticas em todos os meios de comunicação.

Dessa forma, o dano causado pelos requeridos, apesar de ilícito, teve sua repercussão e extensão contemporizados, ou melhor, pulverizados, devido à amplitude das informações disseminadas através de inumeráveis veículos de comunicação, não se lhes podendo impor, pontualmente, a responsabilidade exclusiva pelo alcance das máculas impostas à honra e à imagem do requerente.

Ademais, a simples capacidade econômica e financeira da primeira ré, Editora Abril, não pode servir como justificativa para um sopeso excessivo da condenação, que deverá alcançar contornos, módicos para que não se permita o enriquecimento ilícito, refutado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por oportuno, colaciono julgados do STJ que estabelecem parâmetros para a quantificação, in verbis:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA QUE INCLUI DEPUTADO FEDERAL NO ROL DE "MENSALEIROS BONS DE RENDA". INFORMAÇÃO QUE SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
>
> 1. Embora a proteção da atividade informativa extraída diretamente da Constituição garanta a liberdade de "expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, inciso IX), também se encontra constitucionalmente protegida a inviolabilidade da "intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X).
>
> 2. Nesse passo, apesar do direito à informação e à liberdade de expressão serem resguardados constitucionalmente – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado –, tais direitos não são absolutos. Ao contrário, encontram rédeas necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.
>
> 3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade. Tal dever, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. Não se exigindo, contudo, prova inequívoca da má-fé da publicação.
>
> 4. No caso em julgamento, é fato público e noticiado pela mídia que o Deputado Federal Sandro Mabel foi absolvido de qualquer envolvimento no escândalo "mensalão" pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados em novembro de 2005, quase um ano antes da notícia veiculada pela recorrida em 2006. Tampouco foi denunciado pelo Ministério Público na propalada ação penal que tramita no Supremo Tribunal Federal, sequer foi indiciado.
>
> 5. Assim, correto o acórdão estadual quando condenou o jornal, concluindo que a liberdade de informação foi extrapolada, desbordando do dever de informar e noticiar fatos ao adentrar no campo da inviolabilidade da honra do Deputado, incluindo-o como beneficiário de vantagem indevida, mesmo sabedor que este fora absolvido pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados.
>
> 6. Isso porque, para ensejar indenizações do jaez desta que se ora persegue, não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação. Do contrário, equivaleria a prescrever a tais situações a produção de prova diabólica, improvável de ser produzida.
>
> 7. Nos termos do art. 944 do CC, a indenização mede-se pela extensão do dano. Atentando-se às peculiaridades do caso, especialmente que se mostra evidente e estreme de dúvidas que a capacidade financeira da ora recorrente é elevada; e, considerando que a pessoa noticiada é pública e tem imagem estabelecida em âmbito nacional, que a reportagem foi veiculada em jornal notoriamente conhecido nacionalmente; que, por outro lado, a condenação, no caso, é independente da investigação da intensidade da culpa/dolo do agente, afigura-se-me não ser exorbitante o arbitramento da indenização no valor de **R$ 22.800,00 (vinte e dois mil e oitocentos reais).**
>
> 8. Recurso especial não provido.(Resp 1374177/GO, STJ, 4ª T., Min. Luís Felipe Salomão, j. 5.9.2013, DJ 28/10/2013)

> AGRAVO REGIMENTAL – IMPRENSA – DEVER DE INDENIZAR – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – QUANTUM DO DANO MORAL – DESNECESSIDADE

REVISTA BAHIA FORENSE

DE MODIFICAÇÃO – AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.

1. – O acolhimento das alegações da agravante não dispensa o reexame de prova. Rever a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* acerca do dever de indenizar demandaria a incursão no conjunto probatório para concluir-se da forma requerida pelo Recorrente. Incide nesse ponto a Súmula 7/STJ.

2. – Em relação ao *quantum* do valor do dano moral, a 3ª Turma deste Tribunal assentou o entendimento de que somente se conhece da matéria atinente aos valores fixados pelos Tribunais recorridos quando o valor seja teratológico, isto é, de tal forma elevado que se considere ostensivamente exorbitante, ou a tal ponto ínfimo, que, em si, objetivamente deponha contra a dignidade do ofendido. Não é o caso dos autos, em que houve a fixação do valor de indenização por dano moral, em R$15.000,00 (Acórdão de 25/07/2012), para o dano consistente na notícia veiculada.

3. – Quanto ao dissídio jurisprudencial, da mesma forma, impossível se torna o confronto entre os paradigmas e o Acórdão recorrido, uma vez que a comprovação do alegado dissenso reclama consideração sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que não é possível de se realizar nesta via, por força do óbice da Súmula 7/ STJ.

4. – O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

5. – Agravo Regimental improvido.(AgRg no AREsp 321569/RJ, STJ, 3ª T. Min. Sidnei Beneti, j. 28.05.2013, DJe 19/6/2013)

Daí, impõe-se a redução da reparação por dano moral para a quantia líquida de R$50.000,00 (Cinquenta mil reais).

Por conseguinte, merece guarida o pedido dos réus e, portanto, desmerece amparo a majoração pretendida pelo autor.

6. Da incidência da correção monetária e dos juros de mora:

Concernente ao pleito recursal exclusivo do autor, voltado ao momento de incidência dos juros de mora e da correção monetária em relação ao dano moral quantificado, em sentença, para ambos acessórios a partir da condenação, tem-se que estes temas encontram-se pacificados pelo STJ.

Com efeito, dispõe a Súmula 362 da Corte Cidadã que a correção monetária alusiva ao dano moral incide a partir do seu arbitramento, entendido este como o da fixação definitiva do valor da condenação.

Em relação ao juros de mora, estabeleceu o STJ, mediante a Súmula 54, que estes vigem desde a data do evento danoso, logrando êxito o apelo quanto ao tema segundo se extrai do julgamento do AgRg no AREsp 263768/MS STJ, 1ª T, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6/11/2013, DJE 13/11/2013.

Sendo assim, a irresignação do autor deve ser acolhida quanto à incidência dos acessórios.

7. Dos honorários advocatícios:

Por derradeiro, debruço-me sobre o pedido recursal do autor de aumento dos honorários advocatícios fixados.

Nos termos do art. 20 do CPC, fatores como a complexidade da causa, esmero do profissional, localização do Juízo, entre outros, devem ser considerados para o arbitramento dos honorários advocatícios.

No caso, restou o feito julgado antecipadamente, por se tratar de matéria unicamente de direito; não houve produção de prova complexa, sequer pericial, e a ação teve curso em juízo situado nesta Capital.

Malgrado se considere a dedicação do patrono do autor e a singularidade dos fatos que conduziram ao pedido indenizatório, percebe-se que os honorários advocatícios foram adequadamente fixados, razão porque impróspero o recurso, no particular.

8. Conclusão:

Nessas condições, o voto é no sentido de dar provimento parcial ao recurso do autor, para fazer incidir os juros de mora a partir do evento danoso, assim como ao dos réus, para minorar o valor da condenação imposta por dano moral para R$50.000,00 (Cinquenta mil reais).

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0056062-19.1998.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Lisbete Mª Teixeira Almeida Cézar Santos, julgado em 09.09.2014.

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPAGANDA COMPARATIVA. ALEGAÇÃO DE ABUSO. DIVULGAÇÃO DO NOME DO SUPERMERCADO APELADO PELO SUPERMERCADO APELANTE COM PREÇOS DE PRODUTOS NÃO COMERCIALIZADOS PELO MESMO. PROPAGANDA DESLEAL. COMPROVAÇÃO DA INVERDADE DOS VALORES E PRODUTOS. DEVER DE INDENIZAR. RECURSO ADESIVO. JUROS DE MORA. TERMO INCIAL. A PARTIR DO EVENTO DANOSO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO APELAÇÃO IMPROVIDO E PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO.

– A propaganda comparativa, plenamente admitida, não bastasse alimentar a livre concorrência, sempre salutar e benéfica ao consumidor, conta com garantia constitucional (art.170, inciso IV) e previsão no Código Brasileiro de autorregulamentação publicitária (art.32).

– A propaganda efetuada pela empresa deve respeitar certos parâmetros, de modo a observar a lealdade entre os concorrentes e não utilizar o abuso do poder econômico. Esses parâmetros garantem a concorrência entre várias empresas e o respeito dos valores constitucionais.

– Os documentos apresentados com a inicial traduzem prova cabal acerca da propaganda enganosa e consequente concorrência desleal alegada pela parte autora, em virtude da propaganda comparativa

utilizada pelo apelante/Extra. A forma de propaganda utilizada pelo apelante/Extra ultrapassou os limites legais, uma vez que utilizou-se de produtos nem mesmo comercializado pelo apelado.
– Por vislumbrar abusividade na nota informativa do apelante/Extra, houve ofensa ao direito de imagem do apelado/adesivo, impondo o dever de indenizar. Apelação improvida.
– O dano moral deve ser estabelecido com razoabilidade e proporcionalidade, de modo a servir de reparação ao dano sofrido pela vítima. Valor condizente a tais parâmetros. Apelação improvida.
– Em ação indenizatória por danos morais, o termo inicial para incidência dos juros de mora é a data do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. Aplicação da Súmula 54 /STJ. Recurso adesivo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0056062-19.1998.8.05.00001, da Comarca do Salvador, em que são partes, como Apelante – Companhia Brasileira de Distribuição – Extra Supermercados, e, como Apelado – Galilo Indústria e Comércio Ltda.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo e, dar provimento ao recurso adesivo, pelas razões seguintes.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de Apelação Cível e Adesivo, interpostos contra sentença prolatada, às fls. 184/187, na Ação de Indenização por danos morais ajuizada por Galilo Indústria e Comércio Ltda contra Companhia Brasileira de Distribuição – Extra Supermercados, na qual julgou procedente o pedido, reconhecendo o dever de indenizar, pelos danos morais, no importe de R$ 33.900,00 (trinta e três mil e novecentos reais), decorrente da concorrência desleal através de indevida utilização de propaganda na modalidade comparativa, tudo devidamente corrigidos com juros de 1% a partir da publicação da sentença. Condenou ainda, o réu ao pagamento de custas e honorários processuais.

