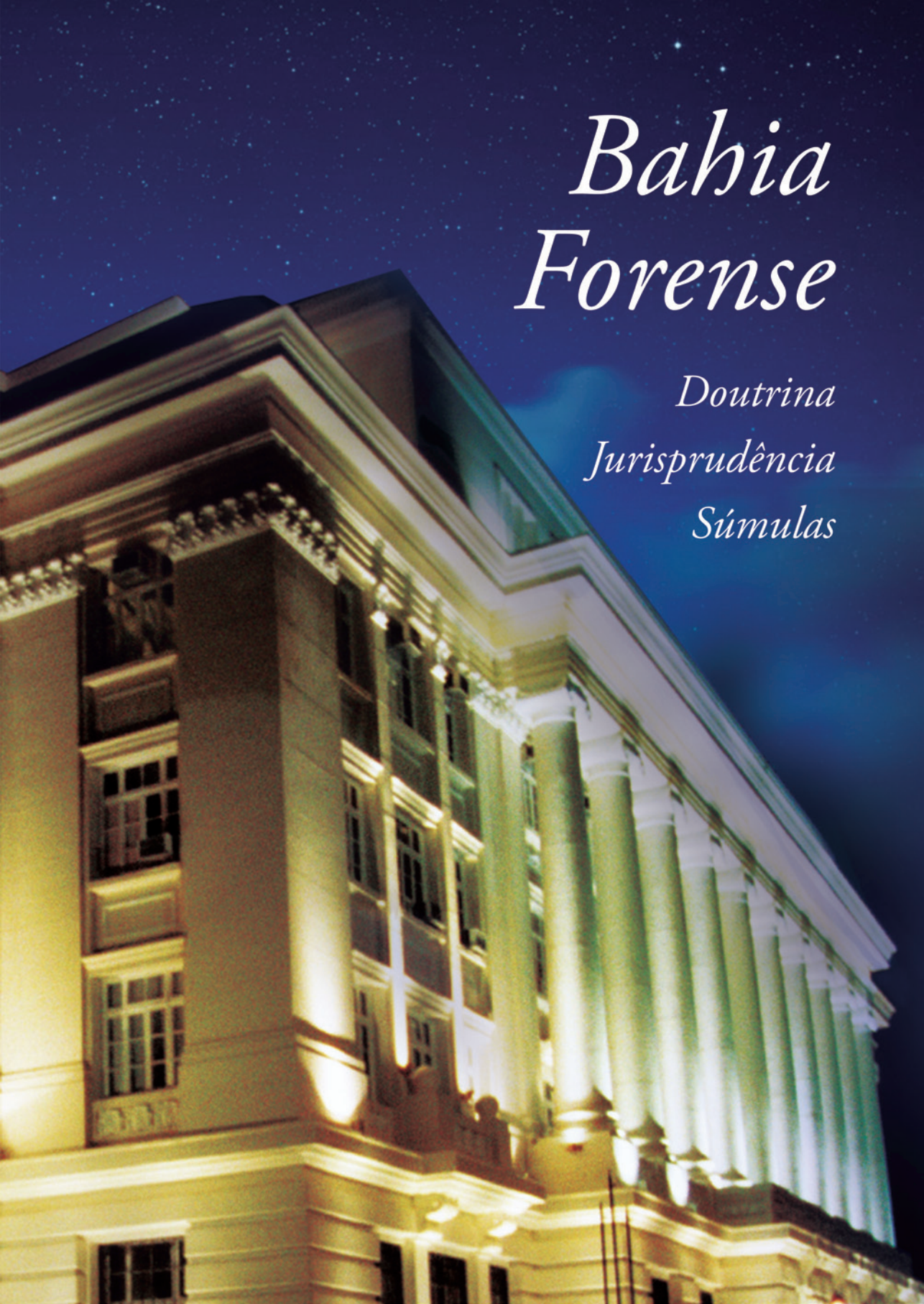
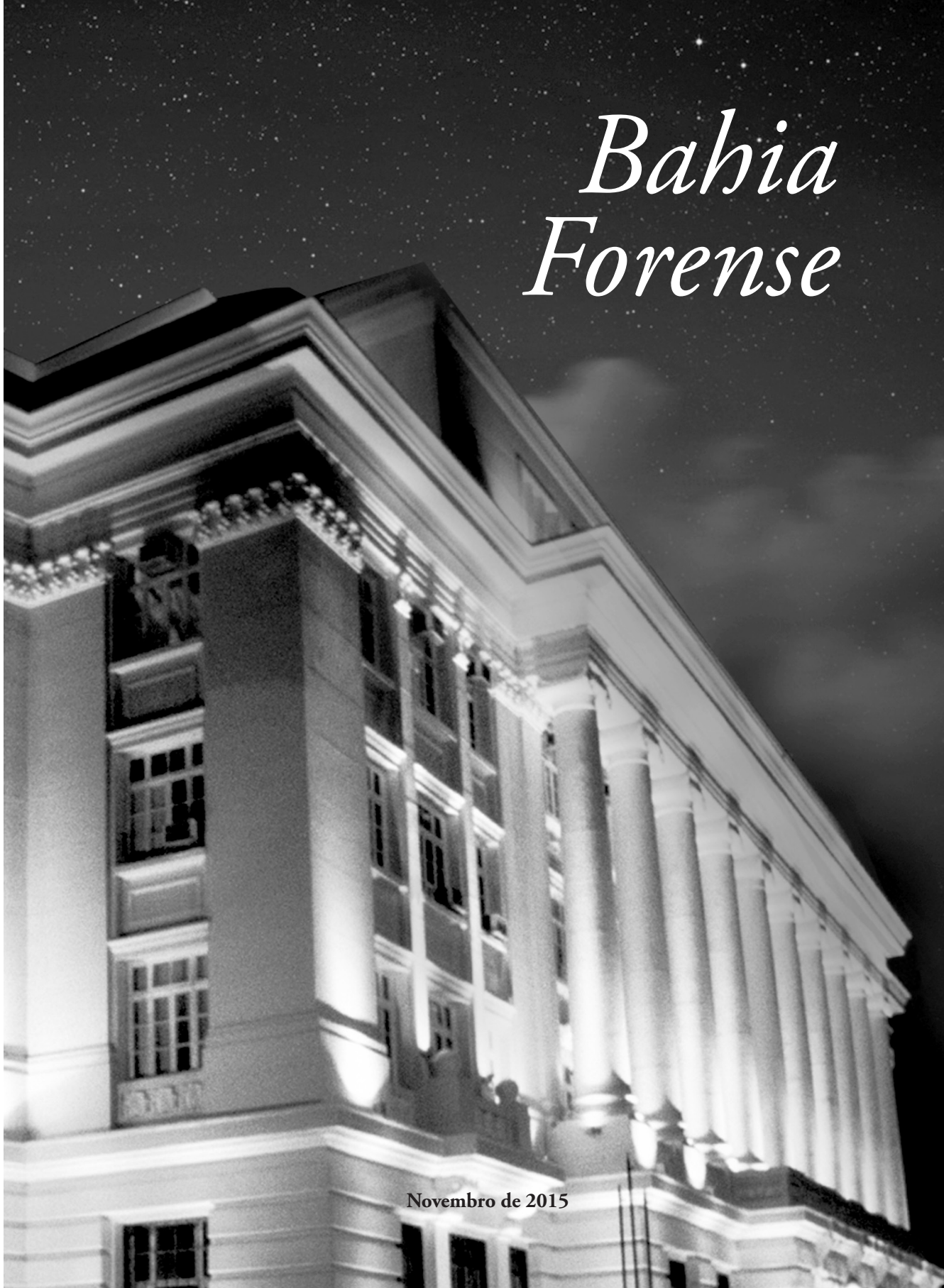




Bahia Forense

*Doutrina
Jurisprudência
Súmulas*

Bahia Forense



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, 2015-

Catálogo do volume 47, publicada em dezembro de 2015.
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 2015

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Ainda sobre a Lei Maria da Penha: uma tentativa de pacificação dos conflitos hermenêuticos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores *por Nágila Maria Sales Brito* 19
- O princípio da razoabilidade em concurso público *por Moacyr Montenegro Souto* 47
- Inovações do Novo Código de Processo Civil à luz da boa-fé e da celeridade processual *por Roberto Maynard Frank* 54

JURISPRUDÊNCIA PENAL

- Habeas Corpus. Homicídio qualificado. Substituição de prisão preventiva por domiciliar. Prerrogativa do réu advogado *Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva* 77
- Habeas Corpus. Homicídio. Pedido de suspensão do júri por arguição de nulidades processuais *Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra* 84
- Habeas Corpus. Inquérito policial. Investigado detentor de foro privilegiado por prerrogativa de função. Necessidade de supervisão do inquérito pelo Procurador Geral de Justiça e autorização do Tribunal de Justiça para atos sujeitos à reserva de jurisdição *Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra* 98
- Habeas Corpus. Roubo Majorado. Realização de interrogatório por meio de carta precatória para réu em gozo de liberdade provisória *Relatora: Des^a. Nágila Maria Sales Brito* 105
- Habeas Corpus. Crimes de Trânsito. Extinção da punibilidade por renúncia expressa ao direito de representação e trancamento da ação penal *Relator: Des. Luiz Fernando Lima Regina* 109
- Apelação Criminal. Crime praticado por Prefeito. Retificação da pena *Relator: Des. Jefferson Alves de Assis* 114

- Apelação Criminal. Calúnia. Crime praticado por Prefeito. Ausência de dolo específico *Relator: Des. Carlos Roberto Santos Araújo* 126
- Apelação Criminal. Furto qualificado por rompimento de obstáculo *Relatora: Des^a Ivete Caldas Silva Freitas Muniz* 134
- Apelação Criminal. Roubo majorado pela grave ameaça com uso de arma de fogo *Relator: Des. Jefferson Alves de Assis* 138
- Apelação Criminal. Tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo *Relatora: Des^a. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz* 141
- Apelação Criminal. Lesão corporal de natureza grave. Prescrição intercorrente *Relator: Des. Carlos Roberto Santos Araújo* 146
- Apelação Criminal. Lesão corporal de natureza gravíssima *Relatora: Des^a. Ivone Bessa Ramos* 147
- Apelação Criminal. Lesão corporal contra a mulher. Lei Maria da Penha *Relator: Des. João Bôsco de Oliveira Seixas* 154
- Apelação Criminal. Homicídio culposo. Negligência e omissão do médico no acompanhamento do pós-operatório *Relatora: Des^a. Nágila Maria Sales Brito* 165
- Apelação Criminal. Ilegitimidade de parte. Necessidade de qualificação do verdadeiro autor do fato e exclusão do registro do apelante *Relatora: Juíza Convocada Janete Fadul de Oliveira* 176
- Recurso em Sentido Estrito. Homicídio qualificado. Pedido de desclassificação e afastamento das qualificadoras *Relatora: Des^a. Ivone Bessa Ramos* 184
- Revisão Criminal. Peculato. Redução da pena-base e alteração do regime de cumprimento da pena *Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva* 190
- Revisão Criminal. Porte ilegal de arma de fogo cumulado com violação de direito autoral. Absolvição ex officio pela prática do delito de violação de direito autoral por atipicidade material da conduta *Relator: Des. Lourival Almeida Trindade* 198

- Ação Penal. Recurso em sentido estrito contra decisão colegiada que não recebeu a queixa-crime. Inadmissibilidade da interposição
Relator: Des. Luiz Fernando Lima 211

Direito Administrativo

- Processo Administrativo Disciplinar em face de Magistrado. Retenção indevida de fianças em Processo Criminal
Relatora: Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi 286

- Processo Administrativo Disciplinar em face de Magistrado. Abertura e trancamento de matrículas de registro de imóveis sem a devida cautela. Falta de urbanidade com partes, colegas e servidores
Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto 299

- Apelação Cível. Anulação de ato administrativo que culminou em demissão de servidor público. Prescrição do fundo de direito
Relatora: Des^a. Lícia de Castro L. Carvalho 307

- Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. Recebimento da petição inicial para investigação da prática de nepotismo
Relatora: Des^a. Maria da Graça Osório Pimentel Leal 311

- Mandado de Segurança. Servidor Público. Extensão da gratificação de atividade externa a outros servidores do Poder Judiciário
Relator: Des. Mauricio Kertzman Szporer 316

- Apelação Cível. Servidor Público Policial Militar. Cumulação de Gratificação de Função Policial e Gratificação de Comando com Gratificação de Atividade Policial
Relator: Des. Augusto de Lima Bispo 320

- Mandado de Segurança. Concurso Público para provimento do cargo de Juiz de direito substituto. Conceito de atividade jurídica
Relatora: Des^a Maria da Graça Osório Pimentel 326

- Mandado de Segurança. Concurso público para provimento do cargo de professora indígena da carreira do magistério público estadual
Relator: Des. Mauricio Kertzman Szporer 330

- Mandado de Segurança. Concurso Público para provimento do cargo de Perito Médico-legal. Desproporcionalidade do Teste de Aptidão Física Aplicado
Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto 334

- Mandado de Segurança. Concurso Público para soldado da Polícia Militar. Reprovação em exame biomédico por alteração dos níveis de TGP
Relator: Des. Jatahy Júnior 337

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Direito Constitucional

- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal que determina o fechamento de bares e proibição de venda de bebidas alcoólicas em restaurantes durante a Sexta-Feira da Paixão
Relator: Des. Nilson Castelo Branco 219

- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Modificação do procedimento para eleição da Mesa Diretora da Câmara Legislativa na Lei Orgânica do Município
Relatora: Des^a Márcia Borges Faria 238

- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispensa de exigência de concurso público para progressão funcional na carreira de magistério público
Relator: Des. Gesivaldo Britto 244

- Arguição de Inconstitucionalidade. Criação de tratamento diferenciado para feiras anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo Município
Relatora: Des^a. Regina Helena Ramos Reis 249

- Conflito de Competência. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível. Possibilidade de participação de Juízes convocados no julgamento como Relator ou julgador
Relatora: Des^a Vera Lúcia Freire de Carvalho 255

- Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve. Agentes penitenciários
Relatora: Des^a. Rosita Falcão de Almeida Maia 264

- Mandado de Segurança. Preenchimento dos requisitos para matrícula em ensino superior através do sistema de cotas
Relatora: Des^a. Silvia Carneiro Santos Zarif 273

- Procedimento Ordinário. Cobrança de Royalties por Município. Compensação financeira pela exploração de recursos naturais
Relator: Des. Jatahy Júnior 280

• Agravo de Instrumento no Mandado de Segurança. Impugnação ao procedimento licitatório. Contrato adjudicado e assinado. Continuidade da prestação dos serviços <i>Relator: Des. Roberto Maynard Frank</i>	342	• Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Vedação à utilização do incidente como meio de correção de pronunciamentos judiciais já prolatados <i>Relatora: Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel</i>	380
• Apelação Cível em Mandado de Segurança. Apreensão de veículo por transporte supostamente irregular de passageiros <i>Relatora: Des^a. Silvia Carneiro Santos Zarif</i>	346	• Ação Rescisória. Incompetência da Vara de Violência Doméstica para partilha de bens, guarda e modo de visitação <i>Relator: Des. José Olegário Monção Caldas</i>	382
• Mandado de Segurança. Ato de remoção de serventia extrajudicial para distrito judiciário diverso do que se encontra instalada <i>Relator: Des. Livaldo Reaiche Raimundo Brito</i>	349	Direito Previdenciário	
Direito Tributário		• Apelação Cível. Nulidade da sentença que extingue o feito com e sem resolução do mérito. Julgamento da causa madura. Pensão por morte. Aplicação da lei vigente ao tempo do óbito <i>Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior</i>	386
• Apelação Cível. Cobrança de ISS sobre descontos concedidos por instituição de ensino <i>Relator: Des. José Cícero Landin Neto</i>	354	• Apelação Cível. Plano Petros. Reajuste de complementação de aposentadoria <i>Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior</i>	393
• Apelação Cível. Embargos à Execução Fiscal para cobrança de IPTU. Imunidade Recíproca <i>Relator: Des. Roberto Maynard Frank</i>	357	Direito do Consumidor	
• Apelação Cível em Mandado de Segurança. Afastamento da hipótese de antecipação tributária do ICMS e reconhecimento do direito à compensação tributária <i>Relatora: Des^a. Regina Helena Ramos Reis</i>	361	• Apelação Cível. Responsabilidade civil. Fraude bancária. Falha na prestação dos serviços <i>Relatora: Des^a Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo</i>	397
• Agravo de Instrumento. Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal. Manutenção de ex-sócios no pólo passivo. Restrição da responsabilidade ao período de permanência na sociedade <i>Relatora: Des^a. Joalice Maria Guimarães de Jesus</i>	368	• Apelação Cível. Responsabilidade civil. Fornecimento de energia elétrica. Falha na prestação dos serviços <i>Relatora: Des^a. Maria do Socorro Barreto Santiago</i>	400
• Apelação Cível. Execução Fiscal. Prescrição intercorrente <i>Relator: Des. Gesivaldo Brito</i>	371	Direito Civil	
Direito Processual Civil		• Responsabilidade Civil. Falso exame de HIV com submissão da parte a tratamento de saúde invasivo <i>Relator: Des^a. Márcia Borges Faria</i>	409
• Agravo Regimental. Competência para apreciação de correção parcial de decisão proferida pela vara do Sistema de Juizados Especiais <i>Relatora: Des^a Vera Lúcia Freire de Carvalho</i>	375	• Apelação Cível. Responsabilidade civil por veiculação de notícia com intenção de injuriar, caluniar ou difamar. Prescrição da pretensão indenizatória <i>Relator: Des. José Olegário Monção Caldas</i>	416
		• Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Acidente decorrente de queima de fogos de artifício em comício <i>Relatora: Des^a. Maria do Socorro Barreto Santiago</i>	419

- Apelação Cível. Ação anulatória de negócio jurídico de compra e venda. Bem público sem a devida desafetação
Relatora: Des^a. Lígia Maria Ramos Cunha Lima 423

- Agravo Regimental na Apelação Cível. Recuperação judicial. Possibilidade de suspensão da ação que visa a liberação de hipoteca gravada em imóvel 482

Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva

- Apelação Cível. Responsabilidade civil por transporte marítimo. Naufrágio
Relatora: Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi 427

SÚMULAS

- Agravo de Instrumento. Ação de Direito de Resposta. Impossibilidade de antecipação dos efeitos da tutela por irreversibilidade da medida
Relatora: Des^a. Joalice Maria Guimarães de Jesus 434

- Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia 493

- Apelação Cível. Ação de regresso da seguradora de veículo em face do suposto causador do acidente
Relatora: Des^a. Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo 437

- Apelação Cível. Ação Reivindicatória. Exceção de Usucapião
Relator: Des. José Cícero Landin Neto 439

- Apelação Cível. Ação de Reintegração de Posse
Relatora: Des^a. Lícia de Castro L. Carvalho 442

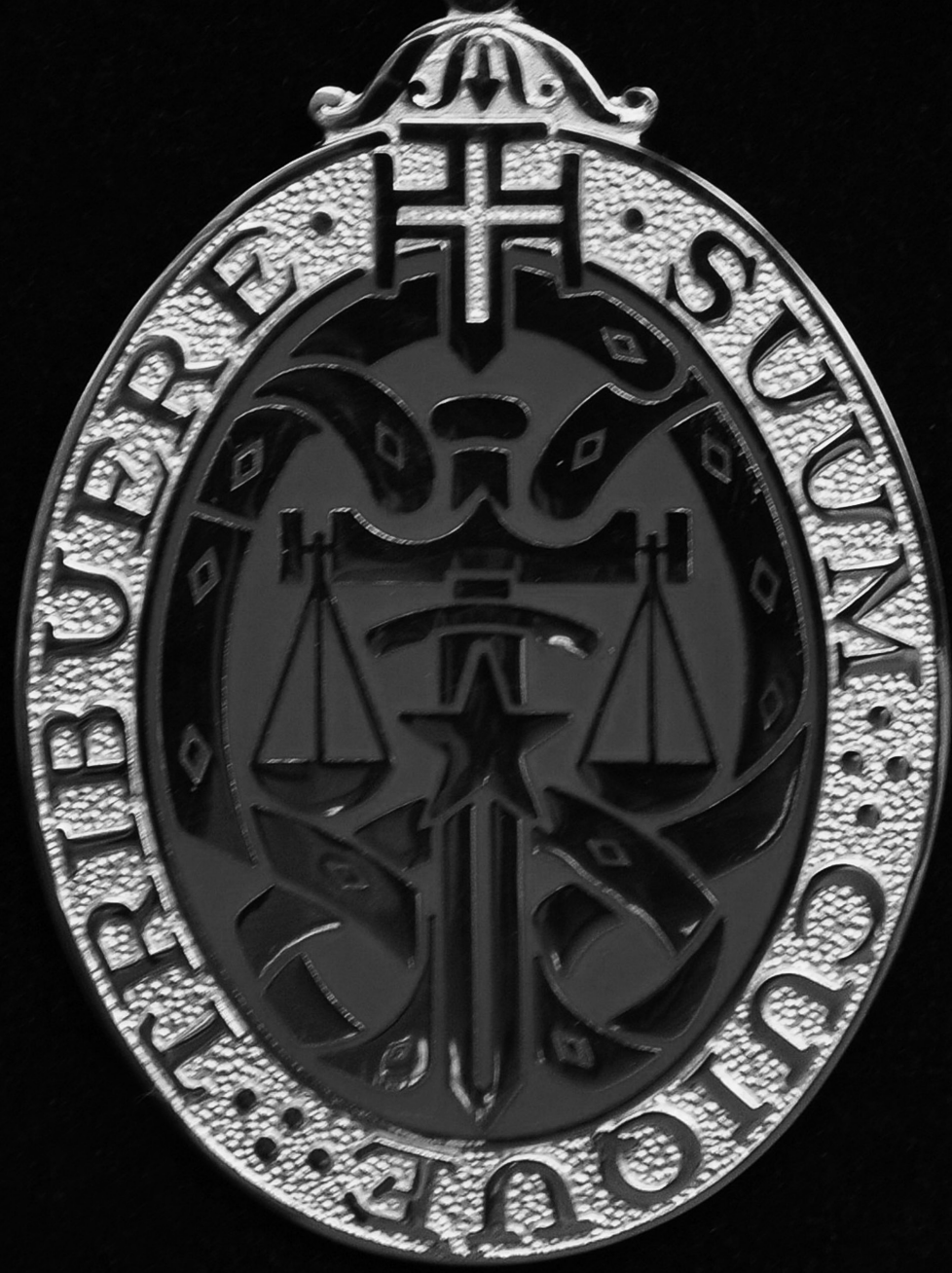
- Apelação Cível. Suspensão de dúvida. Desmembramento e abertura de matrícula de imóvel em decorrência de homologação de acordo judicial
Relator: Des. Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto 446