Irresignado apelou o Supermercado/Réu, às fls.200/210, alegando, em síntese, inexistência de danos morais vez que não restou demonstrado que a propaganda veiculada causou qualquer repercussão negativa, pois não publicou qualquer informação falsa sobre os produtos, efetivamente, comercializados pelo autor à época. Afirma que impõe-se a prova inequívoca do dano sofrido, o que não ocorreu no caso dos autos. Assevera que não restou provado qualquer erro quanto aos preços dos produtos, havendo sim, um equívoco quanto a comercialização de três, dentre os trinta listados dos encartes. Aduz que resta evidenciado que houve, de fato, um excesso no valor da condenação; Por fim requer a reforma da sentença para reconhecer reformar a sentença julgando improcedente o pedido ou que seja reduzido o valor da condenação.

Contrarrazões apresentadas, às fls. 233/241, defendendo o acerto da decisão de primeira instância, refutando as alegações do apelante e pugnando pelo improvimento do apelo.

Recurso adesivo interposto, às fls. 242/251, alegando, em síntese, a necessidade de reforma da sentença, no que toca ao termo inicial dos juros moratórios e a necessidade de majoração ao valor arbitrado à título de dano moral, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

É o relatório.

VOTO

Analisando o feito, observo que na presente questão pretende o Supermercado/Réu expurgar a condenação referente a indenização por danos morais, por entender que utilizou da propaganda comparativa, ato legal e previsto no ordenamento jurídico, não praticando qualquer ato ilícito, sendo que apenas cometeu um equívoco na divulgação de três, dos trinta produtos contidos no encarte, o que não configura concorrência desleal.

Ora, apesar de entender ao contrário, resta consignado, inclusive, confirmado pelo próprio Supermercado/Réu, que "equivocou-se" na divulgação de apenas três produtos, incluindo na sua lista comparativa produtos os quais a parte autora sequer comercializava.

A propaganda comparativa, plenamente admitida, não bastasse alimentar a livre concorrência, sempre salutar e benéfica ao consumidor, seu alvo número um, conta com garantia constitucional (art. 170, IV) e previsão no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 32), ostentando, portanto, manto de legalidade.

De fato, a respeito da publicidade comparativa, importante destacar que sua prática é permitida, portanto lícita, desde que não veiculada propaganda enganosa, com informações inverídicas, bem como publicidade que venha denegrir a imagem ou difamar a concorrente, condutas que configuram concorrência desleal.

Nos autos, não há qualquer dúvida quanto a questão da propaganda enganosa. Ou seja, apesar de veicular o nome do Apelado, este comprovou que os valores demonstrados foram inverídicos, tanto quanto aqueles por ele praticados, ou melhor dizendo, o apelado sequer comercializava tais produtos, o que não se pode afastar tal fato, pela alegação de que houve um "equívoco".

Sobre a legislação que rege a propaganda comparativa, pode-se destacar o art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que assim dispõe:

> "Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código de Propriedade Industrial – **a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites**:
> a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
> b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
> c) comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
> d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas

diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
e) **não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes**;
f) **não se caracterize concorrência desleal**, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
h) **quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio**."

Pois bem, na hipótese versada, embora afirme a apelante ter sido veiculada a propaganda com apenas três produtos, dos trinta elencados, ter sido um equívoco, com a divulgação de preços inverídicos acerca de seus produtos, como bem delineou o julgador singelo, "o réu reconheceu a ocorrência de um erro patrocinado pelo coletor de dados, não se recordando que tipo de erro ... O erro teria originado em razão da divulgação de um produto que não existia nas lojas da autora". (fl.186).

Sendo assim, o réu violou a imagem, o direito moral do autor, quando usou indevidamente a propaganda comparativa, com produtos que sequer eram comercializados pelo apelado, os documentos apresentados com a inicial se traduzem em prova cabal acerca da propaganda enganosa e consequente concorrência desleal alegada pelo Supermercado Apelante, em virtude da modalidade de propaganda comparativa, posto que as provas trazidas com a inicial são suficientes para gerar tal conclusão.

O objetivo maior desta comparação é o esclarecimento ao consumidor. Saliente-se que atualmente, estabelecimentos comerciais concorrentes se submetem à disputas de marketing para angariar consumidores ávidos por preços mais acessíveis. E nessa função chegam a anunciar em seus cartazes promocionais que cobrem qualquer oferta dos concorrentes, citando-os, e ainda concedendo desconto nos seus produtos, o que deixa evidente a propaganda comparativa.

Portanto, da análise da limitação imposta a essa modalidade de publicidade, constatou-se ser ilícita a propaganda comparativa veiculada pelo réu, eis que efetuada sem observância dos princípios e limites impostos pelo Código Brasileiro que regula o tema. Neste sentido, destaca-se a Jurisprudência adotada pelos Tribunais Pátrios:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. PROPAGANDA COMPARATIVA. COMPARAÇÃO ENTRE VALORES PRATICADOS ENTRE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CONCORRENTES. INFORMAÇÕES ERRÔNEAS. CABIMENTO DA PROIBIÇÃO DE SUA VEICULAÇÃO. A propaganda comparativa, muito embora lícita no ordenamento jurídico pátrio, pode vir a configurar-se como enganosa ou falsa, reconhecendo-se como concorrência desleal ao fornecer informações incorretas ou difamar concorrentes. Caso dos autos onde comprovados indícios de abusividade na concorrência comercial exercida pela empresa agravante, à vista de informações errôneas repassadas ao consumidor, destinatário da campanha, sobre os preços atribuídos aos mesmos produtos pela empresa concorrente. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70045185949, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 14/12/2011)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. USO INDEVIDO DE NOME. PROPAGANDA COMPARATIVA. TUTELA ANTECIPADA. Cabimento da antecipação de tutela visando que a ré se abstenha de efetuar propaganda comparativa de preços com o nome da autora, por verificados a verossimilhança da alegação desta, no sentido da ocorrência de prejuízo à livre concorrência, e o perigo dano irreparável ou de difícil reparação. Presença dos pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil. Precedentes desta Corte. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. A multa tem por objetivo obrigar o réu a cumprir a obrigação. Sendo apenas inibitória, mostra-se adequada sua aplicação ao caso, nos termos do disposto nos arts. 287 e 461, §§ 3º e 4º, ambos do Código de Processo Civil. Multa fixada em R$ 200,00 por dia de descumprimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70046466850, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 12/12/2011)

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMPARATIVA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Veiculação de propaganda comparativa, onde são relacionados os concorrentes da ré, entre os quais a autora, de notória inferioridade econômica, consubstanciado abuso do poder econômico, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência. Arts. 170, IV, da CF e 20, I, e 29 da Lei nº 8.884/94. Dano moral caracterizado. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70016163727, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 14/03/2007)

Diante disso, por vislumbrar abusividade e ilegalidade na nota informativa do réu, de maneira que houve ofensa ao direito de imagem da parte autora, deve ser mantida a r. sentença, quanto ao dever de indenizar pelos danos suportados.

Especificamente quanto ao dano moral, é de se convir que a ação do réu gerou um abalo no bom nome da empresa autora, na medida em que a associou à prática de preços mais altos, por si só. Ora, a comunidade local sabedora dessa comparação logicamente internalizou essa conclusão induzida pela propaganda.

Assim, restando o nome do mercado autor jungido a preços altos tenho por caracterizado o dano moral.

No que se refere a quantificação do dano moral, deve-se ressaltar que, atualmente, é uma das atividades mais árduas conferida ao magistrado quanto a esta matéria. Isso porque, por se atingir um direito imaterial ele está adstrito à mesma quantificação entabulada para o dano material.

Ocorre que, apesar da quantificação do dano moral demandar um apuramento maior por parte do magistrado do que o próprio dano material, não pode o julgador ser temeroso na construção do seu valor. Certamente, ele não deve inviabilizar o agressor a partir de indenizações vultosas, mas também não deve premiá-lo com valores insignificantes para a sua capacidade econômica. No caminho a ser trilhado para a quantificação deve estar presente a ideia de educar o agressor, mostrando-lhe as consequências de sua conduta e, junto a isso, desestimulá-lo a praticar novos comportamentos como o que está em análise.

É necessário, portanto, que se quebre o paradigma unitário anteriormente existente, partindo-se, agora, para um modelo dúplice, onde se busca não só sanar o dano sofrido pela vítima, como também, desestimular o agressor, ou terceiros, na prática de condutas semelhantes. Neste sentido, é o opinativo de Salomão Resedá, em sua obra "A função social do dano moral":

> "Busca-se, dessa maneira, não desmerecer o caráter reparatório da Responsabilidade Civil, mas sim reconhecer que a prevenção do dano é preferível à sua reparação. Sobre este novo enfoque o qual passa a considerar a conduta do agente, buscando evitar a reincidência danosa, é possível afirmar que: "a responsabilidade civil ampliou seus limites, a dar realce não ao dano já consumado e à sua reparação, mas ao próprio bem jurídico e à sua preservação."[11]

Efetivamente, na quantificação do dano moral, deve o magistrado observar com maior acuro a teoria do desestímulo, posto que, somente a partir deste paradigma é que será possível reduzir as ações danosas contra direitos de tamanha importância quanto os extrapatrimoniais.

> "Ademais, perfilhar o pensamento apenas no âmbito da vítima apontará no sentido de completo desrespeito para determinadas pessoas que possuem capacidade econômica inferior. Explica-se: compensar a maturação de uma quantia pecuniária a partir dos valores acumulados pelo sujeito passivo – ante a, suposta, busca por evitar o enriquecimento sem causa – construirá indenizações díspares para situações semelhantes. Aqueles menos abastados sofrerão mais com comportamentos abusivos ante a certeza de um valor indenizatório menor do que os outros que possuem altas cifras em patrimônio."[12]

Conforme mencionado, é necessário que se dê função social ao dano moral para que a partir da aplicação de valores considerados aptos a desestimular se consiga uma maior segurança jurídica, evitando, assim, abusos que são perpetrados pelos mesmos agressores que superlotam as prateleiras do Poder Judiciário com ações repetidas.

É necessário, portanto funcionalizar o dano moral. Aplicar montantes que venham a alertar os agressores para seus comportamentos. A teoria do Desestímulo se deve fazer presente, conforme defendido por moderna doutrina pátria.

Cumpre atentar, ainda, na avaliação reparadora dos danos morais, em cada caso, para as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como a extensão dos prejuízos morais sofridos pela vítima, tudo para atingir-se a dupla finalidade da condenação, a de punir o seu causador, desestimulando-o a práticas futuras e a de compensar o ofendido pelo constrangimento indevidamente imposto.

Dito isso, resta evidente que no caso de dano moral, o valor da indenização é meramente estimativo, e, na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que traduza em valor pecuniário a magnitude da mágoa, o que prevalece é o critério de se atribuir ao juiz o arbitramento da indenização.

11. RESEDA, Salomão. *A função social do dano moral.* Florianópolis: CONCEITO EDITORA, 2009, p. 268.

12. RESEDA, Salomão. *A função social do dano moral.* Florianópolis: CONCEITO EDITORA, 2009, p. 285.

Neste caso específico, a parte ré, no mínimo, uma das maiores redes de supermercado do país, cometendo uma conduta grave, com objetivos que certamente ultrapassam o de simplesmente atrair clientela, em contraponto ao porte econômico da empresa apelada, além dos critérios consolidados nesta Câmara.

Assim, somadas as circunstâncias dos autos, os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, a situação socioeconômica de ambas as partes, majoro o *quantum* indenizatório no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), porquanto adequado e razoável**.**

Quanto ao que pertine ao termo inicial referente ao juros moratórios.

A sentença recorrida, está em dissonância com entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no enunciado sumular nº 54, no sentido de que: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Neste ponto, merece reforma a sentença do Magistrado singular, apenas para fixar o termo inicial da incidência dos juros moratórios.

Isto posto, **nega-se provimento ao recurso de apelação** e, **dá-se provimento ao recurso adesivo**, para reformar a sentença no que se refere ao quantum indenizatório, majorando para o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) e para fixar o termo inicial da incidência dos juros moratórios, a partir do evento danoso, mantendo-se a sentença intacta por estes e seus próprios fundamentos.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0062001-91.2009.8.05.0001, 2ª Câmara Cível, Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 26.08.2014.

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ATAQUE POR ANIMAL – ART. 936 DO CÓDIGO CIVIL – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

Pereceu o Apelante em sua tese de defesa por restar configurada a perda de controle sobre o seu cão – da raça rottweiler, não promovendo as devidas cautelas em vista do animal que se encontrava sob os seus cuidados e guarda, o qual, sabe-se, é conhecido por ser de grande porte e ter a força como característica intrínseca à sua natureza, constando, pois, dos autos a prova das consequências sofridas pelo Apelado em decorrência do ataque de que foi vítima.

Neste sentido, bem dispõe o Código Civil em seu art. 936 que o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. Destarte, no caso em tela o Apelante não se desincumbiu de demonstrar quaisquer das excludentes de culpabilidade, seja a culpa exclusiva da vítima ou força maior, restando, pois, configurada a sua responsabilidade pela referida ocorrência e, por consequência, o dever de indenizar.

Ademais, registra-se a redução do importe indenizatório para um patamar razoável e proporcional.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para reduzir o patamar indenizatório para o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 0062001-91.2009.8.05.0001, da Comarca Salvador, em que é Apelante Francisco Carlos Ferreira e Apelado(a) o Guinaldo Oliveira Leite.

Acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **em dar parcial provimento** ao recurso, o que fazem fundados nas razões seguintes:

VOTO

Defere-se inicialmente o pedido de Assistência Judiciária, em harmonia com o art. 4º da Lei nº 1.060/50 e com a imperiosa dicção do art. 5º, inciso LXXIV da Magna Carta, o qual dispõe que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Depreende-se dos elementos constantes dos autos, que o Exmo. Magistrado de piso julgou com acerto a demanda.

Trata-se de pedido de indenização por danos morais que informa o Demandante/Apelado ter sofrido em decorrência de ter sido vítima de ataque do cão da raça rottweiler de propriedade da parte Ré/Apelante, que se soltou da mão do mesmo e avançou sobre o Apelado, derrubando-o no chão e causando-lhe vários danos, sendo, inclusive, submetido a procedimento cirúrgico e tratamento psicológico.

Em sede de piso o pedido fora julgado procedente com a condenação do Apelante nos danos morais e fixação da indenização no importe de R$10.000,00 (dez mil reais).

Sabe-se que, para se configurar o direito à indenização, advinda de responsabilidade civil, devem ser observados os seguintes elementos, quer sejam, a culpa, o dano e o nexo causal, ou seja, o dano deve ser consequência direta da atividade culposa de quem o produziu como exemplificado nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil:

> ***"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.***
> ***[...]***
> ***Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.***
> ***[...]***
> ***Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.***
> ***Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."***

Doutro modo, é imprescindível que estejam presentes os elementos citados acima para que se faça *jus* a verba indenizatória, em se tratando de responsabilidade civil.

Acerca do evento em análise, bem dispõe o Código Civil:

> "Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior."

Destarte, no caso em tela o Apelante não se desincumbiu de demonstrar quaisquer das excludentes de culpabilidade, seja a culpa exclusiva da vítima ou força maior, restando, pois, configurada a sua responsabilidade pela referida ocorrência e, por consequência, o dever de indenizar.

Tampouco as contradições apontadas em sede de Apelo servem para elidir a responsabilidade do Recorrente. Isto porque os fatos narrados, em suma, são ratificados, de modo que ter o cachorro avançado no Apelado ou em seu pequeno cachorro que se encontrava em seu colo não modifica o fato em si, do ataque do cão e consequências posteriores.

Consta dos autos as lesões sofridas pelo Apelado na face, cotovelo e olhos em virtude do evento descrito, fls. 16/25, lesões cujo tratamento incluiu cirurgia para colocação de pinos na face.

Ademais, em perícia realizada por especialistas do IML, fls. 10/15, restou constatado o agravamento dos sintomas que motivaram tratamento psiquiátrico anterior.

Portanto, pereceu o Apelante em sua tese de defesa por restar configurada a perda de controle sobre o seu cão, não promovendo as devidas cautelas em vista do animal que se encontrava sobre os seus cuidados e guarda, o qual, sabe-se, é conhecido por ser de grande porte e ter a força como característica intrínseca à sua natureza.

Noutro esteio, quanto ao valor da indenização, o Juiz deve ter sempre em mente que, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível e, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro.

Deve o Juiz, pois, nestes casos, pautar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, entendendo-se, pois, diante da realidade em análise, que o valor de R$10.000 (dez mil reais) fixado pelo Magistrado *"a quo"* se mostra excessivo, impondo-se a sua redução.

Face o exposto, **conheço do recurso de Apelação, dando-se-lhe parcial provimento** apenas para reduzir o patamar indenizatório para o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais). Custas e honorários mantidos nos termos da sentença, porém suspensa sua cobrança nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0000131-21.2010.8.05.0127, 3ª Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago, julgado em 28.01.2014.

REGISTROS PÚBLICOS – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RE-

TIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PLEITO DE RETIFICAÇÃO DO NOME DA GENITORA E DA PROFISSÃO DA PARTE AUTORA CONSTANTE DA CERTIDÃO DE CASAMENTO – PEDIDO DEFERIDO PARCIALMENTE, APENAS PARA RETIFICAR O NOME DA GENITORA – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO QUE SE REFERE À RETIFICAÇÃO DA PROFISSÃO APOSTA NO REGISTRO CIVIL – SENTENÇA CONFIRMADA.