- Apelação Cível. Reconhecimento de paternidade socioafetiva em coexistência com a paternidade biológica
Relatora: Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel 464

- Apelação Cível. Destituição do poder familiar por suposto estupro da filha pelo genitor
Relatora: Des^a. Rosita Falcão de Almeida Maia 469

- Apelação Cível. Registro tardio de nascimento
Relator: Des. Emílio Salomão Pinto Resedá 475

- Direito da Criança e do Adolescente. Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública. Interdição de casa de menores e determinação de transferência de internos
Relator: Des. Emílio Salomão Pinto Resedá 477



RELAÇÃO DE DESEMBARGADORES

Des. ESERVAL ROCHA
Presidente

Desa. VERA LÚCIA FREIRE DE CARVALHO (*In memorian*)
1ª Vice-Presidente

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

Des. JOSÉ OLEGÁRIO MONÇÃO CALDAS
Corregedor-Geral

Des. EMÍLIO SALOMÃO PINTO RESEDÁ
Corregedor 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. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO
Desa. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA
Des. LOURIVAL Almeida TRINDADE
Desa. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL
Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO
Des. GESIVALDO Nascimento BRITTO
Des. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
Des. NILSON SOARES CASTELO BRANCO
Desa. HELOISA Pinto de Freitas Vieira GRADDI
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. 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

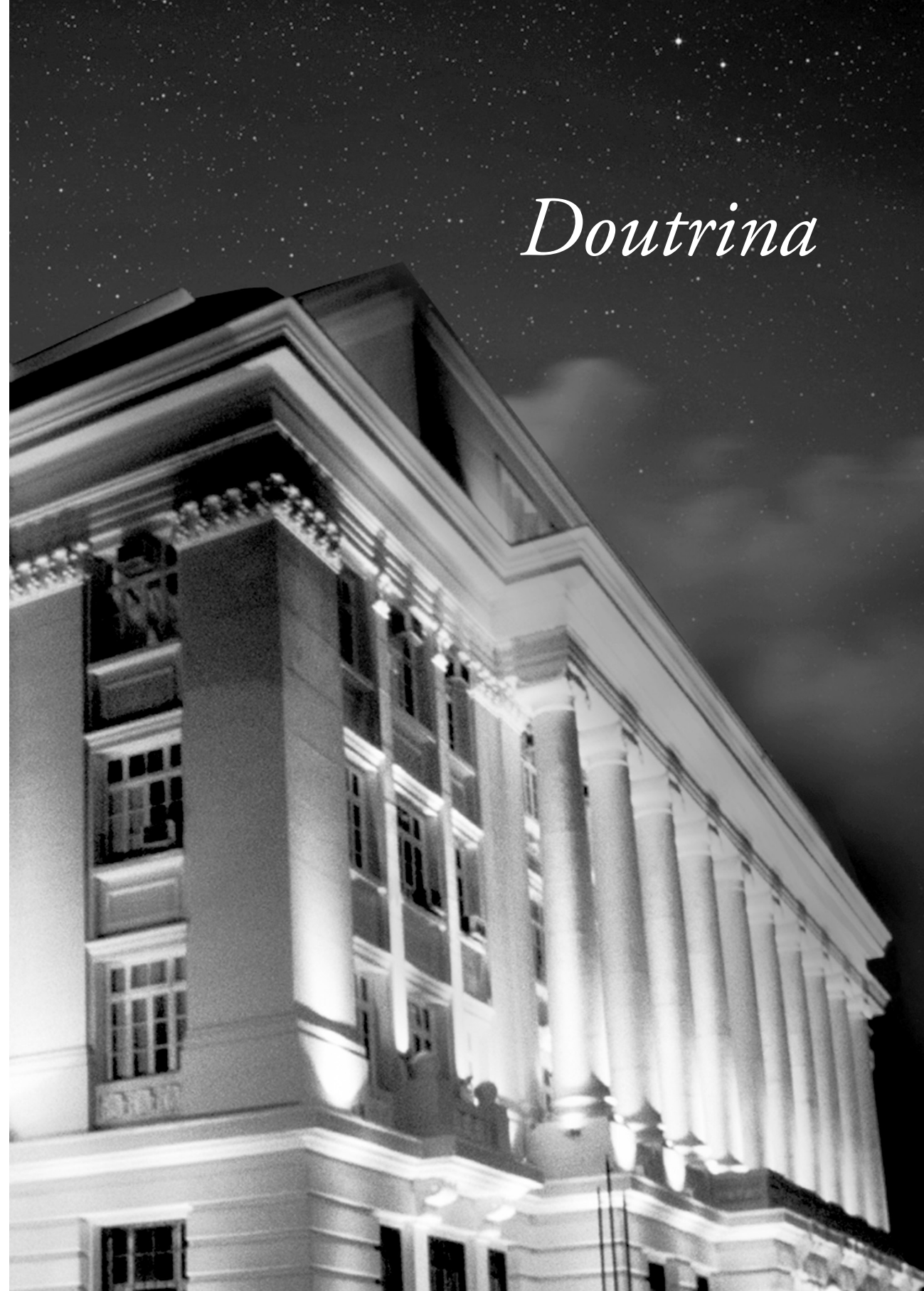
Des. LUIZ FERNANDO LIMA
Des. Edmilson JATAHY Fonseca JÚNIOR
Des. MOACYR MONTENEGRO SOUTO
Desa. ILONA MÁRCIA REIS
Desa. IVONE RIBEIRO GONÇALVES BESSA RAMOS

Des. OSVALDO de Almeida BOMFIM
Des. ROBERTO MAYNARD FRANK
Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS
Desa. RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES FILGUEIRAS NUNES

Desa. REGINA HELENA RAMOS REIS
Des. MAURÍCIO KERTZMAN SZPÖRER
Des. LIDIVALDO REACHE RAIMUNDO BRITTO
Desa. JOANICE MARIA GUIMARÃES DE JESUS
Desa. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO
Desa. PILAR CÉLIA TOBIO DE CLARO
Desa. MARIA DE LOURDES PINHO MEDAUAR

Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA
Desa. SANDRA INÊS MORAES RUSCIOLELLI AZEVEDO
Desa. LÍGIA MARIA RAMOS CUNHA LIMA
Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves JÚNIOR
Des. IVANILTON SANTOS DA SILVA
Des. RAIMUNDO SÉRGIO SALES CAFEZEIRO
Des. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

Doutrina





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



por *Nágila Maria Sales Brito*¹

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

Introdução

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

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

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

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

Guardando consonância com o que dispõe o art. 4º, “**Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar**”, é que se procurou, em face das práticas diversas em cada Vara ou Juizado Especializado ou Criminal, decorrente da interpretação da lei pelos magistrados, mormente, neste momento, no que concerne às hipóteses de prisões preventivas e sobre a audiência prevista no art. 16, trazer luzes com o fito de ajudar na solução dos problemas que afloram nessas matérias, com lastro na evolução do pensamento dos juristas pátrios, que avançam diuturnamente no sentido de alcançar-se a interpretação mais benéfica para quem a Lei Maria da Penha almeja dar proteção: a mulher.

1 - A Lei Maria da Penha e o STF: Breves Considerações

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

1. A ADC nº 19, proposta pelo Presidente da República, tinha como objetivo declarar constitucionais os arts. 1º, 33 e 41.
2. A ADI nº 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República, para o fim de dar interpretação conforme aos arts. 12, inc. I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal, pouco importando a extensão desta.

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

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

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

Como bem definiu Humberto Maturana³ sobre a cultura patriarcal:

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

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

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

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

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

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

Com relação ao entendimento pela constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, afastou-se, em boa hora, a aplicação da Lei nº 9.099/95 porque feriria a intenção do legislador ao entender os “crimes” praticados no âmbito das relações familiares como de pequeno potencial ofensivo, violando, portanto, a Constituição da República, quando esta determina, no § 8º do art. 226, que o Estado dará proteção especial a todos os membros da família.

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

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

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

2 - A possibilidade da decretação da prisão preventiva: duas hipóteses

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

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

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

Interpretando tal matéria, Mendonça⁶ afirma que:

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

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

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

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

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

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

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

As decisões da Corte Superior confirmam esta interpretação:

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

(STJ - HC: 299772 SP 2014/0181002-7, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 24/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/04/2015). (grifo nosso)

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. CRIME CONTRA COMPANHEIRA. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. PERICULOSIDADE. NOTÍCIA DE AGRESSÕES ANTERIORES. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA MOTIVADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da índole violenta do agente, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorrido o fato criminoso. 2. Caso em que o recorrente encontra-se denunciado por tentativa de homicídio, cometida em tese por motivo torpe e mediante a utilização de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, que foi agredida com marteladas na cabeça, cessando a agressão somente após a intercessão de vizinhos e policiais, o que revela a periculosidade do agente, bem como a maior gravidade da conduta perpetrada. 3. A segregação cautelar mostra-se necessária, ainda, para se evitar a reprodução de fatos criminosos da mesma natureza, resguardando-se, ainda, a integridade física da ofendida, uma vez que há notícias de agressões anteriores por parte do recorrente. 4. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da constrição. 5. Recurso improvido.” (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 20/05/2014, T5 - QUINTA TURMA).

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

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

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

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

com seus instrumentos despenalizadores (suspensão condicional do processo, transação penal e composição civil).

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

Vejam-se estas decisões:

EMENTA - HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA - PRESCINDIBILIDADE - NECESSIDADE DE RESGUARDAR, DE IMEDIATO, A SEGURANÇA DE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - ORDEM DENEGADA. A prisão preventiva tem contornos diferenciados nos casos de violência doméstica, podendo ser decretada em crimes ou contravenção cuja pena seja inferior a quatro anos, sendo por vezes prescindível, para tanto, a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, desde que elementos concretos dos autos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência de gênero pois, do contrário, deixariam de ser observados os princípios da adequação e da proteção, bem como os objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher. Deve ser mantida a prisão preventiva se presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 c/c art. 313, III, ambos do Código de Processo Penal, especialmente quando a segregação cautelar mostrar-se medida indispensável para assegurar, de imediato, a segurança da vítima e também da ordem pública. Ordem denegada, em conformidade com o parecer.
(TJ-MS - HC: 14141422920148120000 MS 1414142-29.2014.8.12.0000, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 15/12/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/12/2014). (Original sem grifos).

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

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” (Grifo nosso).

Nessa linha de inteligência, as decisões ementadas do STJ:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA.

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

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. HIPÓTESE AUTORIZADORA DA SEGREGAÇÃO ANTECIPADA. AGRESSÕES E AMEAÇAS GRAVES. PERSONALIDADE VIOLENTA E PERICULOSIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. RECLAMO IMPROVIDO. 1. Nos termos do inciso IV do art. 313 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.340/06, a prisão preventiva poderá ser decretada “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. 2. **Evidenciado que o recorrente, mesmo após cientificação da ordem judicial que o proibia de aproximar-se de sua ex-mulher e filhas e de com elas manter qualquer tipo de contato, retornou à sua antiga residência, onde ingressou violentamente, danificou bem lá existente e proferiu ameaças de morte contra a ex-companheira, ofendendo ainda sua honra e de suas filhas, resta clara a imprescindibilidade da custódia para acautelar a ordem pública e social.** 3. A necessidade de proteger a integridade física e psíquica das ofendidas e de cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, são indicativas do *periculum libertatis* exigido para a constrição processual. 4. Indevida a aplicação de cautelares diversas quando a segregação mostra-se imprescindível para garantir a segurança das ofendidas e evitar a reprodução de fatos criminosos de igual gravidade. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 51080 DF 2014/0220406-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 18/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2014)

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

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

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

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

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

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA, AMEAÇA A TESTEMUNHA E PERICULOSIDADE REAL DO AGENTE. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO. [...]. 6. **No caso, a prisão preventiva foi determinada para resguardar a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista o modus operandi empregado pelo acusado e o fato de o ora paciente ostentar envolvimento em outra situação criminosa contra a integridade física, além de inúmeras incidências relativas a violência doméstica, embora sem trânsito em julgado. Além disso, segundo o Juízo de origem, a prisão preventiva é necessária por conveniência da instrução criminal, a fim de preservar a integridade física da companheira do autuado, a qual tem fundado temor por sua vida, em razão da periculosidade do representado.** Nessas condições, o decreto de prisão se alinha à orientação do Tribunal no sentido de que a fundada probabilidade de reiteração criminosa, a periculosidade do agente e a necessidade de resguardar a integridade física das testemunhas constituem fundamentação idônea para a prisão preventiva (v.g. RHC 116.944, Rel. Min. Dias Toffoli; e HC 106.991, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Da mesma forma, inexistente contrariedade ao entendimento da Corte quanto à possibilidade de prisão preventiva, quando as circunstâncias concretas do crime,

afetadas a partir do modus operandi utilizado pelo agente, revelarem risco à ordem pública (v.g RHC 118.016, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 115.623, Rel.^a Min.^a Rosa Weber; HC 109.879, Rel. Min. Dias Toffoli; e HC 97.688, Rel. Min. Ayres Britto). 7. Nesse contexto, ausente ilegalidade que justifique eventual concessão da ordem de ofício, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao habeas corpus. Publique-se. Brasília, 06 de outubro de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso. Documento assinado digitalmente. (STF - HC: 124587 DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 06/10/2014, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 08/10/2014 PUBLIC 09/10/2014)

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

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

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

3 - Da inaplicabilidade da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais). As Súmulas nº 536 e 542 do STJ

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

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

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

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

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

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

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

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

Art 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízos daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I- ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

(...)

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

(...)

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995.

Confirmando a máxima de Celso, “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, mas, sim, conhecer a sua força e o seu poder”⁷, o STF entendeu, afinal, que os arts. 12, I e 16 deveriam ser interpretados de acordo com o art. 41 desta lei, ou seja, as ações penais cujos crimes estejam previstos em leis diversas da Lei 9099/95 continuarão a não prescindir da representação. Assim, a ameaça, dentre outros crimes, persiste com a exigência da representação para o ajuizamento da ação penal pelo MP, por ser delito previsto no Código Penal.

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

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

Inúmeros são os acórdãos nesse sentido:

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

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ART. 129, § 9º, DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95 (SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO). IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de

racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impedida indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Não há constrangimento ilegal no acórdão do prévio *mandamus*, que não admitiu a suspensão condicional do processo no tocante a crime (art. 129, § 9º, do CP) contemplado pela Lei Maria da Penha. Isso porque, a Terceira Seção desta Corte alinhando-se à posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 as hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher. Ressalva do julgamento da Relatora. 3. Na espécie, o fato de o Ministério Público ter oferecido a proposta de suspensão condicional do processo não vincula o magistrado na audiência respectiva. Ainda mais quando a negativa se lastreia em entendimento consolidado na jurisprudência superior. 4. Habeas Corpus não conhecido.” (STJ - HC: 248162 RS 2012/0141426-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 26/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/03/2013).

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

Também a doutrina assim se posiciona⁸:

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

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

Desse modo, se uma mulher for vítima de violência doméstica e familiar, a apuração deste delito (crime ou contravenção penal) deverá obedecer ao rito da Lei Maria da Penha e, de forma subsidiária, ao CPP e às demais leis processuais penais naquilo que não for incompatível (art. 13). É que a Lei Maria da Penha não criou nenhum novo tipo penal, apenas dispõe acerca de um tratamento penal e processual distinto para as infrações penais já descritas no Código Penal e em leis penais extravagantes.

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

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

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

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

[...]

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

Os argumentos contrários foram veementes, senão vejamos:

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

Impende recordar que a promulgação da Lei Maria da Penha decorreu da ineficiência das regras dispostas na Lei dos Juizados Especiais para a proteção da mulher, bem como da edição do Informe 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, em que ficou consignado que o Brasil violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violên-

cia contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) no bojo da denúncia formulada por Maria da Penha Maia Fernandes.

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

Nos idos de 1955, já se usufruía das inteligentes lições de Nelson Hungria, que comungava com esta ideia, conforme se verifica deste texto: “lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois inteligência, vontade ou memória, dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo”¹¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

As decisões do STJ, em relação à aplicação da Lei Maria da Penha, guardam unicidade de entendimento.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) rechaçou a aplicação do princípio da insignificância em caso de agressão doméstica contra a mulher. Ao rejeitar recurso da Defensoria

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

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

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

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

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

sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, do alegado direito do recorrente ao benefício da suspensão condicional do processo, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado. 2. Ainda que assim não fosse, após o julgamento do HC n. 106.212/MS pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, notadamente o da suspensão condicional do processo, aos acusados de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Precedentes. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(STJ - RHC: 42092 RJ 2013/0361990-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 25/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2014)

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

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

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

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

4 - Ainda discutindo a audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha

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

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

A polêmica surgiu, então, pelo fato de alguns juízes marcarem a audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/2006, como uma praxe, antes do recebimento da denúncia, do que discordam alguns Promotores, e outros juízes e Desembargadores. Quem defende a realização da audiência informa a conclusão do processo, com maior rapidez, por meio do consenso, mesmo porque, as mulheres, quando da instrução, muitas vezes desmentem os fatos anteriormente por elas narrados na polícia, e prolonga-se a instrução para, afinal, chegar-se à já esperada absolvição por insuficiência de provas, além de considerarem a possibilidade da propalada “pacificação fa-

miliar”. Ao contrário, quem acha que não deve ser marcada tal audiência, a menos que solicitada pela vítima, entende que esse ato, designado especificamente para o fim de perscrutar-se sobre a vontade da vítima, de dar continuidade ao processo, em vez de protegê-la, estaria influenciando para que ela desistisse.

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

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

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

“Pergunta-se: deve o representante do Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, pugnar ao Juiz pela realização daquela audiência? Entendemos que não, pois a audiência prevista neste artigo deve ser realizada apenas se a vítima (ou seu representante legal ou sucessores ou mesmo o curador especial - art. 33 do Código de Processo Penal) manifestar algum interesse em se retratar da representação. Não vemos necessidade de, a priori, o órgão do Ministério Público requerer a designação da audiência. Ora, se a vítima representou (seja formal ou informalmente), satisfeita está a condição específica de procedibilidade para a ação penal. O requerimento para a realização desta audiência (ou a sua designação ex officio pelo Juiz de Direito) fica “até parecendo” que se deseja a retratação a todo custo. Observa-se, portanto, que a retratação deve ser um ato espontâneo da vítima (ou de quem legitimado legalmente), não sendo necessário que ela seja levada a se retratar por força da realização de uma audiência judicial”.

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

Na mesma linha de intelecção, Maria Berenice Dias preleciona¹⁵:

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

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

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

Estribilha ainda Renato Brasileiro de Lima¹⁷:

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

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

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

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

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

(STJ - RHC: 30183 MG 2011/0094684-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA - NULIDADE DO PROCESSO - AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI 11.340/06 - DESNECESSIDADE QUANDO NÃO REQUERIDA PELA VÍTIMA - PRELIMINAR REJEITADA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVÂNCIA. 1- **A designação da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06 apenas é obrigatória caso haja o interesse da vítima em retratar-se da representação.** 2. Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, as palavras da vítima colhidas na fase inquisitiva assumem especial relevo no contexto probatório, mormente quando confirmadas em juízo pelas demais provas testemunhais. (TJ-MG - APR: 10382130136924001 MG, Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 23/06/2015, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/07/2015).

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

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

APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA E VIAS DE FATO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A CONTRAÇÃO DE VIAS DE FATO - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA A AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI Nº

11.340/06 - DESNECESSIDADE - INFRAÇÕES PENAIIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM - PRELIMINARES REJEITADAS - VÍTIMA COMPANHEIRA - MATERIALIDADE CABALMENTE COMPROVADA - AUTORIA - PALAVRA DA OFENDIDA - INTENSO VALOR PROBANTE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DO LAUDO PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. - Se, entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não transcorreu o lapso temporal de 02 (dois) anos, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva; - **A realização da audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha não é obrigatória, devendo ocorrer, apenas e tão somente, quando houver notícia de que a vítima pretende retratar-se da representação oferecida. Se não houver notícia nos autos de que a ofendida deseja retratar-se de tal ato, não é necessária a realização da referida audiência e, tampouco, a intimação do réu;** - As infrações penais de violência contra a mulher, portanto, não podem ser considerados de menor potencial ofensivo, merecendo especial análise e repressão efetiva, sendo assim incompatível com os institutos do Juizado Especial; - “A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe a acusar um inocente, senão procura contribuir - como regra - para a realização do justo concreto”. - Como a contravenção penal de vias de fato nem sempre deixa vestígios, mostra-se prescindível a realização do exame de corpo de delito para comprovar a agressão. (TJ-MG - APR: 10637100049658001 MG, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 03/10/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/10/2013)

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

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

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

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

DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, NA FORMA DA LEI. 3. RECLAMAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE. (TJ-DF - PET: 20130020059012 DF 0006698-02.2013.8.07.0000, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 13/06/2013, 3ª Turma Criminal).