1 – A Ação de Retificação de Registro Público não é adequada para promover a retificação de profissão do registrado, servindo apenas para corrigir erros relativos à filiação, data de nascimento e naturalidade e não de circunstâncias transitórias como domicílio e profissão.

2 – A negativa em alterar a certidão de casamento não prejudica eventual direito da Autora, ora Apelante, em obter benefícios previdenciários, devendo comprovar, pelas vias próprias, o período durante o qual exerceu a atividade rurícula, mostrando-se inadequada a Ação de Retificação de Registro para esse fim, como bem pontuou a sentença impugnada.

IMPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do recurso de APELAÇÃO CÍVEL (processo nº 0000131-21.2010.8.05.0127), interposto por SILVANILDA VIEIRA DOS REIS SANTOS, nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil oriunda da Vara dos Feitos de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Itapicuru.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, amparados nos fundamentos constantes do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

SILVANILDA VIEIRA DOS REIS SANTOS ingressou em juízo com Ação de Retificação de Registro Civil, buscando alterar dados da sua Certidão de Casamento, no sentido de que a sua profissão, que foi aposta como **"do lar"**, passe para **"lavradora"**, bem assim, que o nome de sua genitora, que foi grafado incorretamente, passe de **Valdina Vieira dos Santos** para **Balbina Vieira dos Santos**.

Após regular instrução do feito, a representante do Ministério Público que atua no 1º Grau opinou pela sua extinção, defendendo que a posição recente do STJ é no sentido de que *"a ação de retificação de registro civil não é a via adequada para retificar a profissão."* (folha 21)

O juízo de origem proferiu sentença contendo o seguinte dispositivo:

> *"Desta forma, considerando-se que falta interesse processual no pedido para alteração da profissão da requerente, conforme remansosa jurisprudência acima, defiro PARCIALMENTE os pedidos, para que se proceda APENAS a retificação do nome da genitora da autora no seu registro de casamento, fazendo constar o nome correto, qual seja, BALBINA VIEIRA DOS SANTOS."* (folhas 22-23)

Inconformada, a parte Autora interpõe Recurso de Apelação (folhas 26-31), onde postula, em síntese, a reforma da sentença e consequente deferimento do pedido de retificação do registro civil no que se refere à profissão.

Os autos do recurso foram distribuídos para a minha relatoria, determinando, inicialmente, que fosse colhido o opinativo da Procuradoria de Justiça, que pugnou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento (folhas 48-51).

Encaminhado os autos para a douta apreciação da Desembargadora Revisora, que determinou a inclusão do feito em pauta para o presente julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois encontram-se presentes os pressupostos legais para sua admissibilidade.

Busca a parte Apelante a retificação de registro civil de casamento, sob o argumento de que, apesar de sempre haver laborado na atividade rural, ao casar-se com o Sr. Edemilson Conceição dos Santos, o Oficial do Cartório do Registro Civil indicou, de forma equivocada, a sua profissão no livro de registro. Assim, ao contrário de **lavradora**, foi ali aposta a função **"do lar"**.

Ocorre que, como bem destacou o Juízo de origem e os ilustres representantes do Ministério Público, a Ação de Retificação de Registro Público não é adequada para promover a retificação de profissão do registrado, servindo apenas para corrigir erros relativos à filiação, data de nascimento e naturalidade e não de circunstâncias transitórias como domicílio e profissão.

Todavia, a negativa em alterar a certidão de casamento não prejudica eventual direito da Autora, ora Apelante, em obter benefícios previdenciários, devendo comprovar pelas vias próprias o período durante o qual exerceu a atividade rurícola, mostrando-se inadequada a Ação de Retificação de Registro para esse fim, como bem pontuou a sentença impugnada.

Posicionamento do STJ é nesse mesmo sentido:

> RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL – REGISTRO CIVIL – FINALIDADE – EFICÁCIA, AUTENTICIDADE E SEGURANÇA DOS ATOS JURÍDICOS – ASSENTO DE CASAMENTO RETIFICAÇÃO DE DADOS A RESPEITO DA PROFISSÃO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 242/STJ – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO – MEDIDA EXCEPCIONAL QUE EXIGE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DE ERRO EM SUA LAVRATURA – AUSÊNCIA, IN CASU – RECURSO IMPROVIDO.
> I – Não se pode perder de vista que, dentre as finalidades dos registros públicos estão a preservação da eficácia, autenticidade e a segurança dos atos jurídicos.
> II – Sendo certo que a pretensão ora deduzida é obter começo de prova para requerimento, no futuro, de benefícios previdenciários e para tal objetivo, acredita-se, deve-se valer de procedimento autônomo, em via processual própria, utilizando-se, inclusive, do disposto na Súmula n. 242/STJ.

III – Não é possível que se permita desnaturar o instituto da retificação do registro civil que, como é notório, serve para corrigir erros quanto a dados essenciais dos interessados, a saber, filiação, data de nascimento e naturalidade, e não quanto a circunstâncias absolutamente transitórias como domicílio e profissão.
IV – Se, de um lado, a regra contida no artigo 109 da Lei 6.015/73 autoriza a retificação do registro civil, por outro lado, consta ali a ressalva de que a mesma somente será permitida na hipótese de haver erro em sua lavratura. Inexistência, in casu.
V – Recurso especial improvido.
(REsp 1194378/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 24/02/2011)

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0001010-34.2011.8.05.0243, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 03.06.2014.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SUPOSTO VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMPROVADA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO. INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO.
1 – Inadmissível o argumento de que a paternidade socioafetiva deva, em todo e qualquer caso, prevalecer sobre os vínculos biológicos, pois afeto, nesse caso, não pode ser óbice à busca da verdade e se prestar a criar fato consumado e impeditivo, motivado por falsa percepção da realidade, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.
2 – O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que deve ser exercido em face dos pais, embora tenham os apelantes partilhado de uma relação socioafetiva com seu pai registrário, tal fato não lhes tira o direito, ante a insurgência gerada pela revelação de suas reais histórias, de ter acesso a sua verdadeira origem biológica.
3- Anulação da sentença de primeiro grau, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para seu regular processamento e julgamento, inclusive instrução probatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0001010-34.2011.8.05.0243, em que figuram como Apelante Adriana Oliveira de Souza, Ozório Alcântara de Souza e como Apelado Osvaldo Teixeira de Almeida.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO APELO, nos termos do relatório e voto do Relator

VOTO

Como visto, trata-se de ação de investigação de paternidade, julgada improcedente sob o fundamento de que a paternidade socioafetiva deve se sobrepor a biológica. O douto Magistrado, assim se pronunciou na sentença recorrida:

> "Muita das vezes, em uma paternidade biológica, onde existe o vínculo jurídico e o vínculo natural, também existe a marca viva da rejeição, faltando amor, compreensão e dedicação, e em outras vezes, onde existe o vínculo da sociopaternidade, esse sim, dará ensejo a real e irrefutável função de pai, com a construção cultural na sociedade e no meio jurídico e a permanente afetividade, essa que não é fruto da consanguinidade. Por essas e outras razões que ser pai não é somente ser aquele que possui o vínculo genético. É, primeiramente, a pessoa que cria, que ampara, que dá amor, educação, carinho, dignidade, o porto seguro dos filhos, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai. Dessa forma a paternidade socioafetiva, muitas vezes, vai se sobrepor à paternidade biológica".

Em que pese o nobre entendimento do insigne magistrado, tecnicamente não se pode admitir o argumento de que a paternidade socioafetiva deva, em todo e qualquer caso, prevalecer sobre os vínculos biológicos, pois o vínculo afetivo, nesse caso, não pode ser óbice à busca da verdade e se prestar a criar fato consumado e impeditivo, com todas as relevantes consequências jurídicas daí decorrentes.

Ainda que existente a paternidade socioafetiva, não há como retirar dos filhos, ao tomar conhecimento da verdade, ver reconhecida sua ancestralidade.

O art. 1.593 do Código Civil, ao regulamentar a matéria, não estabelece prevalência do vínculo socioafetivo em detrimento do biológico, dispondo apenas que:

> "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

Todo individuo tem o direito de conhecer sua origem genética, independentemente da existência de outro vínculo de paternidade de caráter socioafetivo ou registrário. No caso em tela, os apelantes são conhecidos como filhos de Alcides Francisco de Souza, tendo perdurado essa situação até lhes ser revelado pela genitora que não são filhos biológicos de seu pai registral, mas do apelado, em razão disso, realizaram exame de DNA com o pai registral que confirmou a ausência de paternidade biológica, propondo a presente investigatória de paternidade, fls. 6 e13.

A prevalência da paternidade socioafetiva frente à biológica visa o interesse do menor, garantindo direitos aos filhos face à pretensão dos pais, em ações negativas de paternidade, quando é inequívoco o conhecimento da verdade biológica pelos pais que ainda assim efetivam o registro de nascimento, construindo ao longo dos anos relação de afeto, cuidado e assistência patrimonial e moral.

No caso em análise, pelos fatos narrados na exordial e depoimentos colhidos às fls. 50 e 51, pode-se concluir que o pai registral, já falecido, conforme consta na declaração de fl.50, pensava ser o pai biológico dos apelantes, pois já era casado com a genitora ao tempo do nascimento deles. Ademais, são os filhos que buscam o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda suas vidas foram induzidos a acreditar em uma verdade que lhes fôra impostas, não sendo razoável que lhes imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.

O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que deve ser exercido em face dos pais. Confira-se o entendimento do STJ:

> FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.
>
> 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002.Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012.
>
> 2**. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.**
>
> 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.
>
> 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.
>
> 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.
>
> 6. **Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.**
>
> 7. **O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.**
>
> 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.
>
> 9. Recurso especial desprovido. (STJ Resp 1401719/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013) (grifei).

> DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.
>
> 1. **A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira".**
>
> 2. **De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.**
>
> 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira".
>
> 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (STJ REsp 1167993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013) (grifei).

Concluindo-se pela possibilidade de investigação de paternidade mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo com o pai registrário, uma vez que o reconhecimento da filiação biológica é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, devendo prevalecer, neste caso, o vínculo biológico.

Em harmonia com o exposto, o voto é para **DAR PROVIMENTO** ao presente recurso, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para seu regular processamento e julgamento, inclusive instrução probatória, nos termos pleiteados na petição inicial.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0000608-35.2009.8.05.0109, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Lícia de Castro L. Carvalho, julgado em 11.02.2014.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. "ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO, NEGATIVA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO ENTRE OS LITIGANTES. RECONHECIMENTO EQUIVOCADO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. EVIDÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. IRRESIGNAÇÃO MOTIVADA. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da APELAÇÃO CÍVEL nº 0000608-35.2009.8.05.0109, da comarca de IRARÁ, sendo apelante ANTONIO CARLOS EVANGELISTA CERQUEIRA e Apelada, C.R.S.C, representada por JUCÉLIA SANTOS.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

VOTO

A presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso impõe conhecimento.

Assiste razão ao recorrente.

A sentença recorrida julga improcedente a ação com embasamento na prevalência da '*paternidade afetiva existente entre as partes".* O exame conjunto dos elementos carreados para os autos evidencia o convívio marital, durante quatro anos, entre o recorrente e a genitora da menor Carla Rayne Santos Cerqueira, esta última registrada civilmente como se sua filha fosse, não obstante duvidasse do seu parentesco, seja pela ausência de semelhança física, seja porque vivia *'mais na estrada do que em casa*', em razão da sua profissão de *'motorista-carreteiro'* . É fato incontroverso nos autos a inexistência de parentesco entre Antonio Carlos Evangelista Cerqueira e a recorrida C.R.S.C, conforme resultado de exame de DNA, laudo de fl.32.

Dispõe o art. 1.604, do CC:

Art.1.604. *Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.*

In casu a constatação do resultado negativo de exame de DNA e demais provas produzidas nos autos impõe o reconhecimento de ocorrência de erro essencial quanto ao estado da pessoa, hábil a anular o registro civil em questão, uma vez que o recorrente declarou a menor como sendo sua filha movido pela crença de ser seu pai biológico.

Noutro passo, não se vislumbram elementos indispensáveis à caracterização da denominada "paternidade socioafetiva", devendo ser prestigiada a busca da verdade real e biológica, a possibilitar, inclusive, futura identificação do genitor biológico da referida menor.

Colhe-se do depoimento pessoal o Autor, fl.45,

"(...) que se relacionou com a genitora da acionada por pouco mais de dois anos, destacando que já haviam namorado antes, mas terminaram, somente reatando o relacionamento após o nascimento da primeira filha do casal; que possuem uma filha chamada Maria Ludmila , cuja paternidade nunca foi contestada pelo acionante; que, quando do nascimento da segunda criança, ora requerida, o casal já estava separado; que quando a acionada nasceu pairou dúvida sobre a sua paternidade, todavia, por insistência da genitora do autor, este acabou procedendo o registro da criança, mesmo com dúvida se, de fato, era o seu pai; que nunca chegou a conviver, sob o mesmo teto, com a criança acionada, apenas com ela possuía contatos esporádicos, vez que residiu dez anos fora desta comarca, em razão do seu trabalho, fato que persiste até a presente data; que exatamente por ter dúvida se havia sido traído pela genitora da acionada, que acabou se separando da sua companheira naquela ocasião; que esta mesma dúvida originou a dúvida sobre a paternidade; que ama a acionada como se sua filha fosse, porém entende que o justo é que o pai biológico assuma a paternidade e que o seu nome seja excluído do registro da menor (…).

Vale, ainda, a transcrição das declarações prestadas pela genitora da acionada, JUCÉLIA SANTOS, e pela menor C.R.S.C, fls.46 E 47:

JUCÉLIA SANTOS, fl. 46 - "(...) que, de fato, antes do nascimento da acionada teve um relacionamento sexual com outro homem, no mesmo dia em que soube, pela genitora do autor, que este tinha uma outra filha, fruto de um relacionamento extraconjugal, e que havia viajado com a genitora desta terceira criança; que, com certeza, o outro homem com quem se relacionou, pode ser o pai biológico da acionada; que não possui contato com o suposto pai biológico, mas sabe onde ele reside, que a criança acionada, desde a propositura da paternidade, ante o comportamento de familiares do autor.(...)".

C.R.S.C, fls.47, (…) que, sua genitora já lhe confessou que seu pai biológico seria um cidadão de prenome Sinval; possui uma irmã chamada Maria Ludimila, que é filha do autor e com ela reside na mesma casa; sempre foi criada como filha do autor, (…) que, por sua vontade continuaria sendo filha do autor; (...)"

Consoante doutrina abalisada,

"*A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento de mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho.*

(...) A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente. Naturalmente, a filiação socioafetiva não decorre da prática de um único ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma rela-

ção entre pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela filiação. É o afeto representado, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar carinhos, ensinar e aprender concomitantemente". (Chaves de Farias, Cristiano; Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, P. 517/518).

Não se pode olvidar o entendimento do STJ,

> "Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.
> I. Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.
> II. A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. - A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.
> III. Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. - E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido. **(STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/05/2007, T3 - TERCEIRA TURMA)**

Neste sentido, esclarecedores os fundamentos do Parquet, fls.71/76 :

> " (..) A controvérsia posta em análise cinge-se à configuração, ou não, da paternidade socioafetiva, capaz de sobrepor-se à ausência de paternidade biológica, atestada mediante exame de DNA.
> Com efeito, a tese da paternidade socioafetiva vem sendo defendida como uma transformação no conceito clássico da relação entre pai e filho, indo além da questão biológica, atribuindo-se maior importância ao fato da criação do filho, privilegiando, pois, os laços afetivos que se criam afora os lações de consanguinidade.
> Ocorre que, no entendimento dos Tribunais Superiores, para a configuração da paternidade socioafetiva seriam necessários dois requisitos, quais sejam: o conhecimento da verdade biológica pelos pais que declararam o registro de nascimento, e a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos entre filho e os pais não biológicos. É o que se evidencia pelo consignado no aresto ora transcrito.

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92.
(…) 3. **A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.**
4. **A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii)** a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. **(…)**
(STJ, relator: Min NANCY ANDRIGHI, Data de julgamento: 08/10/2013, T3 – Terceira Turma)

> De fato, a relação de afeto entre as partes é questão incontroversa, sequer questionada pelo Demandante no bojo desta ação. Contudo, não pode ser reconhecida, in casu, a paternidade socioafetiva, posto que recorrente, quando do registro da infante, não detinha o conhecimento referente à realidade biológica, vez que imaginava, em verdade, ser ele o pai da menor.
> Destarte, tendo restado demonstrada a inexistência de vínculo biológico mediante o resultado negativo do exame de DNA, devem ser deferidos os pedidos da exordial (...)".

Merece reforma a sentença proferida com equívoco, sem fundamentação adequada, dissonante dos elementos carreados para os autos e legislação em vigor.

Por tais razões dá-se provimento ao recurso reformando a sentença recorrida, julgando procedente a ação, com condenação da parte demandada ao pagamento de despesas processuais.

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0312074-81.2012.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Lícia de Castro L. Carvalho, julgado em 16.04.2013.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ENCARGO ATRIBUÍDO A AVÓ PATERNA. INCON-

FORMISMO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE CARÁTER SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR À OBRIGAÇÃO DOS GENITORES. AUSÊNCIA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DO DEVEDOR PRINCIPAL CUMPRIR COM SEU DEVER. ARTIGOS 1694, 1695, 1966 E 1968. IRRESIGNAÇÃO MOTIVADA. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0312074-81.2012.8.05.0000, de SALVADOR, sendo agravante JOECE GUANAES BARBOSA DE SOUZA e agravado A. V. G. DE SOUZA representado por Denise de Brito Vanderlei e GUSTAVO VANDERLEI GUANAES DE SOUZA.