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

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

Observa-se, portanto, que a Jurisprudência do STJ se consolidou no sentido da impossibilidade da designação da audiência prevista no art. 16, sem a prévia provocação da ofendida, antes do recebimento da denúncia, visto que configuraria uma ratificação da retratação, sem previsão legal, bem como pela não aplicação de qualquer das disposições da Lei dos Juizados Especiais. Também grande parte da doutrina vem se posicionando nesse sentido.

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

Conclusões possíveis no percurso: rompendo o silêncio

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

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

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

1. Com o julgamento, pelo STF, da ADC nº 19, dúvidas já não remanescem acerca da constitucionalidade da LMP, que traz um tratamento diferenciado entre homem e mulher, para enfrentar essa violência de gênero, que existe desde os primórdios da humanidade e que, infelizmente, mostra-se tão atual, merecendo, portanto, a deflagração de ações afirmativas para diminuir esta violência que constitui cerca de 30 % (trinta por cento) das ações nos foros do Estado da Bahia.

2. Também já não restam dúvidas sobre a inaplicabilidade da Lei 9099/95 aos casos em que haja incidência da Lei Maria da Penha, ante o julgamento pelo STF da ADI nº 4724, que entendeu pela conformidade com a CR do teor do art. 41 da Lei Maria da Penha, afastando a aplicação de penas pecuniárias, o oferecimento da transação penal, da composição cível e da suspensão condicional do processo, enfim, de qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais.

3. Também, em decorrência desse julgamento, considerou-se a lesão corporal, em qualquer das suas formas, crime que se procede mediante ação pública incondicionada, remanescendo, no entanto, a obrigatoriedade do oferecimento da representação para os tipos penais que a prevejam no Código Penal e em outras leis penais extravagantes, excluía a Lei nº 9.099/95.

4. Com a análise da inovação legislativa acerca das prisões cautelares trazida pela Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, e com as previsões da Lei Maria da Penha (arts. 20 e 42), observa-se a existência de dois fundamentos para a prisão preventiva: a existência dos requisitos autorizadores do artigo 312 do CPP, observada a inadequação de outras medidas protetivas de urgência ou medidas cautelares, ainda que inominadas, bem como para garantir a execução de medida protetiva, geralmente descumprida (art. 313, inciso III, do CPP).

5. A audiência de que trata o art. 16 da Lei nº 11.340/06, não deve ser realizada *ex officio*, como condição para o início da ação penal, sob pena de constrangimento ilegal à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, pois configuraria ato de “ratificação” da representação, inadmissível na espécie. Para legitimar a realização da referida audiência, deve a ofendida, antes do recebimento da denúncia, manifestar-se, por qualquer meio, se, assim, ela o desejar, pela retratação da representação anteriormente registrada, cabendo ao magistrado verificar a espontaneidade e a liberdade na prática do referido ato.

Referências

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

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

BRASIL. **Estatuto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Dados. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=homic%C3%ADdio+contra+mulher&orderin-g=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com_search&limitstart=20>. Acesso em: 04 out 2015.

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

BRASIL. **Lei Maria Da Penha**. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006.

BRASIL. PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Assessoria de Cidadania e direitos humanos. Série “Violência de Gênero” - Cartilha 1 – Violência no relacionamento**

“amoroso”. Disponível em: <http://www.mulheres.org.br/violencia/documentos/violencia_no_relacionamento_amoroso.pdf>. Acesso em: 05 out 2015.

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

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

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

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

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

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. tir – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

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

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

HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal: da coação psicológica a agressão física**. Trad. Maria Helena Küher. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1ª edição, 2006.

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

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

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

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247. No mesmo sentido: SANNINI NETO, Francisco. **Prisão Preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/arti->

gos/20726/prisao-preventiva-para-garantia-de-medidas-protetivas-im-possibilidade-de-decreta-cao-direta>. Acesso em: 02/ de out. de 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Notas

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

² A Lei Maria da Penha perde apenas para a lei espanhola (1º lugar) e a chilena (2º lugar). Considerada a melhor, a Lei Orgânica 1/2004, dentre outros dispositivos protetivos, estabeleceu, no seu sistema de ensino, a obrigatoriedade de estudar a matéria, com inserção do ensino Fundamental ao Universitário, com vistas

a desenvolver habilidades no alunado para resolução pacífica dos conflitos e para compreender e respeitar a igualdade de gênero, dando, portanto, maior abrangência de proteção que a lei brasileira, com ação afirmativa para a mulher.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. tir – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

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

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

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

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

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

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

O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE EM CONCURSO PÚBLICO. ANOTAÇÕES



por Moacyr Montenegro Souto

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

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

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

Parece que o bom senso – e direito é bom senso – aponta para uma aplicação do princípio da razoabilidade em concurso público de forma restritiva, com predominância das regras impostas no edital para todos, isso porque a excessiva ampliação do alcance do referido princípio na questão dos concursos públicos faz com que seja utilizado para atacar atos administrativos cuja desarrazoabilidade é apenas aparente, sem conteúdo arbitrário ou discriminatório. Para tanto, tem-se aplicado a razoabilidade das restrições ao ingresso no serviço público como um critério para a aplicação do princípio da igualdade. Vê-se, ainda, que o uso reiterado do critério da razoabilidade nos julgamentos referentes a concursos públicos tem gerado uma situação que tende a respaldar a possibilidade de utilização autônoma do princípio da razoabilidade nessa questão específica. O questionamento em exame é, assim, um dos campos mais férteis de utilização do princípio da razoabilidade e o que se mostra mais viável à consolidação de critérios objetivos para a sua aplicação.

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

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

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

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

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão vem sendo apreciada com profundidade, estabelecendo um limite de aplicação do princípio da razoabilidade, visando preservar outros princípios de igual relevância. Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9, por exemplo, a Corte Suprema discutia a razoabilidade da fixação de tempo mínimo de formação para o ingresso na carreira do Ministério Público Federal. Neste caso, o limite entre a razoabilidade e a irrazoabilidade da exigência era muito tênue, com divergências significativas entre os seus membros. O Ministro Octávio Gallotti, por exemplo, manifestou importante consideração: *“Penso que se pode até discordar da utilidade da exigência posta na Lei Orgânica do Ministério Público da União, art. 187, mas não é esse critério subjetivo de conveniência que deve presidir, a meu ver, o exame da alegação de ser o dispositivo imbuído, ou não, de caráter discriminatório. Mas sim a razoabilidade da norma, em outras palavras, a pesquisa da correlação entre a exigência feita e o critério de seleção a que se propõe o concurso em causa, não se podendo, assim, em termos de correlação lógica, negar a sua existência, entre um procedimento destinado a recrutar membros do Ministério Público Federal, e o indicador de maturidade que, sem dúvida, emana do art. 187, em discussão.”* (grifo nosso). Por fim, a maioria daquela Corte Suprema entendeu pela razoabilidade da exigência, consoante se depreende da seguinte Ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA LEI COM-

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

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

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

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

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

Na verdade, a razoabilidade tem uma carga substancial de subjetividade, a desafiar o bom senso e a cautela do magistrado na sua aplicação, a fim de evitar a banalização do princípio constitucional, desaguando na total insegurança jurídica do julgado e abrindo graves precedentes, normalmente utilizados pelos advogados em suas sustentações orais, alertando que em casos tidos por eles como similares, ditos desembargadores votaram nesta ou naquela direção. Isso sem contar com o aumento da litigiosidade que resulta destas oscilações, na medida em que o jurisdicionado percebe que, por força da aplicação generalizada do princípio da razoabilidade, passou a ter determinado direito, levando-o às portas da justiça. Afinal, o que é razoável para um julgador pode não ser para outros. O ato administrativo que exclui um candidato que chegou atrasado dois minutos para uma prova do certame público pode ser considerado ofensivo ao princípio da razoabilidade? E se fossem dez ou doze minutos de atraso? E aquele candidato que foi excluído

porque apresentou Índice de Massa Corporal ou altura, um ou dois pontos de diferença do exigido no Edital? Nestes exemplos, se acolhida a irresignação do concursando, resta evidente a ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o edital obrigou a todos os concorrentes o cumprimento daquelas regras divulgadas previamente, e muitos, por certo, não conseguiram cumpri-las por pouco. No caso, o ato administrativo se utilizou de meio adequado para a exigência, qual seja, o edital do concurso, além de deixar evidente a finalidade a ser alcançada, dentre outras, a de promover unicidade essencial na organização do certame.

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

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

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

1. O prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança contra norma editalícia apenas se inicia do momento em que tal disposição determinou a eliminação do candidato do certame ou causou-lhe prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.
2. Não há se falar em ilegitimidade das autoridades administrativas quando a banca examinadora apresenta-se apenas como mera executora das etapas previstas no edital do certame.
3. Considerando que não houve pedido voltado à nomeação, mas tão somente de declaração de nulidade do teste de aptidão física, não é o caso de falta de condição da ação, a exigir a presença do Governador no polo passivo da demanda.
4. É irrazoável e desproporcional a exigência de prova física, notadamente de aspecto eliminatório, para a habilitação ao cargo de perito médico-legista da Polícia Civil, notadamente porque o rol de atribuições exigidas aos aprovados para o referido cargo se resume a práticas dos conhecimentos técnicos correlativos.
5. Sendo as matérias arguidas no agravo regimental as mesmas abordadas no mérito da ação mandamental, pronta esta para julgamento, resta prejudicado o recurso. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.⁷

Outro exemplo de aplicação do princípio da razoabilidade pelo Tribunal de Justiça da Bahia tem referência com a norma editalícia que estabelece que as convocações dos candidatos serão feitas exclusivamente através do Diário Oficial do Estado, mas, por questões inerentes à gestão administrativa do certame, por vezes este tipo de convocação ocorre decorridos anos da fase anterior, resultando em exclusão de candidatos que não comparecem. No caso, a Corte entende

que não é razoável se exigir que o candidato consulte diariamente o Diário Oficial do Estado durante tão longo período, concluindo que a administração, em havendo considerável atraso entre uma fase e outra, deve proceder à convocação dos candidatos, também, através de comunicação pessoal. Confira-se a ementa do julgamento:

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

Há também uma outra situação em que o nosso Tribunal, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vem aplicando corretamente o princípio da razoabilidade ao anular o ato administrativo de exclusão do candidato a Policial Militar, por não atender à exigência etária contida no Edital, no momento da matrícula no Curso de Formação, decidindo que o limite de idade do candidato deve ser exigido no ato de sua inscrição inicial no concurso público. Neste caso, a falta de razoabilidade do ato ocorre porque neste momento o candidato não tem como prever em que data ocorrerá a matrícula no Curso de Formação que, na maioria das vezes, se realiza meses ou anos depois da época prevista no Edital, em razão da própria dinâmica do certame, não devendo ser penalizado por isso. Confira-se o entendimento das duas Cortes:

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

1. Remanesceu íntegro o fundamento do julgado atacado, segundo o qual a questão posta nos autos não se limita à aferição da legalidade da exigência de idade máxima para o ingresso no cargo de Militar do Corpo de Bombeiros, mas sim a desarrazoabilidade do ato que eliminou o candidato. Incidência da Súmula 283/STF, que assim dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".
2. O aresto recorrido não destoia da jurisprudência deste Superior Tribunal que se orienta no sentido da possibilidade de estabelecerem-se limites mínimo e máximo

de idade para o ingresso nas carreiras militares, esse entendimento não é aplicável ao caso dos autos, uma vez que não se está a discutir o limite etário para a participação em concurso, mas, sim, a razoabilidade de indeferir-se a inscrição de candidato que, embora à época da inscrição preenchesse os requisitos do edital, veio, durante o certame, a ultrapassar a idade exigida para a inscrição no curso de formação (RMS 31932/AC, relator Min. Benedito Gonçalves, DJe 16/9/2010).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁹

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

1 - Sobre a exigência de limite de idade para ingresso na carreira Policial Militar deve ser salientado que a exigência é justa e cabível, em razão da natureza das funções a serem exercidas, visando à resguardar os interesses da Corporação, direcionados à segurança pública. Além disso, não se olvida que a exigência está amparada na Legislação Estadual e não conflita com os arts. 7º, XXX, e 37º, II, da Magna Carta.

2 - Todavia, acerca do momento de comprovação do requisito limite de idade, seguindo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, este Órgão Colegiado vem decidindo que a referida exigência deve ser aferida no momento da inscrição no certame e não no ato da matrícula do Curso de Formação, sob pena de gerar insegurança jurídica aos candidatos, pois, estes não poderão precisar se atenderão ou não ao mencionado requisito, tendo em vista a logística de um Concurso Público, onde nem sempre os prazos estipulados nos Editais são cumpridos.

3 - Dessa maneira, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que o limite de idade deve ser aferido no ato da inscrição no concurso e não na data de inscrição no Curso de Formação.

4 - Do exame dos autos, constata-se que..... (omissis).

Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva. Prejudicada a preliminar de incompetência absoluta. Prejudicado o exame do agravo regimental. Segurança concedida.

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

Notas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na verdade – e para concluir estas simplórias anotações – entre os referidos efeitos nefastos,

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



por Roberto Maynard Frank¹

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

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

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

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

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

1. Introdução

Neste artigo, mantere o foco em questões processuais que envolvem a atividade do operador do direito em geral, tomando por base as previsões legislativas do atual Código de Processo Civil e do Novo Código de Processo que entrará em vigor no próximo ano.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Princípio da Cooperação e Boa-fé no Novo Código de Processo Civil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Foi esclarecido, neste introito, que a cooperação não significa a busca da comunhão dos interesses das partes, e isto precisa ficar bem esclarecido, mas sim a preservação do objetivo último do processo e a necessidade de coibir condutas que se voltem exclusivamente a impedir, atrasar ou deturpar a solução do conflito por meio do exercício jurisdicional.

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

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

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

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

Tal conclusão pode ser extraída também a partir da leitura do art. 5º do Novo Código de

Processo Civil, o qual reza que: *“Aquele que de qualquer forma participar do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”*

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

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

O jurista Fredie Didier Jr.⁷ esclarece que a:

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

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

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

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

Ingressando na abordagem de mecanismos existentes na legislação processual para efetivar este exigido respeito à boa-fé e ao princípio da cooperação, deve se destacar, inicialmente, que a efetivação destes princípios já vem sendo praticada no ordenamento processual brasileiro a partir de mecanismos de limitação de condutas que sejam contrárias à obtenção do resultado do processo ou seu bom andamento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A nova legislação vem com a melhor das intenções, com o intuito de promover profunda alteração e melhoria no andamento processual do Poder Judiciário e trazer benefícios para todos, por isto destaco que o princípio da cooperação deve ser objetivado por todos e não somente tratado como letra morta de lei.

3. A razoável duração do processo e inovações processuais

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

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

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

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

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

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

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

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

Podem ser citados como exemplo de casos que não se submetem à ordem cronológica de julgamento, por expressa previsão legal, as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido, julgamento de processos em bloco ou repetitivos, de embargos de declaração ou agravo interno, causas que exijam urgência reconhecida por decisão fundamentada, os processos criminais e a extinção do feito sem julgamento do mérito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O novo diploma processual também permite ao juiz corrigir de ofício e por arbitramento o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão

ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes²⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...] igualmente numerosos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário para preservar a segurança jurídica, dentre os quais o dever de fundamentação suficiente e racional

das decisões judiciais, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes – e assim por diante.³⁴

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

[...] o princípio da igualdade, do qual se deduz o princípio da coerência temporal, exige que o Poder Judiciário se vincule aos seus precedentes, salvo se tiver alguma justificativa para a sua alteração. É que, se a decisão anterior foi em um sentido, das duas, uma: ou ela estava correta, e diante de caso similar deve ser proferida a mesma decisão, ou ela estava incorreta, devendo ser, por isso, alterada. Isso significa que a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aqui, relembro o princípio da cooperação, que permeia o Novo Código de Processo Civil

e conclamo aos nobres advogados que se utilizem do direito de sustentação oral com respeito a este princípio, nos casos que exijam especial atenção e não naqueles em que há entendimento jurisprudencial consolidado.

4. Novidades procedimentais e práticas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para condenações ou causas com proveito econômico obtido entre 200 (duzentos) e 2.000

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Válida e perspicaz é a sugestão para que se permita uma exceção de pré conhecimento, que possibilitaria ao juízo afastar a sua atuação de forma prévia, dando valor à convenção de arbitragem pactuada e garantindo uma maior celeridade à tramitação processual do feito, evitando o

dispêndio desnecessário de recursos materiais e pessoais em feito que não cabe ser apreciado pelo Poder Judiciário.

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

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

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

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

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

5. Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

Diz a exposição de motivos que:

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

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

Referências

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

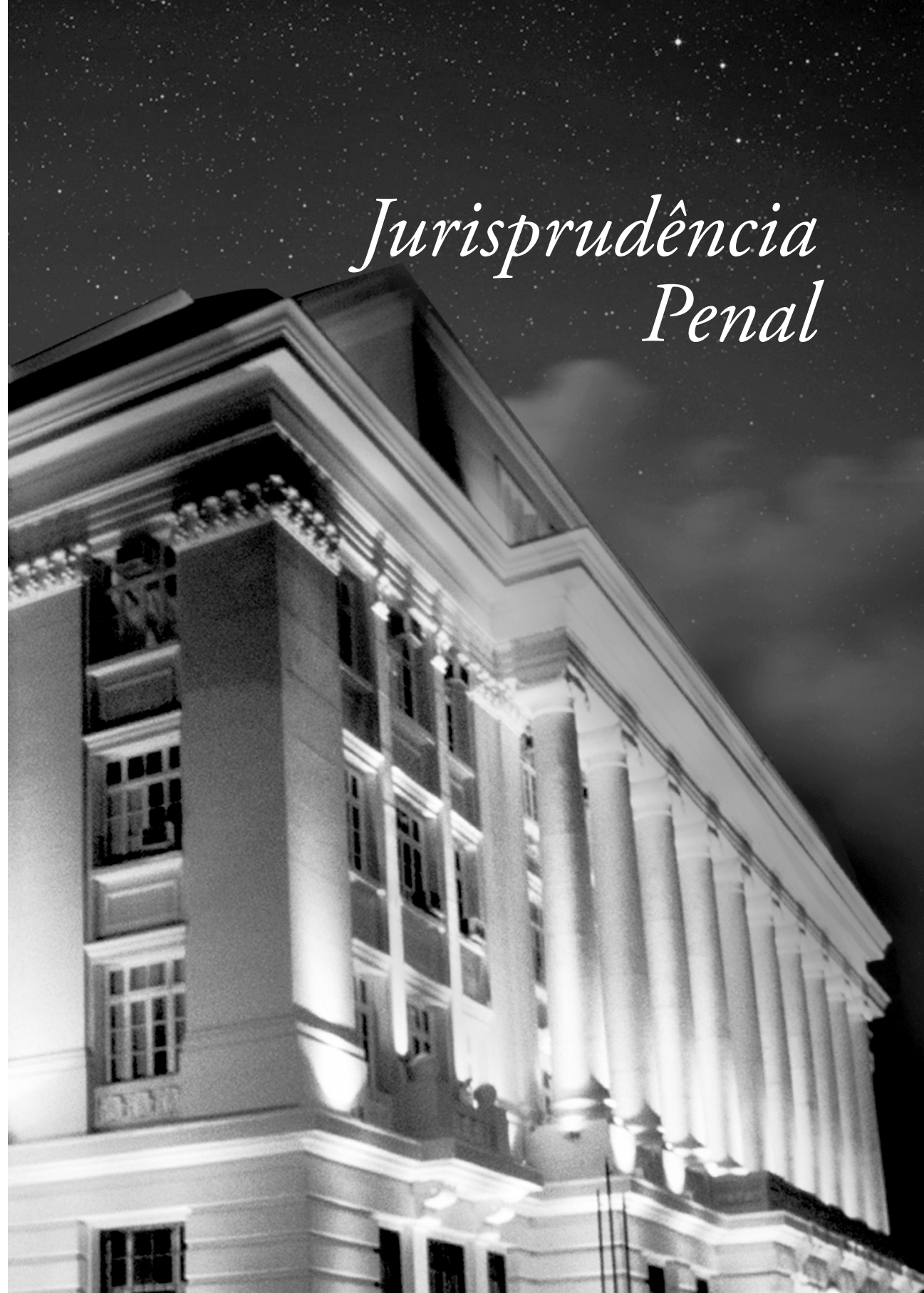
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Wambier, Luiz Rodrigues. **Novo Código de Processo civil comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Notas

- ¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
- ² Cf. DIDIER JR., Fredie. Editorial 186: Sobre o início da vigência do CPC/2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-186/>>. Acesso em: 28/09/2015, às 15:46
- ³ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2.834/2015: Disciplina o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial; altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>>. Acesso em: 28/09/2015, às 19:55
- ⁴ Revista Consultor Jurídico. Ministros do STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:00
- ⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL2.913/2015: Amplia o prazo para a entrada em vigência do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712716>>. Acesso em: 28/09/2015, às 15:55
- ⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:10
- ⁷ DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45>>. Acesso em: 28/09/2015, às 17:18
- ⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31
- ⁹ Cf. BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Art. 17, inc. IV; Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 80, inc. VI
- ¹⁰ Cf. Idem. Art. 17, inc. VII; Cf. BRASIL. Op. cit., 2015, art. 80, inc. VII.
- ¹¹ Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 81, caput e §§1-3º
- ¹² Ibidem
- ¹³ Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 774, inc. III
- ¹⁴ Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 77, inc. IV; Cf. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Art. 14, inc. V.
- ¹⁵ Cf. BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 77, inc. VI.
- ¹⁶ Idem. Art. 161, parágrafo único.
- ¹⁷ Idem. Art. 334, §8º.
- ¹⁸ Idem. Art. 903, §6º.
- ¹⁹ Idem. Art. 99, §2º
- ²⁰ Idem. Art. 317.
- ²¹ Idem. Art. 493.
- ²² Idem. Art. 853.
- ²³ Idem. Art. 932, parágrafo único.
- ²⁴ Cf. BRASIL. Lei n. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Art. 334; BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 374
- ²⁵ Idem. Art. 12 e parágrafos
- ²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2.834/2015: Disciplina o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial; altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1580174>>. Acesso em: 28/09/2015, às 19:55.
- ²⁷ BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. 113, §3º.
- ²⁸ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 64, §4º.
- ²⁹ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 292, §3º.
- ³⁰ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 926.
- ³¹ Idem. Art. 926, §1º e §2º.
- ³² Idem. Art. 926, §5º.

- ³³ WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 641.
- ³⁴ AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 166.
- ³⁵ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Art. 977.
- ³⁶ Idem. Art. 980.
- ³⁷ Idem. Art. 976.
- ³⁸ Idem. Art. 985, incs. I e II.
- ³⁹ Idem. Art. 937, incs. VII e VIII.
- ⁴⁰ Idem. Art. 937, incs. VIII e §3º.
- ⁴¹ Idem. Art. 219.
- ⁴² Idem. Art. 220, §2º.
- ⁴³ Idem. Art. 85, §11.
- ⁴⁴ Idem. Art. 85, §8º.
- ⁴⁵ Idem. Art. 85, §14.
- ⁴⁶ Idem. Art. 83, §3º.
- ⁴⁷ Idem. Art. 83, §4º, incs. I e II.
- ⁴⁸ Idem. Art. 83, §4º, inc. III.
- ⁴⁹ Idem. Art. 83, §5º.
- ⁵⁰ Idem. Art. 83, §6º.
- ⁵¹ Idem. Art. 337.
- ⁵² Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226957,51045-Alegacao+de+convencao+-de+arbitragem+no+novo+CPC>> Acesso em: 23/09/2015, às 20:02
- ⁵³ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226957,51045-Alegacao+de+convencao+-de+arbitragem+no+novo+CPC>> Acesso em: 23/09/2015, às 20:02

*Jurisprudência
Penal*





TJBA, Habeas Corpus n.º 0015593-69.2014.8.05.0000, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Relator (a): Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, julgado em 18.12.2014

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DA PRÁTICA DOS DELITOS TIPIFICADOS NO ART. 121 § 2.º II E IV, C/C ART. 121 § 2.º II E IV(POR DUAS VEZES) NA FORMA TENTADA C/C ART.29 TODOS DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO DO FLAGRANTE E DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PLEITOS SUPERADOS. PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. PACIENTE QUE EMPREENDEU FUGA NO MOMENTO DA PRISÃO. CRIME DE REPERCUSSÃO E COMOÇÃO NA SOCIEDADE. ATO CONSTRITOR QUE OBEDECEU ÀS EXIGÊNCIAS DOS ARTS. 311, 312 E 313, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. PEDIDO ALTERNATIVO DE CONCESSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO ACOLHIDO. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DO ADVOGADO. ART. 7º, V, DA LEI N. 8.906/84. DIREITO DE RECOLHIMENTO EM SALA DE ESTADO MAIOR. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Consta nos autos, que o Paciente foi denunciado como incurso nas penas previstas para o delito tipificado no art. 121 § 2.º, II e IV c/c o art. 121 § 2.º, II e IV na forma do art.14, inciso II c/c art. 29, todos do Código Penal, tendo a sua prisão preventiva decretada por requerimento do Ministério Público.

No tocante à alegação de demora para apreciação do auto de flagrante, o pleito encontra-se superado em razão da sua homologação e decretação da prisão preventiva.

Em relação à demora para a propositura da ação penal ante a extrapolação do prazo para o oferecimento da denúncia, o argumento, de igual forma, não merece prosperar, vejamos.

Das informações da autoridade coatora se colhe que a denúncia foi oferecida no dia 24 de novembro de 2014, sendo recebida no dia 27 de novembro de 2014, e que a demora no oferecimento da mesma foi decorrente da necessidade da juntada de vários Laudos periciais imprescindíveis para o oferecimento da denúncia.

Pleito superado.

Analisando-se o édito constritor, verifica-se que não há que se falar em ausência de fundamentação, posto que o mesmo possui, contrariamente ao que afirma o Impetrante, fundamentação idônea, com a indicação de elementos e fatos concretos, extraídos dos autos, que demonstram a real necessidade de imposição da custódia cautelar ora combatida para garantir

a ordem pública, garantir a aplicação da lei penal e garantir a credibilidade da justiça.

Em sendo assim, no caso concreto, restou demonstrado que não foi considerado apenas o argumento utilizado pelo impetrante que a prisão foi decretada para garantir a credibilidade da justiça, e sim baseada em dois outros fundamentos (garantia da ordem pública e aplicação da lei penal), tendo em vista a gravidade do delito praticado e a existência de indícios suficientes de materialidade, autoria do delito e a possibilidade de evadir do distrito da culpa. Desse modo, fica evidente a configuração do periculum libertatis e fumus comissi delicti, o que conduz à conclusão de que a prisão preventiva foi corretamente decretada.

Assim, a decisão que decretou a prisão preventiva foi suficientemente fundamentada na presença dos requisitos previstos nos artigos 311, 312, 313 do CPP, sobretudo na necessidade da garantia da ordem pública, garantir a aplicação da lei penal e a credibilidade da justiça, tendo em vista o modus operandi do Agente no cometimento do crime.

Já no tocante ao pedido alternativo, consistente em prisão domiciliar, a ordem merece ser concedida, vejamos.

Segundo dispõe o Estatuto da Ordem dos Advogados no art. 7º, inciso V, é prerrogativa do advogado não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Importante destacar que o inciso V do art. 7º da Lei nº 8.906/1994 teve sua constitucionalidade confirmada em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8, realizado pelo Pretório Excelso, assegurando aos advogados presos provisoriamente o recolhimento em sala de Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar.

In casu, tratando-se o paciente de advogado inscrito na OAB/SP sob nº 214.284 e tendo restado demonstrado que o mesmo encontra-se recolhido no Presídio de Teixeira de Freitas, em razão de já ter sido reconhecido o direito de ser transferido para sala de Estado-Maior, não tendo sido atendido pelo Comandante da Polícia Militar sob a argumentação de falta de vaga no Batalhão da Polícia Militar, bem como não existindo vaga sala nas dependências do Batalhão (documentos de fls. 421/422), tenho que é caso de concessão de deferimento do pedido alternativo de prisão domiciliar.

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que há de ser deferida a prisão domiciliar aos advogados onde não exista sala com as características daquela prevista no art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/1994.

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, para deferir ao paciente o direito de recolhimento à prisão domiciliar, com fundamento no art. 7.º, inc. V, da Lei 8.906/94, ante a falta de vaga de “sala de Estado-Maior”. O local e as condições de vigilância deverão ser especificados e determinados pela autoridade judiciária de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de uma, ou mais de uma, das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Cumpre esclarecer, que a presente decisão não impede que, havendo vaga em sala de Estado Maior, seja o paciente a ela recolhido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de **Habeas Corpus nº 0015593-69.2014.8.05.0000**, oriundo da Comarca de Teixeira de Freitas, em que figuram como impetrantes os Advogados Marcelo Feller, Amanda de Castro Pacífico e Rafael Valentini, em favor do paciente Daniel Ungaro, e como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Teixeira de Freitas.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em **CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM**, pelos fundamentos a seguir alinhados.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Habeas Corpus, com pedido de medida liminar impetrado pelos advogados Marcelo Feller, Amanda de Castro Pacífico e Rafael Valentini em favor de Daniel Ungaro, apontando, como autoridade coatora, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Teixeira de Freitas-BA.

Da análise da inicial e dos documentos acostados, observa-se que o paciente foi preso em flagrante delito, em 19 de agosto 2014, indiciado pela prática do crime de homicídio qualificado, tipificado no art. 121, §2º, incisos II e IV do Código Penal, bem assim pela prática de duas tentativas de homicídios qualificados, tipificados no art. 121, §2º, incisos II e IV e art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

A prisão preventiva do paciente foi decretada pela autoridade coatora, através da decisão de fl. 35/41, como forma de preservar a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Alegam que: *“a despeito de o Paciente ter aguardado sete dias para que a d. Autoridade coatora apreciasse seu auto de flagrante, desrespeitando, em muito, o prazo ex legis, como se demonstrará, sua prisão preventiva foi decretada com fundamentos absolutamente inidôneos, que não justificam sua prisão cautelar.”* (fl. 05)

Assevera ainda que o paciente encontra-se submetido a constrangimento ilegal, visto que, preso desde 19 de agosto do corrente ano, ainda não há acusação formal em seu desfavor, configurando excesso de prazo para conclusão do inquérito policial.

Coligiram, ao *in folio*, documentos que certificam as atividades laborais desenvolvidas pelo Acusado e comprovante de inscrição no CNA - Cadastro Nacional dos Advogados (fl. 22).

Ressaltam que, apesar da autoridade impetrada já ter conhecido o direito do paciente de ser transferido para uma Sala de Estado-Maior, por ser advogado, continua preso ilegalmente no Conjunto Penal de Teixeira de Freitas. Ademais, informa que consta ofício do Batalhão da Polícia Militar comunicando a impossibilidade da transferência do paciente para aquele estabelecimento, desde o dia 29 de agosto, sem que a autoridade coatora tenha tomado conhecimento.

Advogam que o decreto prisional não constitui fundamentação idônea que possa justificar a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal, estando o Paciente preso ilegalmente.

Ressaltaram ainda acerca do caráter excepcional da prisão cautelar e da exigência da demonstração de sua necessidade e que, no presente caso, não há razão para que o Paciente continue custodiado cautelarmente, visto que o decreto prisional além de não possuir motivação idônea, o Paciente possui todas as condições exigidas para que possa responder ao processo em liberdade, sendo assim substituída a sua prisão por quaisquer das medidas cautelares previstas no art 319, do Código de Processo Penal.

Por fim, os Impetrantes pleiteiam a concessão de Habeas Corpus, *“in limine”*, alegando

que o paciente encontra-se submetido a constrangimento ilegal em virtude de medida extrema desprovida de sustentáculo concreto legal, fazendo-se expedir alvará de soltura.

Requerem ainda, em caráter liminar, seja determinada à autoridade Impetrada que providencie a transferência do paciente para uma Sala de Estado -Maior.

Alternativamente, requerem, na impossibilidade de transferência do paciente, que seja concedida a sua prisão domiciliar.

No mérito, requerem a concessão do presente writ.

À inicial, foram juntados os documentos de fl. 21/136.

O pleito liminar foi indeferido através da decisão de fls. 138/141.

Às fls.141, a Secretaria da Câmara informou que não foram prestadas as informações solicitadas.

Ao se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela reiteração da diligência para o juízo prestar informações.

Em despacho de fls.146 foi solicitada a reiteração do pedido de informações.

Em petição de fls.148 (petição cópia), o Impetrante informou que pretende realizar sustentação oral.

A douta Procuradoria de Justiça opinou através do Parecer de fls. 151/153, pela Concessão da ordem, em decorrência do excesso de prazo.

O impetrante se manifestou às fls.156/157(petição cópia) informando novamente que deseja fazer sustentação oral.

Em despacho de fls. 158, foi determinada nova requisição de informações, com advertência do descumprimento.

Em petição(cópia) de fls.160/166, o Impetrante fez novas considerações, reafirmou o interesse na realização de sustentação oral.

A Secretaria Adjunta certificou, às fls. 178, que foi remetido fac-símile a autoridade coatora.

Em petição de fls.179/181(cópia), o Impetrante requereu a transferência do Paciente a uma Sala de Estado Maior ou Prisão Domiciliar, fez novas considerações e reafirmou o interesse na realização de sustentação oral. Colacionou aos autos documentos de fls.182/373.

Em despacho de fls. 374, foi determinado o retorno dos autos à Secretaria da Câmara para aguardar o transcurso do prazo que foi concedido para Autoridade Coatora apresentar informações.

O MM Juízo de Primeiro Grau apresentou as informações solicitadas às fls.375/379, esclarecendo inicialmente o motivo da demora no envio das informações e justificou o andamento da ação penal, colacionando aos autos os documentos de fls. 380/423.

É o suficiente relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço o *Writ*.

No tocante à alegação de demora para apreciação do auto de flagrante, o pleito encontra-se superado em razão da sua homologação e decretação da prisão preventiva.

Em relação à demora para a propositura da ação penal ante a extrapolção do prazo para o oferecimento da denúncia, o argumento, de igual forma, não merece prosperar, vejamos.

Das informações da autoridade coatora, se colhe que a denúncia foi oferecida no dia 24 de novembro de 2014, sendo recebida no dia 27 de novembro de 2014, e que a demora no oferecimento da mesma foi decorrente da necessidade da juntada de vários Laudos periciais imprescindíveis para o oferecimento da denúncia.

Cumpra esclarecer que, apesar do artigo 46 do Código de Processo Penal estipular o prazo

de 05 dias para o oferecimento da denúncia, se o réu estiver preso, o prazo só terá início da data em que o Ministério Público receber os autos e nos autos não restou comprovada a data do recebimento dos autos no órgão Acusador.

Em relação ao constrangimento ilegal sofrido pelo paciente em razão de excesso de prazo, o pleito encontra-se superado.

Consta nos autos, que o Paciente foi denunciado como incurso nas penas previstas para o delito tipificado no art. 121 § 2.º, II e IV c/c o art. 29, todos do Código Penal, tendo a sua prisão preventiva decretada por requerimento do Ministério Público.

O M.M. Juiz decretou a prisão preventiva do Paciente, respaldando-se na garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e na credibilidade da justiça, considerando as circunstância e a periculosidade do agente, vejamos:

“...No caso vertente, como já foi dito, a prisão do indiciado Danilo Ungaro se faz necessária para garantia da ordem pública. A ordem pública é um dos fundamentos da prisão preventiva consistente na tranquilidade no meio social.

....

Outro requisito para decretação da prisão preventiva consiste no fato de que o indiciado, após a prática delituosa, estava em fuga, o que decerto, iria dificultar a aplicação da lei penal. As circunstâncias de sua prisão indicam que ele estava em fuga, como se percebe das declarações do policial que efetuou a sua prisão.

...

*Grave os crimes praticados pelo indiciado. De grande repercussão social também. A gravidade a que aludo não é abstrata. Os crimes foram praticados em local de grande movimentação de pessoas, inclusive no mesmo prédio sede de escritório de advocacia, sede de portal de notícias, gráfica, dentre outros, no centro da cidade, em local de ampla movimentação de pessoas. De igual sorte, urge que seja também garantida a credibilidade da Justiça, pois em tempos em que Teixeira de Freitas amarga a posição da 5ª cidade mais violenta da Bahia, e estando entre as 10(dez) mais violentas do Brasil, não se pode desconsiderar a responsabilidade do Poder Judiciário em reprimir práticas deste jaez. **Empunhar uma arma de fogo, da qual se tem traquejo para manuseá-la, entrar num escritório, efetuar mais de 10 disparos contra três pessoas, ceifando a vida de uma delas, e deixando uma outra gravemente ferida, não pode deixar de ser visto como fatos concretos a ensejar a prisão do indivíduo. Portanto, a prisão preventiva do indiciado deve ser decretada nos presentes autos.***

...

Assim, considerando-se o que dos autos constam e dos princípios de direito aplicáveis espécie, converto a prisão em flagrante do indiciado DANILO ÜNGARO em prisão preventiva, com base no artigo 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal. Expeça-se mandado nesse sentido.(fl.412/418).

Analisando-se o édito constritor, verifica-se que não há que se falar em constrangimento ilegal por desnecessidade da medida cautelar, posto que o mesmo possui, contrariamente ao que afirma o Impetrante, fundamentação idônea, com a indicação de elementos e fatos concretos, extraídos dos autos, que demonstram a real necessidade de imposição da custódia cautelar ora combatida para garantir a ordem pública, garantir a aplicação da lei penal e garantir a credibilidade da justiça.

Em sendo assim, no caso concreto, restou demonstrando que não foi considerado apenas o argumento utilizado pelo impetrante de que a prisão foi decretada para garantir a credibilidade da justiça, e sim baseada em dois outros fundamentos (garantia da ordem pública e aplicação da lei penal), tendo em vista a gravidade do delito praticado e a existência de indícios suficientes de materialidade, autoria do delito e a possibilidade de evadir do distrito da culpa. Desse modo,

fica evidente a configuração do *periculum libertatis e fumus commissi delicti*, o que conduz à conclusão de que a prisão preventiva foi corretamente decretada.

Assim, a decisão que decretou a prisão preventiva foi suficientemente fundamentada na presença dos requisitos previstos nos artigos 311, 312, 313 do CPP, sobretudo na necessidade da garantia da ordem pública, garantir a aplicação da lei penal e a credibilidade da justiça, tendo em vista o modus operandi do Agente no cometimento do crime.

Já no tocante ao pedido alternativo, consistente em prisão domiciliar, a ordem merece ser concedida, vejamos.

Segundo dispõe o Estatuto da Ordem dos Advogados no art. 7º, inciso V, é prerrogativa do advogado não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar, *in verbis*:

Art. 7º São direitos do advogado:

...

V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar

Importante destacar que o inciso V do art. 7º da Lei nº 8.906/1941 teve sua constitucionalidade confirmada em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8 realizado pelo Pretório Excelso, assegurando aos advogados presos provisoriamente o recolhimento em sala de Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar.

In casu, tratando-se o paciente de advogado inscrito na OAB/SP sob nº 214.284 e tendo restado demonstrado que o mesmo encontra-se recolhido no Presídio de Teixeira de Freitas, em razão de já ter sido reconhecido o direito de ser transferido para sala de Estado-Maior, não tendo sido atendido pelo Comandante da Polícia Militar sob a argumentação de falta de vaga no Batalhão da Polícia Militar, bem como não existindo vaga sala nas dependências do Batalhão (documentos de fls.421/422), tenho que é caso de concessão de deferimento do pedido alternativo de prisão domiciliar.

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que há de ser deferida a prisão domiciliar aos advogados onde não exista sala com as características daquela prevista no art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/1994, veja-se:

E M E N T A: ADVOGADO – CONDENAÇÃO PENAL MERAMENTE RECORRÍVEL – PRISÃO CAUTELAR – RECOLHIMENTO A “SALA DE ESTADO-MAIOR” ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – **PRERROGATIVA PROFISSIONAL ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V) – INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO “SALA DE ESTADO-MAIOR” – HIPÓTESE EM QUE SE ASSEGURA, AO ADVOGADO, O RECOLHIMENTO “EM PRISÃO DOMICILIAR” (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V, “IN FINE”) – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.258/2001 – INAPLICABILIDADE DESSE DIPLOMA LEGISLATIVO AOS ADVOGADOS – EXISTÊNCIA, NO CASO, DE ANTINOMIA SOLÚVEL – SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CONFLITO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE – PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA ADVOCACIA – CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA – PEDIDO DE “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. - O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em norma**

não derogada pela Lei nº 10.258/2001 (que alterou o art. 295 do CPP), garante, ao Advogado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, o direito de “não ser recolhido preso (...), senão em sala de Estado-Maior (...) e, na sua falta, em prisão domiciliar” (art. 7º, inciso V). - Trata-se de prerrogativa de índole profissional – qualificável como direito público subjetivo do Advogado regularmente inscrito na OAB – que não pode ser desrespeitada pelo Poder Público e por seus agentes, muito embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal. Doutrina. Jurisprudência. Essa prerrogativa profissional, contudo, não poderá ser invocada pelo Advogado, se cancelada a sua inscrição (Lei nº 8.906/94, art. 11) ou, então, se suspenso, preventivamente, o exercício de sua atividade profissional, por órgão disciplinar competente (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º). - A inexistência, na comarca ou nas Seções e Subseções Judiciárias, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado confere-lhe, antes de consumado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar (RTJ 169/271-274 – RTJ 184/640), não lhe sendo aplicável, considerado o princípio da especialidade, a Lei nº 10.258/2001. - Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº 10.258/2001 (norma posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade (“lex posterior generalis non derogat priori speciali”), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito. Doutrina. Consequente subsistência, na espécie, não obstante o advento da Lei nº 10.258/2001, da norma inscrita no inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia, ressalvada, unicamente, por inconstitucional (ADI 1.127/DF), a expressão “assim reconhecidas pela OAB” constante de referido preceito normativo. (STF, HC 109213, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CAUTELAR IDÔNEO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NESTE PONTO. ALEGAÇÃO DE PRERROGATIVA PROFISSIONAL DE RECOLHIMENTO EM SALA DE ESTADO MAIOR. ADVOGADA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FLEXIBILIZAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA APENAS PARA O RESGUARDO DA PRERROGATIVA PROFISSIONAL.**

1. A presente ação não pode ser conhecida quanto à alegação de falta de fundamentação cautelar idônea na decisão de decretou a prisão preventiva. Questão que não foi suscitada no Superior Tribunal de Justiça e, portanto, sequer foi objeto da decisão liminar naquele Superior Tribunal, o que gera nítida supressão de instância. Habeas corpus não conhecido neste ponto. 2. Constrangimento ilegal decorrente do não encarceramento da Paciente, advogada, em sala de Estado Maior ou, na inexistência desta, em prisão domiciliar, flexibilizando a Súmula n. 691. Argumento que deve ser analisado apesar do julgamento de mérito realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127, o Supremo Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), declarando, apenas, a inconstitucionalidade da expressão “assim reconhecidas pela OAB”. 4. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que há de ser deferida a prisão domiciliar aos advogados onde não exista sala com as características daquela prevista no art. 7º, inc. V, da**

Lei n. 8.906/1994, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. Precedentes. 5. Concessão da ordem para assegurar o cumprimento da norma prevista no art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), assim como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, devendo a Paciente cumprir a pena provisória em uma sala tal como aquela que se tenha na forma interpretada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127 e na Reclamação n. 4.535, ou, na inexistência desta, para prisão domiciliar, cujo local e condições, incluídas as de vigilância, deverão ser especificados pelo juízo local. 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem concedida.