Acordam os Desembargadores componentes da turma julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

RELATÓRIO

Insurge-se a agravante, através agravo de instrumento preparado, contra decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 11ª Vara de Família, Sucessões, Órfãos, Interditos e Ausentes da referida Comarca, nos autos da ação de alimentos movida pelos agravados, consistente na fixação de alimentos provisórios em 30% (trinta por cento) sobre seus rendimentos líquidos, provenientes de pensão deixada por morte de seu esposo, por desconto em folha de pagamento a ser depositado em conta a ser aberta em Banco oficial, agência desta cidade, em nome da genitora de seus netos. Alega, em síntese, sua condição de avó paterna dos agravados, sendo sua responsabilidade em prestar alimentos subsidiária e complementar, após comprovação da impossibilidade do genitor de prestar alimentos aos seus filhos, fato inocorrente na hipótese. A obrigação subsidiária, acaso comprovada, deveria ainda ser diluída entre os avós paternos e maternos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A obrigação assumida pelo avô paterno, hoje falecido, de prestar alimentos aos seus netos no montante de um salário mínimo, em anterior ação de alimentos, não pode ser transferida para a ora agravante, *"seja porque a obrigação primária é do genitor, seja porque não há prova de que o mesmo não tem capacidade de fazê-lo, seja porque, consoante confessado na exordial, o mesmo está arcando, diretamente, com o pagamento de despesas de sua filha menor, relativas às mensalidades escolares devidas ao "ISBA – Instituto Social da Bahia", incluindo-se aí fardamento e o material escolar; além das despesas com reforço escolar, lanches e telefone."* Ademais a existência de ação de oferta de alimentos proposta pelo genitor em face de sua filha menor, haja vista que o filho já atingiu a maioridade e já concluiu o ensino superior; a ausência de fracionamento da obrigação com os avós maternos e de condições financeiras para suportar o valor fixado a título de alimentos provisórios sem prejuízo do seu sustento próprio e de sua família demonstra a falta de amparo legal da decisão ora agravada merecendo, por conseguinte, ser cassada. Requer

atribuição de efeito suspensivo e provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão recorrida. Exibe peças, fls. 24/88.

Recurso distribuído para Quarta Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a função de relatora.

Às fls. 90 /92 foi atribuído efeito suspensivo ao recurso.

Em resposta, fls. 100/106 os agravados pugnam pelo improvimento do recurso.

Às fls. 120 o magistrado justifica o deferimento do pedido de alimentos provisórios à avó paterna, no percentual de 30% (trinta por cento) dos seus proventos, "*em decorrência do pedido inicial se encontrar devidamente justificado, bem como a existência de acordo celebrado entre as partes nos autos do processo nº 1041300-0/2006 que tramitou na 8ª Vara de Família desta Capital*".

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça, por sua ilustre representante, opinou pelo provimento do recurso para cassar a decisão agravada em todos os seus termos. Fls. 123/125.

Tratando-se de feito que independe de revisão pedi dia para o julgamento.

É o relatório.

VOTO

Rezam os artigos 1694, 1695, 1696 e 1698 do Código Civil que:

"*Art. 1694 – Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*"

"*Art. 1695 – São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-lo, sem desfalque do necessário ao seu sustento.*"

"*Art. 1696 – O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.*"

"*Art. 1698 – Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de primeiro grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.*"

Infere-se dos dispositivos legais transcritos que, para a fixação dos alimentos tem que se obedecer a uma proporção entre a necessidade da pessoa que os reclama e os recursos da pessoa obrigada, desde que haja um vínculo de parentesco, sendo necessário para que os filhos possam pleitear alimentos dos avós a falta absoluta dos pais, caracterizada por morte, ausência ou impossibilidade de cumprir a obrigação.

Washington de Barros Monteiro, no seu "Curso", vol. 2, Saraiva, 27ª ed., p. 292, ensina:

"*A obrigação alimentar é de natureza legal, a cargo das pessoas expressamente designadas, de tal forma que se deve ter sua indicação por taxativa e não enunciativa.*

Conseguintemente, os demais parentes não se acham sujeitos ao encargo alimentar. Este, na linha colateral, não vai além do segundo grau, o que, como observa Bonfante, colide com o direito sucessório, que, em nossa legislação, vai até o quarto grau (art. 1.612do

Cód. Civil, modificado pelo Dec. lei nº 9.461, de 15.7.1946). Por conseguinte, no direito pátrio, o onus alimentorum não coincide com o emolumentum successionis."

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que "*a responsabilidade alimentar dos avós tem como pressuposto a "falta" dos pais, a ela equiparada a incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação (RESP 169.746-MG, Rel. Ministro Ruy rosado de Aguiar, DJ de 22899) e que "não é só porque o pai deixa de admitir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo cumprimento integral" (RESP 366.837-RJ, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 22912003).*

No caso em apreço o exame conjunto dos elementos carreados para os autos não indica incapacidade financeira do genitor dos alimentandos para arcar com a prestação de alimentos.

Conforme observado pela douta representante do Ministério Público, fls. 124 "*(...) os recorridos não se desincumbiram de comprovar que o genitor não possuía capacidade financeira de custear os alimentos para que tal obrigação fosse abrangida à avó, a qual possui, repita-se, somente responsabilidade subsidiária.*" (…) "*Noutra senda, observa-se dos autos que o genitor dos agravados menores já vem adimplindo com a prestação alimentar, sendo a aqui perquirida apenas uma forma de "reforçar" a pensão já percebida. Desta forma, restou clarividente que o valor concedido a título de complementação, pelo menos em análise prefacial, não parece condizente com os fatos apresentados na demanda.*"

Neste sentido:

"*CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AVÓS. RESPONSABILIDADE.*
I – A responsabilidade de os avós pagarem pensão alimentícia aos netos decorre da incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação.
Assim, é inviável a ação de alimentos ajuizada diretamente contra os avós paternos, sem comprovação de que o devedor originário esteja impossibilitado de cumprir com o seu dever. Por isso, a constrição imposta aos pacientes, no caso, se mostra ilegal.
II – Ordem de 'habeas corpus' concedida".(**STJ; Habeas Corpus nº 38314/MS; Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro; j. em 22/02/2005**)

Por tais razões dá-se provimento ao recurso cassando a decisão guerreada.

*****

TJBA – Apelação Cível nº 0319624-27.2012.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, julgado em 15.04.2014.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTERDIÇÃO. SENTENÇA. EFEITO. PROLAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO. AGENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. NULIDADE.
I – O ato jurídico, para que seja válido, deve ser firmado por agente capaz, conter objeto lícito e observar a forma prevista ou não defesa em lei.

II – Conforme estabelece o inciso I do artigo 166 do Código Civil, o negócio jurídico celebrado por interdito, sem a presença de seu curador, é nulo de pleno direito, por tratar-se de agente absolutamente incapaz de gerir os atos da vida civil.
III – A nulidade não é afastada pela alegação de desconhecimento da incapacidade absoluta do contratante, sobretudo quando existe a averbação da interdição no cartório de registro de pessoas naturais, vez que a sentença de interdição tem efeitos a partir de sua publicação.
IV – Evidenciada que a sentença foi proferida de acordo com a legislação pertinente, impositiva é a sua manutenção.
RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação nº 0319624-27.2012.8.05.0001,** de Salvador, em que figuram como **Apelante** FIORI VEÍCULO LTDA e como **Apelada** EDINEUZA MARGARIDA DE OLIVEIRA FERNANDES,

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.

RELATÓRIO

EDINEUZA MARGARIDA DE OLIVEIRA FERNANDES ajuizou ação declaratória ordinária contra a FIORI VEÍCULO LTDA, processo com trâmite na 5ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais de Salvador.

Narrou que RINALDO DE OLIVEIRA FERNANDES celebrou contrato de compra e venda com a Ré para aquisição do veículo FIAT Siena Fire de placa policial NYU4268, tendo pago a quantia de R$7.360,00 (sete mil, trezentos e sessenta reais).

Argumentou que o contrato é nulo de pleno direito vez que, há época da celebração, o contratante era inválido.

Sustentou que a interdição do contratante foi decretada em 01/10/2007 e averbada no registro de seu nascimento em 30/04/2008.

Requereu a procedência da ação, com a declaração de nulidade do referido contrato e a condenação da Ré à restituição do valor pago pelo contratante.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 08/19.

Em resposta de fls. 23/27, a Ré requereu a improcedência da ação, sob o argumento de que realizou a venda do mencionado veículo de boa-fé, sobretudo porque o contratante estava desacompanhado de sua curadora. *Ad cautelam,* requer a devolução do bem livre de quaisquer ônus, na hipótese de procedência.

Anexou os documentos de fls. 28/46.

Conforme certidão de fl. 49, a Autora não apresentou a réplica.

Realizada a audiência, as partes não transigiram (fl. 61)

A sentença de fls. 62/63 julgou procedente em parte a demanda e determinou a devolução à Autora do valor pago pelo incapaz, em montante proporcional ao tempo de uso do veículo.

Os embargos de declaração de fls. 64/68, foram rejeitados à fl. 69.

Insatisfeita, a Ré interpõe o recurso de Apelação às fls. 70/79, requerendo o provimento do recurso, com a modificação *in totum* da sentença.

Conforme certidão de fl. 84, a Apelada não apresentou suas contrarrazões.

Os autos vieram-me às mãos.

É o relatório.

VOTO

O ato jurídico, para que seja válido, deve ser firmado por agente capaz, conter objeto lícito e observar a forma prevista ou não defesa em lei. A não observância desses requisitos torna o ato irregular, gerando como consequência a sua nulidade.

Analisando os fundamentos e documentos apresentados nos autos, evidencia-se a nulidade do negócio jurídico celebrado por RINALDO DE OLIVEIRA FERNANDES e a Apelante.

Isto porque, ao tempo da celebração do contrato de compra e venda (11/05/2011), RINALDO DE OLIVEIRA FERNANDES era declarado judicialmente incapaz, por sentença proferida em 01/10/2007 e registrada no assento do registro de nascimento em 30/04/2008, e não estava representado por sua curadora, ora Apelada.

Enfatize-se que em nosso ordenamento jurídico vigora a norma de que a celebração de negócio jurídico por absolutamente incapaz, sem representação, é ato nulo.

É o que dispõe o inciso I do artigo 166 do Código Civil, *in litteris:*

> *"Art. 166: É nulo o negócio jurídico quando:*
> *I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz."*

No mesmo sentido é a orientação da jurisprudência, conforme se infere do seguinte julgado:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL – EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – CONTRATANTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ – NULIDADE – INSCRIÇÃO INDEVIDA – DANO MORAL PRESENTE.* ***A celebração de contrato de mútuo com pessoa absolutamente incapaz (interditada), sem a presença do seu representante legal, acarreta na nulidade do negócio jurídico, nos termos do artigo 166, inciso I, do CC, bem como de todos os atos dele decorrentes****, o que implica na irregularidade da inscrição desabonadora e conseqüentemente no direito do lesado à reparação moral."* Grifei.
> (**TJMG**, processo nº 5770277-88.2009.8.13.0024, 12ª Câmara Cível, Des. Rel. NILO LACERDA, j. 01/12/2010, DJ 12/01/2011)

Evidencia-se, portanto, que o contrato particular celebrado pelo incapaz, sem a presença de sua curadora, encontra-se eivado de nulidade, por absoluta impossibilidade daquele conhecer, por si só, os seus termos.

Ademais, ressalte-se que a referida norma não é afastada pela alegação de desconhecimento da incapacidade absoluta do contratante, sobretudo quando existe o registro da interdição no cartório de registro de pessoas naturais, pois a sentença de interdição tem efeitos *ex nunc.*

Neste sentido é o entendimento da jurisprudência.

Confiram-se:

> *"CIVIL. NEGÓCIO JURÍDICO. INCAPACIDADE MENTAL DO VENDEDOR. NULIDADE.*
> ***Nulidade de compra e venda em face da 'insanidade mental' de uma das partes (CC, art. 5º, II), ainda que o fato seja desconhecido da outra.*** *Hipótese, todavia, em que o status quo ante só será restabelecido, quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa. Recurso especial conhecido e provido."*
> (**STJ**, REsp 38.353/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 23/04/2001, p. 158)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO CELEBRADO POR INCAPAZ. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. Reconhecida judicialmente a incapacidade do apelado, através de sentença transitada em julgado, inclusive com sua interdição, anteriormente à contratação, não há como convalidar os atos por ele praticados.* ***Nulidade absoluta da negociação, que não cede diante do argumento de desconhecimento da instituição financeira acerca da interdição****. A declaração da nulidade implica o retorno das partes ao estado em que se encontravam antes da negociação, devendo, portanto, ser restituído o valor financiado. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME."* Grifei.
> (**TJRS**, Apelação Cível Nº 70019453752, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 10/06/2010)

Evidenciada a nulidade, porque celebrado o negócio jurídico com pessoa considerada absolutamente incapaz, sem representação legal, impositiva é a manutenção da sentença em todos os seus termos.

Nestes termos, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

*****

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0022602-19.2013.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 26.08.2014.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

PARA AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RELAÇÃO DE CONSUMO. PARCIAL DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. INCONFORMISMO. ALTERAÇÃO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. DEFERIMENTO LIMINAR DE ALUGUERES A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. A revisão contratual perpetrada pelo Poder Judiciário não decorre da responsabilidade da construtora pelo atraso, senão da própria alteração dos termos pactuados por conta de fato superveniente (retardo da entrega do bem), que gera, de *per si*, o direito à readequação das cláusulas de modo a espancar eventual onerosidade excessiva para ambas as partes.

2. Acertada a decisão recorrida quanto à revisão do índice de correção monetária pactuado entre as partes. Sendo o INCC, Índice Nacional da Construção Civil, indexador que reflete os custos da construção civil, a sua adoção somente se justifica durante o período de construção do imóvel, impondo-se sua substituição pelo INPC, quando o bem é entregue ao promitente comprador. No caso sob comento, onde o atraso prorrogou-se por mais de dois anos, a manutenção do INCC por tempo indeterminado geraria uma onerosidade excessiva ao Consumidor.

3. Rejeita-se o pedido de concessão liminar de alugueres, pleiteados a título de lucros cessantes, ante a ausência de elementos de prova, neste momento de cognição sumária, aptos à demonstração da urgência de antecipação deste provimento. Os promissários-compradores deixaram de colacionar aos autos cópia de contrato de aluguel ou qualquer outro documento que demonstre, nesse estágio processual, o receio de dano iminente e irreparável ao direito de moradia. Assim, o presente recurso, que deve se limitar à apreciação da presença dos requisitos autorizadores para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. **RECURSOS IMPROVIDOS.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravos de Instrumento n.º 0022602-19.2013.8.05.0000 e nº 0022627-32.2013.8.05.0000, em que figuram como Agravantes e Agravados Claudio Mauricio Arize Santos da Cruz, Enelson de Jesus Barros Reis, Luis Alberto Bacelar Vidal, Michel Costa Azevedo, Virlane Santos Sande e Brotas Incorporadora Ltda, Pdg Realty Empreendimentos e Participações S/A

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, nos termos do relatório e voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravos de Instrumento interpostos por ambas as partes, com o escopo de reformar a decisão que deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pelos autores, determinando novo cálculo do saldo devedor nos termos ali descritos e ordenando o fornecimento dos respectivos boletos e planilhas de novo cálculo no prazo máximo de trinta dias, sob pena de multa diária de R$ 300,00. Noutro giro, indeferiu o pedido de pagamento liminar de alugueres, a partir da data de entrega dos imóveis prevista em contrato, e rejeitou as preliminares de limitação do litisconsórcio facultativo e da inépcia da inicial.

Irresignados, os autores interpuseram o Agravo de Instrumento tombado sob o nº 0022602-19.2013.8.05.0000, suscitando, em suma, a desnecessidade de comprovação do dano material referente ao pagamento de aluguéis pelos agravantes, por tratar-se de dano presumido, e a inadequação da adoção do INPC como índice de correção monetária, uma vez que foi requerido na petição inicial a incidência do IGP-M. Nestes termos, pleitearam provimento ao recurso, para que fosse reformada a decisão recorrida e deferido em sua integralidade o pedido liminar na ação de origem.

Os réus, por sua vez, manejaram o Agravo nº 0022627-32.2013.8.05.0000, aduzindo a impossibilidade de alteração do índice de correção e recálculo do saldo devedor pelo INPC e a necessidade de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro do negócio. Sustentaram que a decisão recorrida seria passível de causar-lhes lesão de difícil reparação, por resultar em diminuição dos valores originariamente contratados e que a multa diária fixada no valor de R$ 300,00 é desproporcional, nos termos do artigo 461, §6º do CPC. Nestes termos, pleitearam provimento ao recurso, para que fosse reformada a decisão recorrida e indeferido o pedido liminar na ação de origem.

Em ambos os feitos restou indeferido o pedido de efeito suspensivo, ocasião em que ordenei fossem os mesmos apensados para julgamento simultâneo.

Os agravados apresentaram suas contrarrazões, pugnando pela manutenção da decisão recorrida na parte que lhes era favorável.

Devidamente oficiado, o Juiz singular deixou de oferecer as informações solicitadas em ambos os recursos.

Imune de revisão, a teor do que dispõe o art.166, do Regimento Interno Do Tribunal de Justiça da Bahia.

É o relatório.

VOTO

O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se aí a garantia da efetividade da decisão a ser proferida.

A tutela de urgência é aquela evidenciada quando estamos diante de um perigo real ou imediato/iminente, que a doutrina chama de *periculum in mora*. E a existência desta característica é *conditio sine qua non* para a concessão da tutela pleiteada. Por outro lado, com base no *fumus boni iuris,* ou verossimilhança das alegações, busca-se fazer com que o julgador tenha uma superficial certeza do direito que a parte tem a zelar.

No caso em comento, em linhas gerais, verifica-se acertada a decisão que deferiu parcialmente o pedido de Antecipação de Tutela formulado pelos autores/recorrentes/recorridos, posto que presentes os requisitos autorizadores para a sua concessão, nos termos ordenados.

Em suma, a questão cinge-se em saber se, em face do atraso na entrega da obra em Contrato de Compra e Venda de Unidade Imobiliária, que deveria ter ocorrido em agosto de 2011, é possível, em antecipação de tutela, proceder-se a revisão judicial de cláusula contratual, bem como compelir a construtora ao pagamento mensal dos alugueres dos consumidores adquirentes, até que a obra seja efetivamente entregue.

A doutrina define este contrato de incorporação imobiliária como "*um negócio jurídico que tem o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas, e que pode ou não ser de consumo dependendo da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC, existindo aquisição para uso próprio, não para insumo, ou seja, para uso comercial da unidade, ou para a sua locação ou revenda etc., ele será de consumo, preenchendo todos os requisitos dos artigos 2º e 3º do Código do Consumidor, a saber: um consumidor, de um fornecedor e do uso próprio dos produtos ou dos serviços pelo primeiro*". (DINIZ, Maria Helena, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 11.).