(STF, HC 102128, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/03/2011, DJe-191 DIVULG 04-10-2011 PUBLIC 05-10-2011 EMENT VOL-02601-01 PP-00073)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO STF. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRISÃO CAUTELAR. ADVOGADO. ESTATUTO DA ADVOCACIA. ART. 7, V, DA LEI 8.906/94. SALA DE ESTADO MAIOR. INEXISTÊNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. GARANTIA. ORDEM CONCEDIDA. I - É garantia dos advogados, enquanto não transitada em julgado a decisão condenatória, a permanência em estabelecimento que possua Sala de Estado Maior. II - Inexistindo Sala de Estado Maior na localidade, garante-se ao advogado seu recolhimento em prisão domiciliar. III - Caracterizada, no caso, a flagrante ilegalidade, que autoriza a superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. IV - Ordem concedida.

(STF, HC 96539, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 13/04/2010, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-02 PP-00402 LEX STF v. 32, n. 377, 2010, p. 321-326)

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para deferir ao paciente o direito de recolhimento à prisão domiciliar, com fundamento no art. 7.º, inc. V, da Lei 8.906/94, ante a falta de vaga de “sala de Estado-Maior”. O local e as condições de vigilância deverão ser especificadas e determinadas pela autoridade judiciária de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de uma, ou mais de uma, das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Cumpre esclarecer que a presente decisão não impede que, havendo vaga em sala de Estado Maior, seja o paciente a ela recolhido.

Oficie-se.

TJBA, Habeas Corpus n.º 0011545-33.2015.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator (a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 18.08.2015

TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DE JORNALISTA OCORRIDO EM 09.07.1997 – AÇÃO PENAL OBJETO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, DIVERSOS HABEAS CORPUS, RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NESTE WRIT, OS NOVOS ADVOGADOS ALEGAM QUE, AO SE PREPARAREM PARA A DEFESA DO PACIENTE NO TRIBUNAL DO JÚRI, CONSTATARAM A EXISTÊNCIA DE DIVERSAS NULIDADES QUE ELAS VARIAM O PROCESSO DE VÍCIOS INSANÁVEIS, TAIS COMO: I) INOBSERVÂNCIA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

DO CORRÉU PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, QUE, À ÉPOCA DO INÍCIO DO CRIME, ERA PREFEITO DO MUNICÍPIO DE EUNÁPOLIS; II) INADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA CONSIDERADA PELO JUÍZO DE PISO; III) AUSÊNCIA DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO/CONGRUÊNCIA ENTRE A ACUSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FATOS CONSIDERADOS PELO MAGISTRADO DE PISO – IMPROCEDÊNCIA DE TODAS AS ARGUIÇÕES - ORDEM DENEGADA.

I – Inicialmente cabe repelir o pedido de fls. 3.187/3.188 – formulado pelo Corréu Paulo Ernesto Ribeiro da Silva - no tocante a sua “HABILITAÇÃO E CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO”, após o Parecer ministerial acerca do mérito desta ação, uma vez que, muito embora reconheça que no direito penal se preserva o mais amplo direito de defesa e contraditório às partes, entendo que o pedido de habilitação não merece prosperar, tendo em vista que, em Ação de Habeas Corpus, somente em situações excepcionais, tem-se entendido pelo cabimento dessa modalidade de intervenção, o que corresponderia a verdadeira habilitação de terceiro, mesmo sendo o Paciente e o Requerente réus na mesma ação penal. Nessa esteira de intelecção, trago o destaque feito pelo eminente **Ministro Celso de Mello**, na Decisão monocrática proferida no Habeas Corpus nº109.598/DF:

“Importante assinalar, de outro lado, que, na ação de “habeas corpus”, os sujeitos da relação processual penal, além do órgão judiciário competente para julgá-la, são, apenas, (1) o impetrante, (2) o paciente, (3) a autoridade apontada como coatora e (4) o Ministério Público.

Eles compõem o quadro dos elementos subjetivos essenciais da relação jurídico-processual do “habeas corpus”. São, por isso mesmo, os sujeitos processuais relevantes, principais e imprescindíveis da ação de “habeas corpus””. (STF, HC 109.598/DF, Min. Celso de Mello, j. 24.04.2015);

II - Conforme se extrai dos 16 (dezesseis) volumes que integram os autos, o crime ocorreu em 09.07.1997, sendo apurado através da Ação Penal de nº0002165-26.2004.805.0079, a qual foi objeto de diversos Recursos, não só neste Tribunal como, também, nos Tribunais Superiores.

III – No Recurso em Sentido Estrito nº 0002165-26.2004.805.0079, julgado em 17.08.2008, este Tribunal assentou a seguinte ementa:

“RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. PRELIMINARES. Preliminar de inépcia da denúncia insubsistente, porque nela arrolada as infrações penais, com a indicação dos fatos pertinentes. Preliminar de nulidade absoluta decorrente de dispensa de testemunha sem anuência da defesa. Inteligência do artigo 404 do CPP: ‘As partes poderão desistir do depoimento de qualquer das testemunhas arroladas, ou deixar de arrolá-las, se considerarem suficientes as provas que possam ser ou tenham sido produzidas, ressalvado o disposto no art. 209. Nulidade das provas colhidas pelo Ministério Público. O Ministério Público, conforme preceitua o artigo 129, IX, da Constituição Federal, e as Leis números 75/90 e 8.625/03, tem legitimidade para promover investigações visando à formação da opinio delicti. Preliminar de cerceamento de defesa. Inocorrência. Inteligência do artigo 407 do Código de Processo Penal: ‘Decorridos os prazos de que trata o artigo anterior, os

autos serão enviados, dentro de 48 (quarenta e oito) horas ao presidente do Tribunal do Júri, que poderá ordenar as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive inquirição de testemunhas (art. 209), e proferirá sentença, na forma dos artigos seguintes'. Não há nulidade por cerceamento de defesa, quando o Magistrado, ao formar sua convicção quanto à materialidade do fato e autoria do delito, considera suficientes as provas colhidas durante a instrução. **PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE DO FATO COMPROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. A pronúncia é juízo de admissibilidade acusatório, logo, após a instrução criminal, provada substancialmente a existência do crime, cabe ao Juiz remeter a acusação a exame dos Jurados. PRONÚNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO**" (TJBA, Relator Juiz Convocado Carlos Roberto Santos Araújo).

IV – No presente writ, os Impetrantes alegam que, ao examinarem os autos para a realização da Defesa perante o Tribunal do Júri, depararam-se com algumas nulidades que invalidariam todo o processo, tais como: I) **INOBSERVÂNCIA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO CORRÉU PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, QUE, À ÉPOCA DO INÍCIO DO CRIME, ERA PREFEITO DO MUNICÍPIO DE EUNÁPOLIS/BA;** II) **INADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDOTA CONSIDERADA PELO JUÍZO DE PISO;** III) **AUSÊNCIA DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO/CONGRUÊNCIA ENTRE A ACUSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FATOS CONSIDERADOS PELO MAGISTRADO DE PISO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA.** Por tais razões, imbuído do dever de cautela, esta relatoria achou por bem deferir o pedido liminar de suspensão do Júri designado para o dia 15.06.2015.

V – Colhidas as informações de praxe, verifica-se que as alegações dos Impetrantes não procedem, pelas seguintes razões:

- INOBSERVÂNCIA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO CORRÉU PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, QUE, À ÉPOCA DO INÍCIO DO CRIME, ERA PREFEITO DO MUNICÍPIO DE EUNÁPOLIS.

Ao compulsar os autos observa-se que não existe ineditismo neste argumento, bem como que outras irresignações refogem à via estreita desta Ação Mandamental. Vejamos:

Às folhas 857/858 destes autos (fls. 498/499 da Ação Penal) consta petição do corréu PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, datada de 04.03.2003, alegando a **"incidência por prerrogativa de função, do caso do Requerente"**, pugnando pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça. Mais adiante, às fls. 1.225/1.227 (fls. 867/869 da Ação Penal), observa-se que, na data de 03.02.2004, tal pedido foi analisado pelo Juízo de Piso, que concluiu nos seguintes termos: **"Em face do exposto, rejeito o pedido de remessa dos Autos ao Tribunal de Justiça, formulado por Paulo Ernesto Ribeiro da Silva (fls. 498/499) reafirmando minha competência para processar e julgar o feito."**

Note-se que contra essa decisão não foi possível localizar a interposição de qualquer recurso.

Outrossim, observa-se que outras alegações de nulidades processuais já foram objeto de análise deste Tribunal de Justiça, a exemplo das examinadas no **Recurso em Sentido Estrito nº 0002165-26.2004.805.0079-0, julgado em 17.08.2008.** Por oportuno, esclareço que por mais que tivesse havido inobservância de foro de prerrogativa de função, há mais de 14 anos - desde 03.01.2001 (quando houve o aditamento da Denúncia) até hoje -, o juízo competente é, sem sombra de dúvidas, o da Vara Crime de Eunápolis, uma vez que inexistia Réu detentor de foro especial. Ademais, como se sabe, de acordo com a nossa sistemática processual, não se declara nulidade sem efetiva demonstração da ocorrência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*), conforme orientação do Supremo Tribunal Federal - **"O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - pas de nullité sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta"** (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 03.02.06);

- INADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDOTA CONSIDERADA PELO JUÍZO DE PISO;

Ponderam os Impetrantes que, "Ao utilizar a frase 'já em fuga', o próprio Autor da ação penal deixa patente que, naquele momento, o iter criminis do homicídio havia sido completamente percorrido, porquanto o Primeiro Denunciado teria praticado todos os atos de execução." (fls. 23). Por tal razão, sobrelevam que ainda que se considere que o Paciente teria repassado determinada quantia para o Primeiro Denunciado ocultar-se, em fuga, essa conduta, por si só, jamais poderia subsumir-se ao tipo penal do art. 121 do Código Penal, podendo, no máximo, adequar-se ao tipo penal do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal), que criminaliza a seguinte ação: "Art. 348 – Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão."

Na Decisão de Pronúncia, constata-se que o Juízo de Piso, ao deparar-se com versões contraditórias do Réu Paulo Sérgio Mendes Lima, no que se refere a participação dos demais Corréus no ato criminoso, assim destacou:

"(...)

Vê-se, portanto, que se está diante de um rosário de versões, apresentadas por uma só pessoa, ora no sentido de indicar os réus como partícipes, ora negando. Exsurge daí a indagação: é possível com base na palavra do autor dessas múltiplas versões deduzir-se um juízo contrário aos réus? Eu o afirmo. É que para a espécie, ou seja, estando-se no propósito de apenas autorizar que o dominus litis deduza sua pretensão punitiva perante o juízo competente, do que se compreende tão só mero ente de admissibilidade, basta a mera suspeita. Ademais, trilhar o caminho adverso seria ilegitimamente subtrair do juízo natural a competência definitiva de assentar se agasalha ou não a versão de uma pessoa que em um momento afirma ter estado no palco dos acontecimentos, em outro não. Verifica-se, por outro lado, que o multicitado Paulo Sérgio levou a versão de que os réus participaram inclusive a terceiros, num ambiente que se supõe de espontaneidade." (fls. 83).

Logo, no que pertine a alegada inadequação da conduta típica apontada ao

Paciente, há de se reconhecer que, na via estreita desse Writ, não se mostra possível sua análise sem revolver o contexto fático probatório, devendo ser desatada a questão pelo Tribunal do Júri.

Note-se ainda que no **Habeas Corpus nº0019318-03.2013.805.0000**, impetrado em favor do mesmo Paciente desta Ação, julgado por esta Turma, em **04.02.2014**, este Colegiado, ao tratar da questão envolvendo pedido de trancamento da ação penal, à unanimidade, assentou que não vislumbra, de plano, a atipicidade da conduta, a ensejar o deferimento do pedido, vejamos: **“O trancamento de Ação Penal por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade de delito, o que não se verifica no presente caso.”** (TJBA, Primeira Câmara Criminal, 2ª Turma, **HC 0019318-03.2013.805.0000**);

- AUSÊNCIA DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO/ CONGRUÊNCIA ENTRE A ACUSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DOS FATOS CONSIDERADOS PELO MAGISTRADO DE PISO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

Muito embora não se possa deixar de reconhecer que essa tese deveria ter sido defendida no Recurso em Sentido Estrito nº 0002165-26.2004.805.0079, julgado em 17.08.2008, como se trata de questão que envolve alegação de nulidade processual, e, sobretudo, por tratar-se de matéria de suma relevância para o amplo direito de defesa, faz-se necessário apreciar a irresignação, buscando evitar mais postergação do julgamento da Ação Penal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: **“O princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, uma vez que assegura que apenas podem constar da pronúncia os fatos que foram narrados na inicial acusatória, de forma a assegurar a não submissão do acusado ao Conselho de Sentença por fatos não descritos na denúncia.”** (STJ, HC 245123 SP, 6ª Turma, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23/05/2013).

Os Impetrantes declaram que **“o Ministério Público não promoveu aditamento da Denúncia oferecida contra o Paciente a fim de adicionar os fatos que a Autoridade Coatora levou em consideração ao proferir a decisão de Pronúncia. Evidente, portanto, que o Paciente não se defendeu dos fatos, suscitados na Decisão de Pronúncia, relacionado à suposta intermediação na contratação dos autores materiais do delito e atinente ao suposto pagamento em espécie ao Denunciado Paulo Sérgio.”** (fls. 36).

Porém, extrai-se dos termos da Denúncia, na parte que diz respeito ao Paciente, o seguinte: **“Tendo convicção do resultado obtido, o primeiro Denunciado e o executor do crime evadiram, separando-se entre si para dificultar a perseguição policial. Posteriormente, já em fuga, o primeiro Denunciado entrou em contato com o Denunciado WALDEMIR BATISTA DE OLIVEIRA, o “DUDU”, exigindo-lhe parte do dinheiro combinado para ocultar-se. Porém, o terceiro Denunciado disse que precisaria entrar em contato com o prefeito PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, para providenciar o dinheiro. Destarte, após um novo telefonema, ficou acertado que seria repassada a importância de R\$700,00**

(setecentos reais), em espécie, a qual foi encaminhada pelo Banco BRADESCO e depositada em uma conta de um parente do primeiro Denunciado, na cidade de Jequitinhonha – MG.” (fls. 55).

Da simples leitura da peça incoativa - em confronto com a alegação dos Impetrantes de que **“o Paciente não se defendeu dos fatos suscitados na Decisão de Pronúncia, relacionado à suposta intermediação na contratação dos autores materiais do delito e atinente ao suposto pagamento em espécie ao Denunciado Paulo Sérgio.”** (fls. 36) -, denota-se que o entendimento da Decisão que pronunciou o Paciente, conforme acima referido pelos Impetrantes, não se mostra dissonante do constante da Denúncia, a ponto de merecer emendatio libelli prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal (na qual o juízo, sem modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, pode atribuir definição jurídica diversa), nem, tampouco, mutatio libelli prevista no artigo 384 do mesmo Código (que ocorre quando, no curso da instrução processual, surge circunstância não contida na peça acusatória).

VI – Parecer da Procuradoria Geral de Justiça “pelo não conhecimento da ordem impetrada, em relação ao pedido de reconhecimento de ausência de adequação dos fatos imputados ao Paciente, bem como em relação ao pleito de nulidade da Decisão de Pronúncia, e pelo conhecimento e improvimento do pedido de declaração de nulidade da ação penal”. (fls. 3.168/3.171v).

VIII – ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Habeas Corpus, nº0011545-33.2015.805.0000**, provenientes da Comarca de EUNÁPOLIS/BAHIA, sendo Impetrantes os Advogados João Daniel Jacobina Brandão de Carvalho, Edil Muniz Macedo Júnior e Oziel Bomfim da Silva, e, Paciente, **WALDEMIR BATISTA DE OLIVEIRA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, em **DENEGAR A ORDEM**. E assim o fazem pelas razões a seguir explicitadas.

RELATÓRIO

Os Advogados João Daniel Jacobina Brandão de Carvalho, Edil Muniz Macedo Júnior e Oziel Bomfim da Silva impetraram **Habeas Corpus**, com pedido de liminar, em favor de **WALDEMIR BATISTA DE OLIVEIRA**, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Eunápolis/Bahia, com fundamento nas alegações a seguir expostas.

1 – Esclarecem que o Paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 29 e 62 do Código Penal, sob a acusação de envolvimento no homicídio de RONALDO SANTANA ARAÚJO, ocorrido no dia 09.10.1997.

2 - Destacam a nulidade das investigações e dos atos processuais subsequentes em função da não observância do foro por prerrogativa de função do então Prefeito PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, bem como que houve **“burla à competência material desta Egrégia Corte porque, propositadamente, deixou de oferecer Denúncia contra o Prefeito, mesmo havendo indícios de sua participação no crime, tão somente para que o feito tivesse seu trâmite inicial na Comarca de Eunápolis”** (fls. 12).

3 – Sobrelevam que **“todos os elementos que subsidiaram o oferecimento da Denúncia,**

pelo Ministério Público, surgiram nos autos do Inquérito Policial após a delação do Sr. Paulo Sérgio Mendes Lima, quando as investigações deveriam encontrar-se sob a supervisão desta Egrégia Corte” (fls. 10).

4 – Apontam ser possível identificar ato assaz curioso ou até mesmo inusitado, uma vez que, “Ao receber os autos do Inquérito Policial, ao invés de remetê-los ao Procurador Geral de Justiça, a fim de que ele propusesse a ação penal perante este Egrégio Tribunal, a Promotoria de Justiça da Comarca de Eunápolis, propositadamente, opta por não denunciar, naquele momento, o Prefeito” (fls. 11), justificando tal procedimento pela circunstância de PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA exercer o cargo de Prefeito Municipal, gozando, portanto, de prerrogativa de foro privilegiado. Contudo, no dia “04 de janeiro de 2001, quatro dias depois de encerrado o mandato de Prefeito do Sr. Paulo Ernesto Ribeiro da Silva, o Ministério Público adita a Denúncia para incluí-lo no pólo passivo da ação penal.” (fls. 10).

5 – Aduzem que os Tribunais Superiores são uníssomos em considerar nulas as provas obtidas durante a fase extrajudicial, bem como a Denúncia nelas amparadas, quando o Inquérito que apure crime envolvendo Prefeito não tenha sido supervisionado pelo Tribunal competente, fato que tornam “nulas as provas obtidas durante a fase extrajudicial, bem como a Denúncia nela amparadas” (fls. 13).

6 – Ressaltam que, no caso, trata-se de “nulidade absoluta, porquanto relacionada à competência decorrente do foro de prerrogativa de função ostentado, à época, pelo Prefeito, daí porque independe da demonstração de prejuízo.” (fls. 20).

7 – Assinalam ainda a inadequação da conduta atribuída ao Paciente, indicando que quando o “Órgão de Acusação, de forma expressa, afirma que, posteriormente, já em fuga, o primeiro denunciado entrou em contato com o Denunciado WALDEMIR BATISTA DE OLIVEIRA, o “DUDU”, exigindo-lhe dinheiro para ocultar-se”, “...ainda que se considere, apenas por hipótese, que o Paciente teria repassado determinada quantia para o Primeiro Denunciado ocultar-se, em fuga, essa conduta, por si só, jamais poderia subsumir-se ao tipo penal do art. 121 do Código Penal”, podendo, quando muito, “adequar-se ao tipo penal do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal)” (fls. 26/27).

8 – Por fim, apontam como violado o princípio da correlação entre Acusação e Sentença, tendo em vista que, ao proferir a Decisão de Pronúncia, “a Autoridade Coatora indicou novos fatos para justificar a decisão de submeter o Paciente ao julgamento pelo Tribunal do Júri.” (fls. 31), o que impossibilitou a defesa de se manifestar acerca desses novos fatos, “relacionados à sua suposta intermediação na contratação dos autores materiais do delito e atinente ao suposto pagamento em espécie ao Denunciado Paulo Sérgio”. Acrescentam que “é a decisão de Pronúncia que delimita a acusação em plenário, não podendo admitir, por conta disso, que o Paciente seja levado a julgamento por fato que não foi denunciado.” (fls. 36), sob pena de inobservância da regra da *mutatio libelli*, reclamando, também por esse motivo, a declaração de sua nulidade.