In casu, os promissários-compradores afirmam a sua qualidade de consumidores e a destinação do imóvel para fins residenciais. Sendo assim, resume-se que a questão deve ser examinada a partir do Código do Consumidor, com realce aos princípios da boa-fé objetiva e da equivalência ou justiça contratual.

Outrossim, cumpre salientar que a relação jurídica entre as partes resta comprovada mediante os contratos constantes nos autos, assim como as cláusulas alusivas ao prazo de entrega do imóvel, resultando numa constatação de mais de 24 meses de atraso, ao tempo da concessão da tutela liminar, não sendo plausível, ao menos numa primeira análise, que os consumidores arquem com o ônus exclusivo do atraso da obra.

Insta ressaltar que a revisão contratual não decorre da responsabilidade da construtora pelo atraso, senão da própria alteração dos termos pactuados por conta de fato superveniente (retardo da entrega do bem), que gera, de *per si*, o direito à readequação das cláusulas de modo a espancar a onerosidade excessiva para ambas as partes.

Desta forma, percebe-se que, não intervir liminarmente na relação contratual existente para restabelecer, ainda que provisoriamente, o equilíbrio das obrigações imputadas a ambas as partes, implicaria em favorecimento da Construtora em detrimento dos direitos dos Consumidores.

Neste sentido, observa-se o acerto da decisão recorrida quanto à revisão do índice de correção monetária pactuado entre as partes. Isso porque, Sendo o INCC, Índice Nacional da Construção Civil, indexador que reflete os custos da construção civil, a sua adoção somente se justifica durante o período de construção do imóvel, impondo-se sua substituição pelo INPC, quando o bem é entregue ao promitente comprador. No caso sob comento, onde o atraso prorrogou-se por mais de dois anos, a manutenção do INCC por tempo indeterminado geraria uma onerosidade excessiva ao Consumidor.

Lado outro, a adoção do índice de correção pleiteado pelos Autores/recorrentes – o IGP-M – não guarda alterações significativas em relação ao índice ordenado pelo Magistrado, que melhor reflete o reajuste incidente sobre as relações de consumo.

Por seu turno, a ordem de reimpressão dos boletos de cobrança com as novas condições contratuais, sob pena de multa diária de R$ 300,00 é compatível com a tutela deferida, mormente porque a outra alternativa seria o depósito judicial das parcelas vencidas e vincendas mediante cálculo unilateral dos autores/recorrentes, providência que seria mais prejudicial à Construtora do que aquela efetivamente ordenada.

Acrescenta-se, ainda, que a fixação de astreintes não merece ser reformada, pois, além de fixada em valor razoável, configura-se legítimo instrumento coercitivo para o cumprimento da decisão judicial, e a sua incidência somente se justifica em caso de desobediência à determinação exarada pelo Juiz.

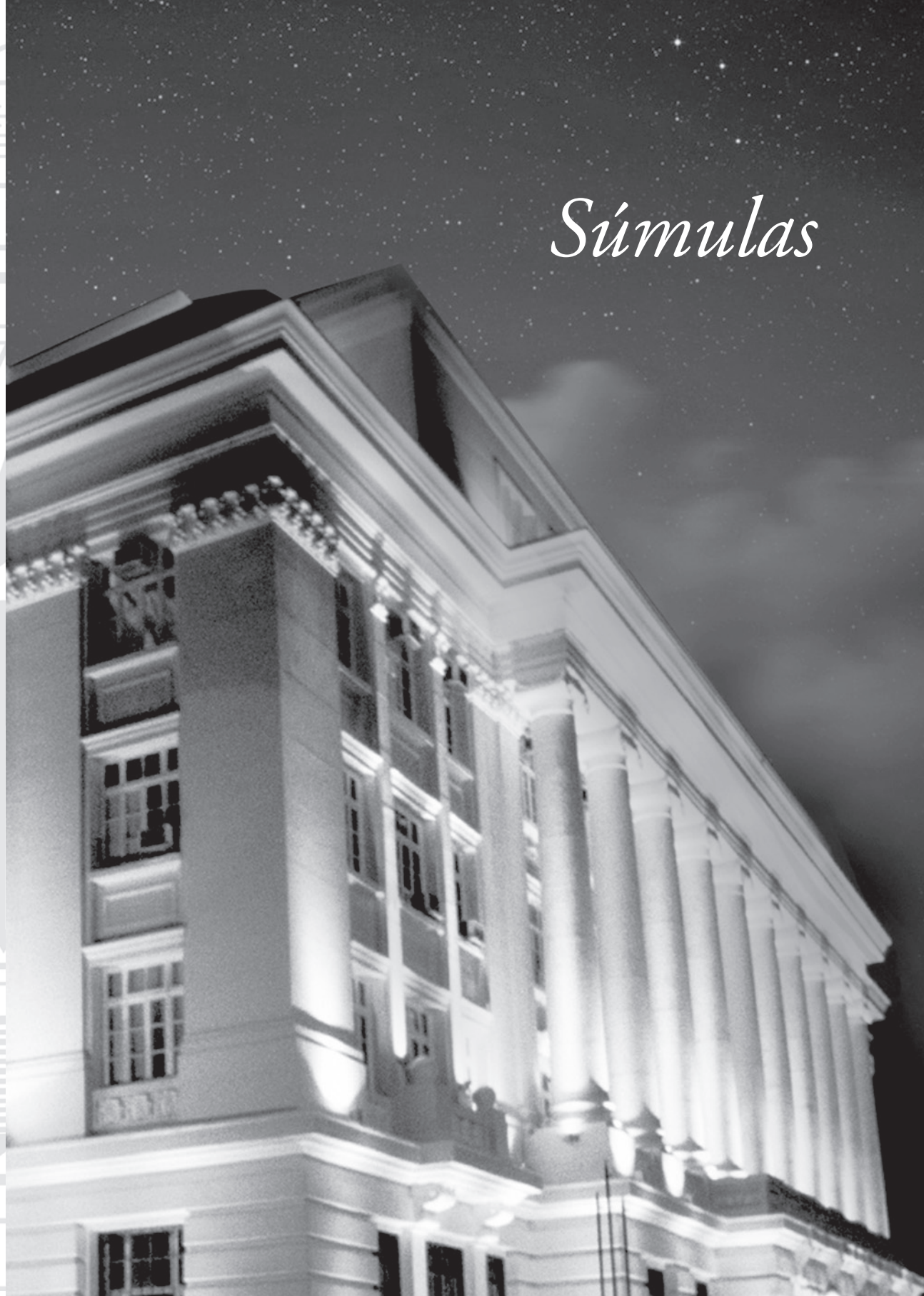
Por fim, quanto ao pedido de concessão liminar dos alugueres, pleiteados a título de lucros cessantes, atuou com acerto o Magistrado singular ao indeferi-lo, ante a ausência de elementos de prova, naquele momento de cognição sumária, aptos à demonstração da urgência de antecipação daquele provimento. Os Promissários-compradores deixaram de colacionar aos autos cópia de contrato de aluguel ou qualquer outro documento que demonstrasse, nesse estágio processual, o receio de dano iminente e irreparável ao direito de moradia.

Assim, a discussão sobre a presunção ou não do dano material referente ao pagamento de alugueres diz respeito ao próprio mérito da ação, não configurando-se objeto do presente recurso, que deve se limitar à apreciação da presença dos requisitos autorizadores para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Na mesma direção já decidiu esta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E ANULAÇÃO OU REDUÇÃO DA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO – CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO – NÃO CABIMENTO – ATRASO NA ENTREGA DA OBRA – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – ALUGUÉIS A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES E JUROS E MULTA DE MORA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ART. 273, DO CPC E ART. 84, § 3º, DO CDC – INDEFERIMENTO – AGRAVO IMPROVIDO. Não se analisa em grau de recurso matérias que, embora tenham sido objeto de requerimento na exordial dos autos de origem, ainda não foram apreciadas no primeiro grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância. Exercido o juízo de admissibilidade positivo do agravo e inalteradas as circunstâncias que ensejaram o seu processamento sob a forma de instrumento, não cabe a conversão em retido. Para antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, deve o Julgador pautar-se pela existência concomitante dos pressupostos autorizadores, quais sejam a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; no CDC, os requisitos são definidos como relevância da fundamentação da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final. Sabido que os lucros cessantes devem corresponder a perspectivas reais, necessária é a prova efetiva dos prejuízos sofridos pelo requerente para sua concessão. Afigura-se incabível a determinação de pagamento imediato de juros e multa de mora, antes de formado o contraditório e realizada a instru-

ção probatória para verificar a efetiva ocorrência do descumprimento contratual. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJBA – 0010601-02.2013.8.05.0000 Agravo de Instrumento. Relator: Telma Laura Silva Britto. Data do Julgamento: 29/10/2013. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível.)

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** a ambos os Agravos de Instrumentos, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.



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

O Relator poderá, em caráter excepcional, antes do recebimento da denúncia, deliberar acerca do afastamento do gestor público, bem como sobre a sua prisão preventiva, submetendo a decisão à apreciação do Órgão Competente, na primeira Seção subsequente.

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. 2º, parágrafo único da Lei nº 8038/1990
Art. 2º, II do Decreto-Lei nº 201/1967

Precedentes: STF, HC 73316/RS
STJ, HC 1281/BA
STJ, HC 16000/PI

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 desmuniciada, 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