Em face dos fatos alegados, postularam medida liminar visando à suspensão da marcha processual, inclusive a sessão plenária do Tribunal do Júri designada para o dia 15 de junho de 2015, e, no mérito, a concessão do *writ* para anular a Ação Penal nº 0002165-26.2004.805.0079, desde o nascedouro; o reconhecimento da ausência de adequação dos fatos ao tipo penal do art. 121 do CP, para que o Paciente, se for o caso, responda apenas pelo delito de favorecimento pessoal (art. 348 do CP); bem como a nulidade da Decisão de Pronúncia, no que tange ao Paciente, em virtude da ausência de correlação com a Denúncia.

Às fls. 3.153/3.156, no exercício do poder geral de cautela, proferi Decisão concessiva de liminar, determinando, TÃO SOMENTE, a suspensão da Sessão Plenária designada para o dia 15.06.2015, solicitando informações à Autoridade apontada como coatora.

Prestadas as informações (fls. 3.163/3.164 e 3.172/3.179), com juntada de documentos, os autos foram encaminhados à Procuradoria de Justiça, que opinou “pelo não conhecimento da ordem impetrada, em relação ao pedido de reconhecimento de ausência de adequação dos fatos imputados ao Paciente, bem como em relação ao pleito de reconhecimento de nulidade da Decisão de Pronúncia, e pelo conhecimento e improvimento do pedido de declaração de nulidade da ação penal.” (fls. 3.167/3.171v).

Às fls. 3.187/3.189, o Corréu PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA pleiteou habilitação e consequente possibilidade de intervir no presente *writ*.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria de Justiça se posicionou contrária ao pleito de habilitação. (fls. 3.193/3.194v).

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, **cumpro** analisar o pedido de fls. 3.187/3.188 – formulado pelo Corréu Paulo Ernesto Ribeiro da Silva – no tocante a sua “**HABILITAÇÃO E CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO**”, após o Parecer ministerial acerca do mérito deste *writ*.

Muito embora reconheça que, no direito penal, sempre deve ser preservado o mais amplo direito de defesa e contraditório às partes, entendo que o pedido de habilitação não merece prosperar, uma vez que, em Ação de Habeas Corpus, somente em situações excepcionais tem-se entendido pelo cabimento dessa modalidade de manifestação, o que corresponderia a verdadeira intervenção de terceiro, mesmo sendo o Paciente e o Requerente réus na ação penal.

Registre-se ainda, por oportuno, inexistir qualquer obstáculo a que o Requerente possa, se for o caso, impetrar o seu próprio habeas corpus.

Nessa esteira de intelecção, trago o destaque feito pelo eminente Ministro Celso de Mello na Decisão monocrática proferida no Habeas Corpus nº 109.598/DF:

“Importante assinalar, de outro lado, que, na ação de “habeas corpus”, os sujeitos da relação processual penal, além do órgão judiciário competente para julgá-la, são, apenas, (1) o impetrante, (2) o paciente, (3) a autoridade apontada como coatora e (4) o Ministério Público.

Eles compõem o quadro dos elementos subjetivos essenciais da relação jurídico-processual do “habeas corpus”. São, por isso mesmo, os sujeitos processuais relevantes, principais e imprescindíveis da ação de “habeas corpus””. (STF, HC 109.598/DF, Min. Celso de Mello, j. 24.04.2015).

Por tal razão voto pelo indeferimento do pedido de habilitação em epígrafe.

Ultrapassada essa questão, passo a analisar o mérito deste *writ*, que possui 16 (dezesesseis) volumes, com mais de 3.200 (três mil e duzentas) folhas.

Antes de examinar as questões suscitadas pelos Impetrantes, aproveito para transcrever um pequeno histórico do trâmite da Ação Penal que originou este pedido de Habeas Corpus, com base no Ofício de fls. 3.010, bem como de outros elementos constantes nos autos:

- a) Em 09.10.1997 ocorreu o homicídio de Ronaldo Santana de Araújo, passando a figurar como suspeitos (Waldemir Batista de Oliveira, Antonio de Oliveira Santos, PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA e Maria José Ferreira Souza);
- b) Na data de 20.12.2000 foi ofertada a Denúncia e em 03.01.2001 houve o seu Aditamento para incluir no pólo Passivo PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA.

VA, – Ex Prefeito de Eunápolis;

c) A Decisão de **Pronúncia** foi exarada em **18.10.2006**;

d) Contra essa Decisão foram interpostos **Recursos em Sentido Estrito** por parte da Defesa, os quais, depois de devidamente processados, foram remetidos, em **23.11.2007**, ao Tribunal de Justiça;

e) Em **17.07.2008**, o Tribunal de Justiça julgou os Recursos em Sentido Estrito, negando-lhes provimento;

f) Na data de **22.07.2009**, a Segunda Vice-Presidência **denegou seguimento** aos **Recursos Especial e Extraordinário** interpostos por **Waldemir Batista de Oliveira, PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA e Maria José Ferreira Souza**;

g) Em **22.09.2009** foram rejeitados os Embargos de Declaração opostos pela Defesa;

h) Em **28.06.2011** o **Superior Tribunal de Justiça** denegou o **Agravo de Instrumento** interposto por **PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA** contra a Decisão que inadmitiu o Recurso Especial;

i) Por sua vez, em **08.03.2013**, o **Supremo Tribunal Federal** denegou o Agravo de Instrumento interposto por **PAULO ERNESTO DA SILVA** contra a Decisão que inadmitiu o **Recurso Extraordinário**, sendo, então, apresentados, sucessivamente, **Agravo Regimental e Embargos de Declaração**, os quais foram julgados em **21.05.2013**;

j) Designada a Sessão de Julgamento do Júri para o dia **21.10.2013**, **esta não foi realizada em razão da Decisão proferida no Habeas Corpus nº 0019247-98.2013.8.05.0000**;

Posteriormente, o mesmo Paciente desta Ação impetrou o HC nº0019318-03.2013.805.0000, cabendo-me a relatoria, havendo este Colegiado proferido a seguinte Decisão: **“IX - NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM, em relação ao pleito de nulidade processual por cerceamento de defesa pela ausência de publicações sucessivas das partes, DENEGAÇÃO DO PEDIDO DE SUSTAÇÃO DA AÇÃO PENAL E PREJUDICIALIDADE DOS PEDIDOS DE ANULAÇÃO DA DECISÃO QUE DESMEMBROU O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL A QUE RESPONDE O PACIENTE E DO PLEITO DE SUSPENSÃO DA Sessão DO JULGAMENTO DO DIA 21.10.2013, em face da Decisão Liminar exarada no Habeas Corpus n.º 0019247-98.2013.8.05.0000, sendo Paciente PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, concedendo a referida suspensão do julgamento do mérito deste Writ, ratificando a liminar e anulando a Decisão de desmembramento do feito”**.

Esse é o histórico, de forma sintética, que achei adequado trazer ao conhecimento da Turma.

No caso vertente, consoante exposto no Relatório, pretendem os Impetrantes, em apertada síntese, o reconhecimento de nulidades que, segundo alegam, somente foram detectadas quando do exame da causa para patrocinar a Defesa perante o Tribunal do Júri.

Alegadas nulidades consistiriam:

a) na inobservância do foro por prerrogativa de função do corréu PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, o qual à época do crime era Prefeito do Município de Eunápolis/BA, e que só foi incluído no processo após o término do mandato;
b) inadequação da conduta típica do Paciente, vez que a conduta que lhe foi imputada na Denúncia, no máximo poderia adequar-se ao tipo penal do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal);

c) violação ao princípio da correlação entre Acusação e Sentença, tendo em vista que ao “proferir a r. Decisão de Pronúncia, entretanto, a Autoridade Coatora indicou novos fatos para justificar a decisão de submeter o Paciente ao julga-

mento pelo Tribunal do Júri.” (fls. 31), o que impossibilitou manifestação da Defesa acerca desses novos fatos, maculando, com isso, a regra da *mutatio libelli*.

Pois bem.

I – QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Muito embora aleguem os Impetrantes que tomaram conhecimento dessas questões quando procederam ao exame da causa para promover a Defesa perante o Tribunal do Júri, nota-se, entretanto, que não existe ineditismo em tais arguições, bem como que as outras irresignações refogem à via estreita do Habeas Corpus. Vejamos:

Às folhas 857/858 destes autos (fls. 498/499 da Ação Penal), consta petição do corréu **PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA**, datada de **04.03.2003**, alegando a “incidência por prerrogativa de função, no caso do Requerente”, pugnando, na ocasião, pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça.

Mais adiante, às fls. 1.225/1.227 (fls. 867/869 da Ação Penal), observa-se que, na data de **03.02.2004**, tal pedido foi analisado pelo Juízo de Piso, que concluiu da seguinte forma: **“Em face do exposto, rejeito o pedido de remessa dos Autos ao Tribunal de Justiça, formulado por PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA (fls. 498/499) reafirmando minha competência para processar e julgar o feito”**.

Veja-se que contra essa Decisão não se identificou a interposição de qualquer recurso.

Observe-se, ademais, que outras alegações de nulidade já foram objeto de análise por parte deste Tribunal de Justiça quando do julgamento do **Recurso em Sentido Estrito nº 0002165-26.2004.805.0079-0, realizado em 17.08.2008**, cujo Acórdão restou assim ementado:

“RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. PRELIMINARES. Preliminar de inépcia da denúncia insubsistente, porque nela arrolada as infrações penais, com a indicação dos fatos pertinentes. Preliminar de nulidade absoluta decorrente de dispensa de testemunha sem anuência da defesa. Inteligência do artigo 404 do CPP: ‘As partes poderão desistir do depoimento de qualquer das testemunhas arroladas, ou deixar de arrolá-las, se considerarem suficientes as provas que possam ser ou tenham sido produzidas, ressalvado o disposto no art. 209. Nulidade das provas colhidas pelo Ministério Público. O Ministério Público, conforme preceitua o artigo 129, IX, da Constituição Federal, e as Lei números 75/90 e 8625/03, tem legitimidade para promover investigações visando à formação da *opinio delicti*. Preliminar de cerceamento de defesa. Inocorrência. Inteligência do artigo 407 do Código de Processo Penal: ‘Decorridos os prazos de que trata o artigo anterior, os autos serão enviados, dentro de 48 (quarenta e oito) horas ao presidente do Tribunal do Júri, que poderá ordenar as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive inquirição de testemunhas (art. 209), e proferirá sentença, na forma dos artigos seguintes’. Não há nulidade por cerceamento de defesa, quando o Magistrado, ao formar sua convicção quanto à materialidade do fato e autoria do delito, considera suficientes as provas colhidas durante a instrução. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE DO FATO COMPROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. A pronúncia é juízo de admissibilidade acusatório, logo, após a instrução criminal, provada substancialmente a existência do crime, cabe ao Juiz remeter a acusação a exame dos Jurados. PRONÚNCIA

MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO” (TJ/BA, Relator Juiz Convocado Carlos Roberto Santos Araújo).

Por oportuno, esclareço que, por mais que tivesse havido inobservância de foro por prerrogativa de função - e não houve -, há mais de 14 anos, ou seja, **desde 03.01.2001 (data do adiamento da Denúncia)**, o juízo competente é, sem sombra de dúvidas, o da Vara Crime da Comarca de Eunápolis/BA, uma vez que **inexiste Réu detentor de prerrogativa de foro especial**.

Ademais, como se sabe, de acordo com a nossa sistemática processual, não se declara nulidade sem efetiva demonstração da ocorrência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Em abono dessa interpretação, trago a lume o seguinte posicionamento do Excelso Pretório:

“O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - *pas de nullité sans grief* - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta” (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 03.02.06).

Nada obstante, no passado, ainda vicejasse, na jurisprudência do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, certa ambivalência quanto às consequências das nulidades no processo penal, hoje já se pode apontar como pacificado, naquela Corte, o entendimento de que **nem toda nulidade (absoluta ou relativa) implica invalidação do processo.**

De acordo com o posicionamento atualizado do STF, **ainda que se cuide de nulidade absoluta**, a depender do caso concreto, desde que possível realizar novamente o ato e não houver prejuízo para o réu, **não se há de declarar sua invalidação**.

Transcrevo, a propósito, recentes julgados do STF:

“Além da arguição *opportuno tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para o seu reconhecimento, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes [...] Embargos de Declaração nos Embargos Infringentes na Ação Penal nº 481-PA. STF. Plenário” (Rel. Min. DIAS TÓFOLI, julgado em 20.03.2014, publicado no Dj em 12.08.2014).

“[...] o entendimento desta Corte também é no sentido de que, para o reconhecimento da eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie. Precedentes. [...] Ordem denegada.” (Habeas Corpus nº 116.132/PE. STF. 2ª Turma. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 17.09.2013, publicado no DJ em 03.10.2013).

[...] O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal. É cediço, na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: “Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para defesa”; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal [...]” (Recurso Ordi-

nário em Habeas Corpus nº 110.429-MG, STF, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 06.03.2012, publicado no DJ em 21.03.2012).

Por último, vale assinalar que, em data recente, 10 de março de 2015, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, julgando Embargos de Declaração no Inquérito 2.952/RO, da Relatoria do Ministro GILMAR MENDES, proferiu Decisão, cujo Acórdão restou assim ementado:

“1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM INQUÉRITO. 2. INQUÉRITO INSTAURADO CONTRA AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO SEM OBSERVÂNCIA DA COMPETENTE SUPERVISÃO JUDICIAL. SALVO CASOS EM QUE HAJA FUNDADAS RAZÕES EM DESVIO DE FINALIDADE, NÃO SÃO ILÍCITAS AS PROVAS QUE INDEPENDEM DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA PRODUÇÃO. 3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS”.

Cuidando-se de tema que guarda absoluta pertinência com a matéria discutida nestes autos, merece transcrito trecho do voto proferido pelo eminente Relator, em que sustenta a validade do Inquérito, mesmo a despeito de inexistir supervisão dos atos investigatórios pelo Tribunal competente.

São palavras do eminente Ministro GILMAR MENDES e que, **mutatis mutandi**, ajustam-se, como uma luva, à hipótese dos autos:

“Não foi tomada nenhuma providência investigativa sujeita a reserva de jurisdição. Em verdade, a supervisão do Inquérito, até então, limitou-se a prorrogação do prazo para as investigações. A falta da adequada supervisão do Inquérito pela Corte competente não desconstitui atos de investigação que não dependem de intervenção judicial, como a tomada de depoimentos. Dessa forma, o que se tem, a princípio, é simples irregularidade sem aptidão para contaminar provas ulteriores”.

Com efeito, o entendimento acima manifestado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL guarda estreita correlação com o tema debatido neste **Habeas Corpus**.

Deveras, na hipótese **sub judice**, **não foi realizada, em desfavor do Paciente, qualquer medida constritiva, sujeita a reserva de jurisdição, limitando-se os atos investigatórios a mera colheita de depoimentos**, passíveis, inclusive, de renovação até mesmo no Plenário do Júri.

II - DA ALEGAÇÃO DE INADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA

Na exordial, os Impetrantes sustentam que o único trecho da peça Acusatória, em que o MINISTÉRIO PÚBLICO narra a participação do Paciente, estaria vazado nos seguintes termos:

“IV – Tendo convicção do resultado obtido, o primeiro denunciado e o executor do crime evadiram, separando-se entre si para dificultar a perseguição policial. Posteriormente, já em fuga, o primeiro Denunciado entrou em contato com o Denunciado WALDEMIR BATISTA DE OLIVEIRA, o “DUDU”, exigindo-lhe parte do dinheiro combinado para ocultar-se. Porém, o terceiro Denunciado disse que precisaria entrar em contato com o prefeito PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, para providenciar o dinheiro...”.

Ora, ponderando que, **“Ao utilizar a frase “já em fuga”, o próprio Autor da ação penal**

deixa patente que, naquele momento, o iter criminis do homicídio havia sido completamente percorrido, porquanto o Primeiro Denunciado teria praticado todos os atos de execução.” (fls. 23). Por tal razão, ponderam que, ainda quando se considere que o Paciente teria repassado determinada quantia para o Primeiro Denunciado ocultar-se, em fuga, essa conduta, por si só, jamais poderia subsumir-se ao tipo penal do art. 121 do Código Penal, podendo, no máximo, adequar-se ao tipo penal do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal), que criminaliza a seguinte ação: “Art. 348 – Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão.”.

Na Decisão de Pronúncia, constata-se, entretanto, que o Juízo de Piso, ao deparar-se com versões contraditórias do Réu Paulo Sérgio Mendes Lima, no que se refere a participação dos demais Corréus no ato criminoso, assim destacou:

“(…)

Vê-se, portanto, que se está diante de um rosário de versões, apresentadas por uma só pessoa, ora no sentido de indicar os réus como partícipes, ora negando. Exsurge daí a indagação: é possível com base na palavra do autor dessas múltiplas versões deduzir-se um juízo contrário aos réus? Eu o afirmo. É que, para a espécie, ou seja, estando-se no propósito de apenas autorizar que o *dominis litis* deduza sua pretensão punitiva perante o juízo competente, do que se compreende tão só mero ente de admissibilidade, basta a mera suspeita. Ademais, trilhar o caminho adverso seria ilegitimamente subtrair do juízo natural a competência definitiva de assentar se agasalha ou não a versão de uma pessoa que em um momento afirma ter estado no palco dos acontecimentos, em outro não. Verifica-se, por outro lado, que o multicitado Paulo Sérgio levou a versão de que os réus participaram inclusive a terceiros, num ambiente que se supõe espontaneidade.” (fls. 83).

Logo, no que concerne à alegada inadequação da conduta apontada ao Paciente, há de se reconhecer que, na via estreita desse *writ*, não se mostra possível sua análise sem revolver o contexto fático probatório, devendo, portanto, ser a questão desatada pelo Tribunal do Júri.

Saliente-se ainda que, no Habeas Corpus nº0019318-03.2013.805.0000, impetrado em favor do mesmo Paciente, julgado por esta Turma, em 04.02.2014, este Colegiado, ao tratar da questão envolvendo pedido de trancamento da ação penal, assentou, à unanimidade, que não vislumbrava, de plano, a atipicidade da conduta, a ensejar o deferimento do pedido.

É o que consta do respectivo Acórdão:

“O trancamento de Ação Penal por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade de delito, o que não se verifica no presente caso.” (TJBA, Primeira Câmara Criminal, 2ª Turma, HC 0019318-03.2013.805.0000).

Por tal razão, também sob esse aspecto não merece prosperar a insurgência.

III - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

Melhor sorte não milita em favor dos Impetrantes quanto à alegativa de que se teria violado o princípio da correlação entre Acusação e Sentença.

Muito embora não se possa deixar de assinalar que essa tese deveria ter sido defendida no

Recurso em Sentido Estrito nº 0002165-26.2004.805.0079, julgado em 17.08.2008; - ainda assim, por se tratar de questão que envolve alegação de nulidade processual, e, sobretudo, por considerar-se de suma relevância para o direito de defesa -, entendo pertinente apreciar tal irre-signação também em sede de Habeas Corpus.

Decerto, como já se pronunciou o STJ: “o princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, uma vez que assegura que apenas podem constar da pronúncia os fatos que foram narrados na inicial acusatória, de forma a assegurar a não submissão do acusado ao Conselho de Sentença por fatos não descritos na denúncia.” (STJ, HC 245123 SP, 6ª Turma, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23/05/2013).

Analisando, portanto, o argumento.

Os Impetrantes afirmam que “o Ministério Público não promoveu aditamento da Denúncia oferecida contra o Paciente a fim de adicionar os fatos que a Autoridade Coatora levou em consideração ao proferir a Decisão de Pronúncia. Evidente, portanto, que o Paciente não se defendeu dos fatos, suscitados na Decisão de Pronúncia, relacionado à suposta intermediação na contratação dos autores materiais do delito e atinente ao suposto pagamento em espécie ao Denunciado Paulo Sérgio.” (fls. 36).

Pois bem. Examinada a Denúncia, extrai-se, na parte que diz respeito ao Paciente, o seguinte trecho:

“Tendo convicção do resultado obtido, o primeiro Denunciado e o executor do crime evadiram, separando-se entre si para dificultar a perseguição policial. Posteriormente, já em fuga, o primeiro Denunciado entrou em contato com o Denunciado WALDEMIR BATISTA DE OLIVEIRA, o “DUDU”, exigindo-lhe parte do dinheiro combinado para ocultar-se. Porém, o terceiro Denunciado disse que precisaria entrar em contato com o prefeito PAULO ERNESTO RIBEIRO DA SILVA, para providenciar o dinheiro. Destarte, após um novo telefonema, ficou acertado que seria repassada a importância de R\$700,00 (setecentos reais), em espécie, a qual foi encaminhada pelo Banco BRADESCO e depositada em uma conta de um parente do primeiro Denunciado, na cidade de Jequitinhonha – MG.”. (fls. 55).

Da simples leitura da peça incoativa - em confronto com a alegação de “que o Paciente não se defendeu dos fatos, suscitados na Decisão de Pronúncia, relacionado à suposta intermediação na contratação dos autores materiais do delito e atinente ao suposto pagamento em espécie ao Denunciado Paulo Sérgio” (fls. 36)-, denota-se que os fundamentos da Pronúncia não se mostram dissonantes do relato contido na Denúncia, sendo de todo impertinente a invocação do instituto da *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal (na qual o juízo, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, pode atribuir definição jurídica diversa), nem, tampouco, a *mutatio libelli*, prevista no artigo 384 do mesmo Código (aquela que ocorre quando, no curso da instrução processual, surge circunstância não contida na peça acusatória), sendo que, neste último caso, o aditamento da inicial é obrigatório, sob pena de açoitarem os cânones constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Aproveito para trazer à baila ensinamento da doutrina a propósito da motivação das decisões de pronúncia:

“a decisão versa apenas sobre a presença de certos requisitos mínimos, sem os quais seria improvável uma condenação pelo júri. Sendo o julgamento popular uma garantia do acusado, não seria razoável que essa garantia pudesse se voltar

contra o sujeito tutelado, exigindo-se que em todos os casos – mesmo sem um fundamento razoável – fosse ele levado a um julgamento público, com todas as consequências socialmente desfavoráveis que isso pode representar, mesmo quando, no final, a acusação é julgada improcedente.

Essa avaliação antecipada, superficial e provisória sobre os fundamentos do pedido condenatório constitui, de um lado, uma verdadeira garantia da inocência do cidadão contra acusações infundadas ou temerárias; sob outro aspecto, também garante o próprio Judiciário contra o custo e a inutilidade em que redundariam, inserindo-se, portanto, naquele conjunto de garantias processuais inicialmente referidas, que visam à proteção do indivíduo e da própria jurisdição.” (A motivação das decisões penais / Antonio Magalhães Gomes Filho. - 2 ed rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.).

Incabível, portanto, falar-se, no caso dos autos, em violação ao princípio da congruência entre a Acusação e a Decisão de Pronúncia.

Diante do exposto, conduzo o meu voto no sentido de **DENEGAR A ORDEM DE HABEAS CORPUS**.

TJBA, Habeas Corpus n.º 0011431-94.2015.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 25.08.2015

EMENTA. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ARGUIÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE, EM RAZÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA. AFIRMAÇÃO DE PACIENTE PREFEITO MUNICIPAL. PLEITO DE SUSPENSÃO DE AUDIÊNCIA PARA TOMADA DE DEPOIMENTO. MÉRITO. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE TODOS OS ATOS PRATICADOS NO INQUÉRITO. PACIENTE DETENTOR DE FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. NECESSIDADE DE SUPERVISÃO DO INQUÉRITO PELO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA E AUTORIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA OS ATOS SUJEITOS À RESERVA DE JURISDIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, MANTENDO-SE A DECISÃO CONCESSIVA DA LIMINAR.

I – Alegação da Defesa de que foi instaurado Inquérito contra o Paciente, Prefeito eleito e empossado do Município de Paripiranga, sem observância da sua prerrogativa de função, cuja competência seria do Tribunal de Justiça, através de uma das Câmaras Criminais, por força de norma regimental.

II – Argumento de que, ausente a prévia ciência e chancela deste Tribunal quanto ao início das investigações, a não observância das indigitadas exigências constituiria manifesta e absoluta nulidade, não sujeita a convalidação, conduzindo à imprestabilidade de todos os elementos de informação colhidos na fase pré-processual.

III - Delegado de Paripiranga que, consoante a Defesa, vem comentando diversas ilegalidades no Inquérito, tais como: a) acessar a Rede de Informações - INFOSEG – da Secretaria Nacional de Segurança Pública, para fazer levantamento de dados individuais do Paciente, inclusive no que diz respei-

to aos seus bens; b) solicitar à Juíza Criminal da Comarca de Paripiranga a Quebra de Sigilo Telefônico e de ERB (Estação de Rádio Base, fls. 26), sem qualquer supervisão do Tribunal de Justiça ou participação do Procurador Geral de Justiça, sendo, como é, detentor de foro privilegiado por prerrogativa de função.

IV – Inquérito Policial que contém documento intitulado “Organograma dos Suspeitos de Envolvimento no Homicídio do Sr. José Carlos Bezerra Carvalho” onde se verifica o nome do Paciente, George Roberto Ribeiro Nascimento (fls. 14); Ofício do Ministério Público do Estado da Bahia, que incluiu o Paciente como um dos prováveis mandantes do crime (fls. 23) e documento que demonstra acesso pelo Delegado à REDE INFOSEG (ferramenta que disponibiliza informações de Segurança Pública do país).

V - Mandado de Intimação de fls. 11 comprovando que a aludida convocação se deu sob as penas de condução coercitiva e de prática de crime de desobediência tipificado no art. 330 do CP.

VI - Autoridade policial que exorbitou das suas atribuições ao pretender colher declarações do Prefeito, titular de foro privilegiado por prerrogativa de função, acerca de crime de homicídio, constrangimento esse somente possível com supervisão do Procurador Geral de Justiça e autorização deste Tribunal de Justiça, especialmente no que diz respeito a atos investigatórios sujeitos à reserva de jurisdição. Precedentes do STJ e do STF.

VII – Parecer Ministerial pela Concessão Parcial da Ordem.

VIII - **ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, MANTENDO-SE A DECISÃO CONCESSIVA DA LIMINAR.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** n.º 0011431-94.2015.8.05.0000, sendo autoridade coatora o Delegado de Polícia Civil da Delegacia Territorial de Paripiranga/BA, sendo Impetrantes os Béis. José Souza Pires e Caio Graco Braga Mascarenhas Pires e Paciente GEORGE ROBERTO RIBEIRO NASCIMENTO.

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 **conceder parcialmente a ordem impetrada, mantendo-se a decisão liminar**, sob os seguintes fundamentos.

RELATÓRIO

Cuida-se de **Habeas Corpus** impetrado pelos Béis. **José de Souza Pires e Caio Graco Braga Mascarenhas Pires** em favor de **George Roberto Ribeiro Nascimento**, apontando como autoridade coatora o Delegado de Polícia Civil da Delegacia Territorial de Paripiranga/BA.

Alegam os Impetrantes, em síntese, que:

1 – O Delegado de Polícia Civil de Paripiranga/BA teria instaurado Inquérito contra **George Roberto Ribeiro Nascimento**, ora Paciente, **Prefeito eleito e empossado do Município de Paripiranga**, sem observância da sua prerrogativa de função, cuja competência seria do Tribunal de Justiça, através de uma das Câmaras Criminais, por força de norma regimental.

2 - Pontuam que, não havendo prévia ciência e chancela deste Tribunal quanto ao início das investigações, a não observância das indigitadas exigências constituiria manifesta e absoluta

nulidade, não sujeita a convalidação, conduzindo à imprestabilidade de todos os elementos de informação colhidos na fase pré-processual.

3 – Acrescentam que o Paciente foi intimado para comparecer à Delegacia Territorial de Paripiranga, no dia 27/05/2015, às 10 horas, a fim de prestar declarações, com advertência de que o seu não comparecimento estaria exposto nos consecutórios previstos nos artigos 330 e 331, do Código Penal, bem como em condução coercitiva, a teor do art. 50, V, "a", da Lei Estadual nº 11.370/2009.

4 – Aduzem que, após a mencionada intimação, visando informar ao Delegado de que possuía compromisso na mesma data, referente ao Município que representa, o Paciente requereu cópia do Inquérito para saber do que se tratava.

5 – Informam ainda que o Paciente recebeu apenas algumas cópias do mencionado Inquérito – nº 041/14 –, quando constatou, para sua surpresa, que se tratava de uma investigação contra si próprio. E ficou ainda mais surpreso, ao tomar conhecimento de que o procedimento investigatório foi instaurado a partir de um Ofício do Ministério Público local, datado de 13/05/2014, após ter recebido, da Ouvidoria daquele órgão, notícia anônima de que o Paciente teria sido o mandante da morte de Dr. José Carlos Bezerra, candidato a Prefeito de Paripiranga.

6 – Finalmente, argumentam que o Delegado de Paripiranga vem comentando diversas ilegalidades no Inquérito, tais como: a) acessar a Rede de Informações - INFOSEG – da Secretaria Nacional de Segurança Pública, para fazer levantamento de dados individuais do Paciente, inclusive no que diz respeito aos seus bens; b) solicitar à Juíza Criminal da Comarca de Paripiranga a Quebra de Sigilo Telefônico e de ERB (Estação de Rádio Base, fls. 26), sem qualquer supervisão do Tribunal de Justiça ou participação do Procurador Geral de Justiça, sendo, como é, detentor de foro privilegiado por prerrogativa de função.

Diante dos fatos relatados, os Impetrantes requerem, liminarmente, que seja suspensa Audiência para tomada de depoimento do Paciente, bem como que a autoridade coatora se abstenha de praticar atos investigatórios sem a supervisão deste Tribunal de Justiça.

No mérito, postulam a confirmação da liminar e a decretação de nulidade de todos os atos praticados por autoridade absolutamente incompetente.

À inicial, juntaram a documentação de fls. 10/45.

Às fls. 47/56, a liminar foi deferida, determinando a suspensão da tomada de depoimento do Paciente e dos atos de investigação, sendo requisitadas informações da autoridade apontada coatora.

Foram prestadas as informações às fls. 58/61.

Colheu-se o Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra da Dra. Cláudia Carvalho Cunha dos Santos, que se manifestou **pelo conhecimento da Ordem e concessão parcial do Writ**, no sentido serem remetidos os autos do procedimento investigatório ao Procurador Geral de Justiça do Estado da Bahia, para as providências que entender cabíveis e pertinentes (fls. 93/97).

É o relatório.

VOTO

Segundo informações apresentadas pela autoridade apontada coatora, às fls. 58/61, “Através do registro da ocorrência nº 306/2014 nesta Unidade Policial, Homicídio Consumado, crime ocorrido por volta das 19:20h, do dia 02/05/2014, vitimando o Sr. José Carlos Bezerra Carvalho, instaurou-se naquela mesma noite o Inquérito Policial tombado nesta DT sob o nº 41/2014, conforme ocorrência e Portaria anexas. Como se observa o aludido procedimento apuratório não fora instaurado contra a pessoa do Excelentíssimo Prefeito Municipal, George Roberto Ribeiro Nascimento”.

Consta nos informes da autoridade coatora que “A 1ª Promotoria de Justiça desta Comarca, expedira o ofício nº 149/2014, datado de 13/05/2014, no qual o Ilustre Representante do Ministério Público, Dr. Gildásio Rizério de Amorim, sugerira que a motivação do referido homicídio seria a política local”. E que em nenhum momento “esta autoridade policial representara por **qualquer medida** relacionada ao prefeito municipal, comprovando-se pelos requerimentos protocolados junto à Vara Criminal local”.

E que “Em 14/03/2015 fora preso o condutor da motocicleta utilizada na ação criminosa, tendo este mediante indicado o ex-chefe de gabinete do prefeito, Lázaro José Matos Fraga, e seu sobrinho, motorista da prefeitura, Leonardo Fraga Guimarães, como envolvidos no homicídio, sendo que o primeiro articulava o crime, já o segundo executara a vítima com dois disparos de arma de fogo, atingindo-a na cabeça”.

A autoridade coatora relatou também que “No decorrer das investigações, chegou-se ao entendimento de que o mentor intelectual da ação criminosa, trata-se de ALEXANDRE MAGNO RODRIGUES DE OLIVEIRA, atual procurador do município de Paripiranga, ex-Secretário de Administração, vice presidente do PSD local, pretendo futuro candidato ao cargo de prefeito no próximo pleito. Ratificando que esta autoridade policial possui convicção do envolvimento do citado indivíduo diante das provas carreadas aos autos”.

Esclareceu que “fora expedida intimação para o prefeito municipal, com o objetivo de colher suas declarações, já que os envolvidos no crime tinham ligação com a referida autoridade”. E que “em nenhum momento defensores do Prefeito Municipal estiveram nesta DT se apresentando com tal, a fim de receber cópias dos autos. Já a cópia integral do IP fora devidamente fornecida no dia 20/05/2015”.

Acusou ainda “a juntada aos autos de outro ofício expedido pelo Promotor de Justiça da Vara Crime desta comarca, endereçado ao Exmo. Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, onde a citada autoridade textualmente afirmara que os mandantes do assassinato do médico Dr. José Carlos Bezerra Carvalho são o prefeito, George Roberto Ribeiro Nascimento, e Alexandre Magno Rodrigues de Oliveira, vice presidente da mesma agremiação”.

Informou que, “Mesmo diante disso, esta autoridade policial não vê nenhum elemento, exceto os expedientes do promotor, que levem o Prefeito Municipal de Paripiranga, George Roberto Ribeiro Nascimento, a ser investigado no presente IP, tendo apenas vislumbrado a coleta de sua oitiva em termo de declarações, já que os envolvidos no assassinato eram e são pessoas ligadas ao Chefe do Executivo deste município”.

Por fim, salientou que, caso haja algum elemento relevante que ligue o prefeito municipal ao crime, representará junto ao Egrégio Tribunal de Justiça, para apreciação do pleito.

Após detido exame dos autos, foi exarada decisão liminar, cujo teor faço integrar ao presente Voto:

“Tratando-se, como se trata, de verdadeira ação, o **Habeas Corpus** está sujeito às mesmas condições que autorizam a rejeição da Denúncia ou Queixa. O pedido há de vir arrimado numa daquelas circunstâncias elencadas no artigo 648 do Código de Processo Penal.

Assim, desde que haja um constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir, ainda que iminente, seja resultante de uma violência, seja resultante de uma coação, é cabível o remédio heróico.

O constrangimento é considerado ilegal quando não houver justa causa para a prisão, ou seja, quando esta não for decretada conforme o direito; quando alguém estiver preso por mais tempo que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver qualidade para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza; quando o processo for manifestamente nulo; quando extinta a punibilidade.

No caso dos autos, examinando os documentos colacionados pelos Impetrantes, verifico que os requisitos exigidos para a concessão da liminar encarecida se fazem presentes.

Com efeito, consta dos autos, com os documentos anexados pelos Impetrantes, que o Delegado de Paripiranga, Bahia, instaurou Inquérito contra o Prefeito, Paciente detentor de foro privilegiado por prerrogativa de função, praticando atos que dizem respeito, em princípio, à reserva de jurisdição, a saber: a) determinação de tomada de depoimentos, com ameaça de condução coercitiva; acesso a dados pessoais do Prefeito, através do sistema INFOSEG, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, e pedido de Quebra de sigilo telefônico, sem qualquer ordem ou supervisão deste Tribunal de Justiça, a quem compete o processamento e julgamento de Prefeitos, a indicar, neste juízo provisório, a plausibilidade do direito.

O Paciente, de igual modo, preenche o requisito do “*periculum in mora*”, na medida em que pode vir a ser conduzido coercitivamente por autoridade, em tese, incompetente, para prestar depoimento, além de estar sujeito ao acesso de dados pessoais, como vem ocorrendo, sem a devida autorização do órgão competente e sem o envolvimento da Procuradoria Geral de Justiça, a quem caberia conduzir, juntamente com a Polícia Judiciária, as investigações, com supervisão do Tribunal de Justiça, nos casos em que envolva atos de reserva de jurisdição.

Com efeito, os Tribunais Superiores, inclusive a Suprema Corte, emprestando elastério ao foro privilegiado por prerrogativa de função, previsto na Constituição Federal tão somente para o processamento e julgamento de ações penais contra agentes políticos (v.g. art. 96, art. 102, I, art. 105, I, 107, I, entre outros), têm reconhecido, com inegável acerto, que a fase investigatória deve, também, merecer tramitação perante o próprio órgão competente para o julgamento da futura ação penal.

Trata-se, aliás, de matéria remansosa, sobre a qual não paira qualquer dissenso, sendo despidendo, por isso mesmo, a rememoração, aqui, das muitas Decisões do Supremo Tribunal Federal, representadas por Acórdãos da relatoria dos Ministros GILMAR MENDES, SEPÚLVEDA PERTENCE e TEORI ZAVASCKI, unânimes em reconhecer que **“A COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA ATRAI PARA O TRIBUNAL RESPECTIVO A SUPERVISÃO DO INQUÉRITO POLICIAL”**.

Como de curial sabença, a prerrogativa de foro - a exemplo das demais garantias instituídas em favor de determinados agentes políticos, não foi concebida como mero privilégio pessoal. Sua finalidade maior - e sobre isso não paira qualquer divergência -, é a de garantir a independência e a inviolabilidade da atuação institucional. Longe de erigir uma casta de privilegiados, a prerrogativa de foro especial foi instituída, não sob a tacinha perspectiva do ocupante do cargo, mas, sim, com os olhos voltados para o interesse público, visando assegurar o seu bom exercício.

Assim não fosse, constituir-se-ia odioso discrimen que não encontra espaço na Carta da República, cujo estandarte dos direitos e garantias individuais deita raízes na igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF).

A construção pretoriana, determinativa da tramitação dos procedimentos Investigatórios perante o mesmo Órgão judiciário competente para o julgamento da futura ação penal, se faz imperiosa, sem dúvida, não para que se estabeleça uma censura prévia sobre os atos de investigação, de modo a garantir odioso “*bill de indenidade*” a determinados agentes políticos, mas, sim, com o escopo de assegurar-lhes a observância do princípio do Juiz Natural, a quem ficará confiado, desde logo, se necessário for, o exame da necessidade de afastar-se, ou não, eventuais garantias e direitos individuais, sempre em benefício das investigações.

Deveras, nada justificaria assegurar-se, ao agente político, o direito a julgamento perante uma Corte Superior e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, conferir-se o

controle de determinadas atividades investigatórias, tais como as medidas cautelares invasivas da privacidade do investigado -, essas, sim, peculiares à reserva de jurisdição - a um órgão judicial que integre as instâncias primárias.

A respeito do tema, trago à colação o autorizado magistério de PACELLI, em seu Curso de Processo Penal, publicado pela Ed. ATLAS, pág. 786, já em sua 19ª edição: **“A fase investigatória e, sobretudo, o Inquérito Policial, devem ter tramitação perante o próprio órgão de jurisdição competente para o processo e julgamento da ação penal. No caso de Inquérito Policial em que a tramitação ocorre necessariamente perante o Judiciário, por força de lei, os poderes de prorrogação do prazo de conclusão do procedimento, bem como todas as providências de natureza cautelar necessárias ao bom andamento das investigações, devem ser de iniciativa do Tribunal competente, e, mais precisamente, do relator a quem foi distribuído o Inquérito (art. 2º da Lei nº 8.038/90). Assim ocorrerá em relação aos mandados de busca e apreensão, à imposição das cautelares pessoais do art. 319 e 320 do CPP, à decretação da prisão preventiva, quando couber, ao relaxamento da prisão, à aplicabilidade da liberdade provisória”**.

E prossegue:

“Esclareça-se, no ponto, que, embora o Tribunal atue na supervisão e no controle da legalidade da investigação, não há que se falar na necessidade de autorização judicial para a instauração de Inquérito Policial. Supervisão, insista-se, não implica titularidade acerca da pertinência ou cabimento da investigação, mas, tão somente, o controle da sua legalidade”.

Em igual sentido é o ensinamento de AURY LOPES JR. e RICARDO JACOBSEN, em monografia especializada, ao reportarem-se ao valor probatório das investigações a cargo do MINISTÉRIO PÚBLICO.

“É importante destacar que os atos praticados no procedimento administrativo a cargo do MP devem obedecer estritamente ao mandamento constitucional do art. 5º, LV, assegurando-se ao sujeito passivo a assistência de defensor, acesso aos autos, e a possibilidade de pedir diligências. Qualquer ato que implique a restrição de direitos e a liberdade individual, tais como medidas cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica etc., dependerá de ordem judicial fundamentada, cabendo ao promotor solicitá-la ao juiz competente para conhecer da ação penal”.

Logo adiante acrescentam:

“Em outras palavras, sustentamos que o Promotor pode instaurar um procedimento administrativo pré-processual, com a finalidade de investigar a existência e a autoria do delito, mas respeitando a necessidade de prévia autorização judicial para aqueles atos que impliquem a restrição de direitos fundamentais”.

E concluem referidos doutrinadores, nos seguintes termos:

“Em síntese, o que pretendemos deixar claro é que não só o MP pode participar ativamente no inquérito policial como, também, de ofício, instaurar e conduzir sua própria investigação preliminar - procedimento administrativo pré-processual -, destinado a formar sua ‘opinio delicti’. Para isso, praticará por si mesmo os atos, requisitando o auxílio policial quando necessite e postulando junto ao juiz a necessária autorização judicial para aqueles atos de investigação que assim o exijam” (in *Investigação Preliminar no Processo Penal*, Saraiva, 6ª Ed., págs. 252 a 254).

Assim, na condição de *dominus litis*, cabe ao Procurador-geral de Justiça, em tais hipóteses, capitanear as investigações, socorrendo-se do Poder Judiciário tão só para

pleitear, junto ao Tribunal competente, as medidas constritivas que reputar necessárias ao bom êxito dos trabalhos investigatórios, as quais, por força de comando constitucional, se acham definitivamente acobertadas pela reserva de jurisdição.

Saliente-se, por oportuno, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pacificou o entendimento de que **a falta da adequada supervisão do Inquérito pela Corte competente pode levar à desconstituição de atos de investigação que dependem de intervenção judicial.**

Com efeito, o entendimento acima manifestado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL guarda estreita correlação com o tema debatido nestes autos. E mais: o Ministério Público, consoante alegações dos Impetrantes, sequer está conduzindo as investigações. Apenas levou ao conhecimento do Delegado de Paripiranga uma **notícia anônima**, pedindo, inclusive, que se atribua “caráter confidencial” ao documento, **“uma vez que ainda não há prova que possa sustentá-lo”** (fls. 19/23 e 27).

Com essas considerações, **DEFIRO A LIMINAR, determinando a suspensão da tomada de depoimento do Paciente pelo Delegado de Paripiranga e dos atos de investigação, até a decisão final do presente “writ of mandamus” pelo Órgão Colegiado competente – a Primeira Câmara Criminal**”.

Pois bem. A liminar foi deferida e determinada a suspensão da tomada de depoimento do Paciente pelo Delegado de Paripiranga e dos atos de investigação contra o Prefeito.

Colhidas as informações, a autoridade apontada coatora, o Delegado de Polícia Civil da Delegacia Territorial de Paripiranga/BA, informou que foi instaurado Inquérito Policial tombado sob o nº 41/2014, em razão do registro da ocorrência nº 306/2014 na Unidade Policial, relativo ao Homicídio Consumado, crime ocorrido por volta das 19:20h, do dia 02/05/2014, que teve como vítima o Sr. José Carlos Bezerra Carvalho e que o aludido procedimento apuratório não foi instaurado contra a pessoa do Excelentíssimo Prefeito Municipal, George Roberto Ribeiro Nascimento.

Todavia, no Inquérito Policial consta documento intitulado “Organograma dos Suspeitos de Envolvimento no Homicídio do Sr. José Carlos Bezerra Carvalho” onde se verifica o nome do Paciente, George Roberto Ribeiro Nascimento (fls. 14), Ofício do Ministério Público do Estado da Bahia, que incluiu o Paciente como um dos prováveis mandantes do crime (fls. 23) e documento que demonstra acesso pelo Delegado à REDE INFOSEG (ferramenta que disponibiliza informações de Segurança Pública do país).

É bem verdade que o Delegado de Polícia afirma, textualmente, que, em nenhum momento representara por qualquer medida relacionada ao Prefeito Municipal, limitando-se a expedir intimação para colher suas declarações, já que os envolvidos no crime tinham ligação com o Chefe do Executivo Municipal.

Denota-se, entretanto, do exame do Mandado de Intimação de fls. 11, que aludida convocação se deu sob as penas de condução coercitiva e de prática de crime de desobediência tipificado no art. 330 do CP.

Não há dúvida, portanto, de que a autoridade policial exorbitou das suas atribuições ao pretender colher declarações do Prefeito, titular de foro privilegiado por prerrogativa de função, acerca de crime de homicídio, constrangimento esse somente possível com supervisão do Procurador Geral de Justiça e autorização deste Tribunal, quando envolver atos sujeitos à reserva de jurisdição.

Deveras, diante da prerrogativa constitucional (art. 29, X) de competir ao Tribunal de Justiça o julgamento de Prefeitos, a fase investigatória merece a supervisão do citado Órgão, especialmente para atos de reserva de jurisdição.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. CRIME PREVISTO NO DECRETO-LEI N.º 201/67. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PELA AUTORIDADE POLICIAL LOCAL, POR REQUISIÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PROCESSAMENTO DO INQUÉRITO SEM SUPERVISÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA, EM VIRTUDE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO INVESTIGADO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Não configura nulidade a mera instauração do inquérito policial contra Prefeito pela Autoridade Policial, especialmente se se considerar que, na espécie, a instauração decorreu da requisição da Procuradoria-Geral de Justiça, órgão competente para o oferecimento da denúncia. 2. **O processamento do inquérito policial instaurado para investigar suposto delito envolvendo Prefeito perante a Autoridade Policial, sem qualquer supervisão do Tribunal de Justiça, torna nulas as provas obtidas durante a fase extrajudicial e, consequentemente, a denúncia fundada nos elementos colhidos no inquérito.** 3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para anular a denúncia, a decisão que a recebeu, bem como os atos de investigação realizados sem a supervisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sem prejuízo de que sejam retomadas as investigações perante a autoridade agora competente. (STJ - HC: 205721 PR 2011/0100851-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2013). Grifei.

Em face do exposto, acolhendo o parecer ministerial, voto no sentido de ratificar parcialmente a liminar concedida **para assegurar ao Paciente, querendo, o direito de não atender à convocação do Senhor Delegado de Polícia para prestar depoimento nos autos do referido Inquérito, determinando, outrossim, à autoridade coatora que se abstenha de praticar quaisquer atos de investigação em face do Prefeito do Município de Paripiranga, salvo com prévia e expressa supervisão do Exmº Sr. Procurador Geral de Justiça e autorização deste Tribunal, especialmente em relação aos atos sujeitos à reserva de jurisdição.**

TJBA, Habeas Corpus n.º 0011480-38.2015.8.05.0000, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Relator (a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 03.09.2015

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PACIENTE QUE SE ENCONTRA EM GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. PLEITO DE INTERROGATÓRIO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O pedido de determinação de abstenção, pela Magistrada, de decretação da prisão preventiva não procede, uma vez que a advertência proferida por esta foi genérica e sequer concretizou-se, mesmo ultrapassada a data do interrogatório.

Diante da lacuna da legislação processual penal pátria, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao admitirem a efetivação do interrogatório do acusado mediante a utilização de carta precatória em situações extraordinárias como a exposta nos autos, em que o local de domicílio do réu (Trindade/GO) dista,

aproximadamente, 1.679 (mil seiscentos e setenta e nove) quilômetros da sede do juízo perante o qual se processa a ação penal (Monte Santo/BA).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº. 0011480-38.2015.8.05.0000, da Comarca de Monte Santo - BA, tendo como impetrante EMERSON THADEU VITA FERREIRA e como paciente DARLAN AMARAL PEREIRA.

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 CONCEDER PARCIALMENTE a ordem, a fim de determinar a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, tendo por base o endereço fornecido por ele nos autos da ação penal.

RELATÓRIO

O Bel. EMERSON THADEU VITA FERREIRA ingressou com habeas corpus em favor de DARLAN AMARAL PEREIRA, apontando como autoridade coatora a MM. JUÍZA DE DIREITO DA VARA CRIMINAL da comarca de MONTE SANTO/BA.

Relatou que o paciente foi denunciado pela prática do delito capitulado no art. 157, § 2º, incisos I e II, *c/c* o art. 288, *caput*, ambos do Código Penal.

Informou que foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 28/05/2015, momento em que serão realizados os interrogatórios dos réus.

Aduziu que o acusado foi informado, por meio de contato telefônico, que, se não comparecesse à assentada designada para o dia acima mencionado, seria decretada a sua prisão preventiva.

Asseverou que o paciente reside na cidade de Trindade, que fica no estado de Goiás, não podendo arcar com os custos de uma viagem até a comarca de Monte Santo.

Sustentou ter sido informado, nos autos da ação de primeiro grau, o endereço atual do acusado, razão pela qual é seu direito ser ouvido no local de seu atual domicílio.

Afirmou que a MM. Juíza *a quo*, tendo ciência dos fatos, teria prolatado uma decisão, afirmando que a defesa do paciente estaria tentando conturbar o andamento do feito e reiterando que a ausência do acusado implicaria a decretação do cárcere provisório.

Suscitou que deve ser admitido o interrogatório do paciente por intermédio de carta precatória, em respeito ao princípio da ampla defesa.

Pontuou que, ao contrário do quanto assinalado pela Magistrada de primeiro grau, a defesa não pleiteou o interrogatório por carta precatória às vésperas da audiência designada.

Pugnou, por fim, pela concessão, em caráter liminar, do *mandamus* e consequente determinação para que a MM. Juíza da causa abstenha-se de decretar a prisão preventiva do paciente, na hipótese de ausência deste, determinando-se também, desde já, a realização do interrogatório do acusado mediante carta precatória, requerendo que a ordem seja confirmada no julgamento do mérito.

Juntou os documentos de fls. 07/24.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 27/28), oportunidade em que foram solicitadas informações à autoridade impetrada, que as apresentou às fls. 30/33.

A Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 35/38, da lavra da ilustre Dra. Sônia Maria da Silva Brito, pugnou pela denegação do *writ*.

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado com o fito de obter o deferimento da oitiva do paciente por carta precatória, alegando, em síntese, que este mudou-se para o estado de Goiás e avisou, nos autos da ação penal, seu novo endereço, não tendo condições financeiras de comparecer perante a Magistrada a quo, tendo esta indeferido o seu interrogatório no local de sua nova residência e alertado sobre a possibilidade de decretação do cárcere provisório, no caso de não comparecimento aos atos processuais.

Inicialmente, convém salientar que a MM. Juíza de primeiro grau esclareceu, às fls. 31/33, que não afirmou que decretaria a prisão do paciente na hipótese de este não comparecer à audiência, mas, sim, fez uma advertência genérica, de que isso poderia acontecer, tal como o faz em todas as demais ações penais. Dessa forma, no que concerne a este ponto da impetração, não se constata ilegalidade passível de ser combatida pela via do writ, visto que, mesmo ultrapassada a data do interrogatório, o cárcere preventivo sequer chegou a ser decretado.

Entretanto, no que tange à possibilidade de realização do interrogatório do paciente por meio de carta precatória, a pretensão do impetrante merece acolhimento.

Como é cediço, o interrogatório do réu, em regra, deve ser realizado perante o Magistrado da causa. Todavia, residindo o denunciado em local distante da sede do juízo e não tendo condições de arcar com os custos de uma viagem para o mencionado local, mostra-se mais consentâneo com o princípio do devido processo legal e da ampla defesa a efetivação do referido ato processual mediante a expedição de carta precatória.

Diante da lacuna da legislação processual penal pátria, doutrina e jurisprudência são unânimes ao admitirem a efetivação do interrogatório do acusado mediante a utilização de carta precatória em situações extraordinárias como a exposta nos autos, em que o local de domicílio do réu (Trindade/GO) dista, aproximadamente, 1.679 (mil seiscentos e setenta e nove) quilômetros da sede do juízo perante o qual se processa a ação penal (Monte Santo/BA).

Fernando da Costa Tourinho Filho (in Processo Penal, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 177), a respeito, leciona que:

“caberia ao próprio juízo processante interrogar o réu, quando, então, teria mais oportunidade para conhecer-lhe a personalidade, circunstância importante para a individualização da pena. Mas, como sabemos, a realidade brasileira é outra... O que vemos, na prática, é um juiz proceder ao interrogatório, outro à instrução e, finalmente, um outro, que sequer praticou qualquer ato instrutório, prolatar a sentença... Sendo assim, que diferença faz ser ouvido pelo juiz da causa ou deixar de sê-lo? Inobstante isso, ainda entendemos deva o réu ser ouvido pelo juízo processante. Tal circunstância, entretanto, não pode ser imperativa. Deve, mas, não sendo possível, é perfeitamente defensável seu interrogatório na comarca do seu domicílio.”

Além disso, a oitiva de testemunhas, por exemplo, pode realizar-se mediante carta precatória (consoante previsto no artigo 222 do Código de Processo Penal), não se vislumbrando motivos que vedem o mesmo procedimento, desde que em hipóteses excepcionais, no caso de inquirição do próprio acusado que, impossibilitado pelas circunstâncias territoriais e/ou econômicas, não possa comparecer perante o Juiz da causa.

Assim, nada obsta que, por aplicação analógica, expressamente admissível (artigo 3º do CPP), se estenda a regulamentação legal do artigo 222, prevista para a inquirição de testemunhas, a uma situação semelhante (interrogatório do acusado), sempre que um ponto comum identificar ambas as hipóteses: pessoas residentes em Comarcas distantes, que não aquela em que se situa a

sede do juízo; dificuldades materiais, ou de outra natureza, acarretando a necessidade de assim proceder-se.

Sendo o interrogatório ato processual obrigatório, cumpre ao Juiz não inviabilizar indiretamente a sua realização, naqueles casos em que as grandes distâncias (peculiaridade do Brasil) tornem praticamente impossível o deslocamento do acusado, nos prazos estipulados ou mesmo depois, por ausência de recursos ou por outras razões.

Nessas hipóteses, o cumprimento do formalismo rígido implicaria negar ao réu a faculdade de oferecer a sua versão dos fatos, impondo-lhe as consequências de uma revelia involuntária. Isso poderia configurar, inclusive, cerceamento de defesa. Se o interrogatório feito por outro Juiz não é a solução ideal, pior poderá ser a não realização de qualquer interrogatório, com a revelia disso resultante e suas consequências processuais.

Também o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de assentar que:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. INTERROGATÓRIO. CARTA PRECATÓRIA. RÉU PRESO EM COMARCA DIVERSA DA DO CRIME. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL. INEXISTÊNCIA. NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, DESDE O INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, DENEGADA. 1. **Não há ofensa, na hipótese, ao Princípio do Juiz Natural, uma vez que o Supremo Tribunal Federal e esta Corte Superior possuem jurisprudência no sentido de ser admitido o interrogatório de Réu, preso em Comarca distinta da do delito, mediante carta precatória.** 2. Como cediço, vigora, no processo penal pátrio, o princípio do *pas de nullité sans grief*, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” 3. Na hipótese, a Defesa não se desincumbiu de demonstrar a ocorrência de prejuízo passível de macular a instrução criminal. Ao contrário, não se vislumbra qualquer ofensa ao Paciente, por conta do interrogatório realizado mediante precatória. Ato no qual foi devidamente assistido por defensora constituída, que, na ocasião, nenhuma nulidade arguiu. 4. Se a condenação imposta ao Paciente transitou em julgado, fica prejudicada a questão referente ao direito de recorrer em liberdade. 5. Ordem parcialmente prejudicada e, no mais, denegada. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/05/2011, T5 - QUINTA TURMA) (grifo nosso)

Assim, não se vislumbrando qualquer irregularidade processual decorrente da depreciação do ato, impõe-se a realização do interrogatório do acusado pelo juízo mais próximo de sua residência, inclusive em atenção aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INTERROGATÓRIO DO RÉU VIA CARTA PRECATÓRIA. CABIMENTO EM CASOS EXCEPCIONAIS. PROVIMENTO Nº 5 DA CORREGEDORIA-GERAL DO TRF4ª REGIÃO. 1 - **É pacífico o entendimento de que o sistema processual penal de hoje não acolhe o princípio da identidade física do juiz.** 2 - **Não há óbice de que o interrogatório do réu seja realizado por outro julgador, via carta precatória. Sucede que isto não constitui direito ordinariamente deferido ao acusado, devendo ser determinado apenas em casos excepcionais, como na hipótese de réu preso, doente, que não tenha condições econômicas de arcar com os gastos do deslocamento, quando as dis-**

tâncias entre os juízos for muito grande e em outros casos que a tais exemplos se assemelhem (Precedentes da Corte e do STJ). 3 - O Provimento nº 5, em seu artigo 276, da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, autoriza o interrogatório do réu por carta precatória, sempre condicionada à conveniência do juiz processante, baseado na busca da verdade real e presunção da amplitude defensiva, somente devendo ser devolvida após a defesa prévia ou certificado o decurso de prazo para sua apresentação.

(TRF-4 - CC: 23872 PR 2005.04.01.023872-2, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 16/03/2006, QUARTA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 29/03/2006 PÁGINA: 571) (original sem grifos)

Todavia, embora deva ser concedido o direito de o paciente ser interrogado por meio de carta precatória, se o meirinho do juízo deprecado não o encontrar no endereço declinado nos autos, a Magistrada *a quo* poderá, se assim entender, decretar a prisão preventiva do paciente ou mesmo voltar a indeferir o interrogatório deste por carta precatória, visto que não terão sido observadas a lealdade e a boa-fé processuais.

Ante o exposto, por total desamparo fático e jurídico das razões aduzidas, apesar do parecer da Procuradoria de Justiça em sentido contrário, CONHEÇO deste *habeas corpus* para CONCEDÊ-LO PARCIALMENTE, a fim de determinar a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, tendo por base o endereço fornecido por ele nos autos da ação penal.

TJBA, Habeas Corpus n.º 0007252-88.2013.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 18.06.2013

HABEAS CORPUS. CRIMES DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. OMISSÃO DE SOCORRO E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. ARTIGOS 303, PARÁGRAFO ÚNICO, 304, 305 E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB. ABSORÇÃO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PARECER DA PROCURADORIA PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. 1- **Cuida-se de habeas corpus manejado no intuito de trancar a ação penal sob o fundamento de que os fatos narrados na denúncia não constituiriam crime, uma vez que, no entender da Defesa, os fatos narrados na denúncia noticiam a ocorrência de um acidente automobilístico no qual a genitora da vítima não demonstrou interesse em representar criminalmente em face do paciente, faltando-lhe assim condição de procedibilidade necessária para que o Ministério Público desse prosseguimento ao feito, uma vez que o delito de lesão corporal culposo na direção de veículo automotor prevê, como causas especiais de aumento da pena, os demais delitos dos artigos 304 (omissão de socorro), 305 (Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente,) e 309 (dirigir sem habilitação) da Lei 9053/1997, absorvendo-os.**

2 - Por meio do disposto nos artigos 304, 305 e 309 do CTB, pretendeu o legislador punir não apenas o fato de o acusado omitir socorro e de dirigir sem habilitação, mas também a efetivação, por parte do agen-

te, do perigo de dano, que, no caso, foi produzido pelo agente quando, ao conduzir veículo sem estar habilitado, causou lesão corporal culposa em terceiro (Art. 303, parágrafo único, do CTB). Contudo, extinta a punibilidade em face da renúncia expressa da genitora da vítima (menor de idade) ao direito de representar contra o paciente pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, qualificada pela falta de habilitação e omissão de socorro, configura-se constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal instaurada contra ele pelo crime menos grave de direção inabilitada e omissão de socorro, absorvidos que foram por aquele, de maior gravidade lesão corporal culposa na direção de veículo).

3- Desta forma, julgo extinta a punibilidade do paciente também pelo delitos dos arts. 304, 305 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Diante do exposto, concedo a ordem, para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos *habeas corpus* nº. 0007252-88.2013.8.05.0000, da comarca de Juazeiro, em que é impetrante o Bel. Hélio Soares Junior e paciente Antonio Alves da Silva Filho.

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade de votos, conceder a ordem pleiteada, nos termos do voto do relator adiante escandidos.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com *pedido liminar*, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, em favor de **ANTONIO ALVES DA SILVA FILHO**, apontando como Autoridade Coatora o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Juazeiro.

Narra a denúncia que, no dia 19 de julho de 2009, por volta das 16:30 horas, o paciente conduzia uma motocicleta, sem a devida habilitação, momento no qual teria atropelado o menor Jeferson Murilo Santos Pinheiro, ocasião em que supostamente deixou de prestar socorro à vítima, afastando-se do local do acidente.

Diante dos fatos o paciente foi denunciado como incurso nas penas dos artigos 304, 305 e 309 da Lei nº 9503/97.

A defesa sustenta a atipicidade das condutas praticadas pelo paciente, em relação ao art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que, de acordo com os elementos indiciários dos autos, o acusado dirigiu-se a sua casa na intenção de chamar o SAMU e assim o fez, pois mora perto do local do acidente e encontrara-se sem aparelho celular no momento. Insta destacar ainda que ocorreu a extinção da punibilidade do crime de lesão corporal, devido a ausência de representação por parte da vítima, motivo pelo qual não se deve prosseguir quanto ao crime de omissão de socorro, tendo em vista que, em relação à conduta de maior gravidade, foi absorvido.

Já em relação ao artigo 309 do CTB, verifica-se que, para sua imposição, é necessária comprovação do perigo de dano concreto, não bastando o simples perigo abstrato, não basta ao acusado apenas comprovar que está sem habilitação, o tipo penal exige algo a mais para a caracterização do perigo pressuposto pelo legislador. Demonstra-se que o simples fato de dirigir veículo automotor sem habilitação representa apenas infração administrativa. Para configuração do crime

previsto no art. 309 da Lei nº 9053/1997, é necessário que o guiador do veículo, além da falta de habilitação, revele perigo concreto de dano pela maneira anormal de dirigir.

Infer-se que o dispositivo do art. 305 do Código de Trânsito conflita com o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, constitucionalmente assegurado, decorrente das garantias do devido processo legal e ampla defesa, bem como a presunção de inocência.

No mérito, quer o reconhecimento da atipicidade das condutas praticadas pelo paciente, ou para extinguir a punibilidade do mesmo em relação aos delitos previstos nos arts. 304 e 309 do Código de trânsito Brasileiro, em razão da ocorrência da decadência (art. 107, inciso. V, do CP) determinando o trancamento da ação penal.

Requer, enfim, a concessão liminar da ordem, presentes os requisitos próprios e sua confirmação no mérito.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 15/46.

A medida liminar foi negada às fls.48/49.

As informações requisitadas foram apresentadas, às fls. 51/52, relatando que

“Segundo o Inquérito Policial que lastreia a denúncia do Órgão Ministerial, no dia 19.07.2009, por volta das 16:30h, na avenida principal do bairro Piranga II, nesta, próximo a um ponto de ônibus, o ora paciente conduzia a motocicleta marca Honda, CG 125 FAN, azul, placa policial JPZ 5894, sem possuir habilitação para dirigir, gerando perigo de dano quando atropelou Jeferson Murilo Santos Pinheiro, então com quatro anos de vida, ocasião em que deixou de prestar socorro à vítima e se afastou do local do acidente para se eximir à responsabilidade civil ou penal.

Em razão dos fatos acima narrados, o Órgão Ministerial, no dia 14.03.2011 ofereceu denúncia em face do acusado.

A denúncia foi recebida no dia 20.06.2011, oportunidade em que foi determinada a citação do inculcado, não tendo sido, contudo, por lapso cartorário, expedido mandado de citação.

Em 26.11.2012, o ora paciente compareceu ao cartório desta vara, sendo, então, citado, não tendo, até então, apresentado a resposta à acusação.

Ademais, sendo que os presentes autos só me vieram conclusos nesta data, foi, hoje, determinada a intimação da Defensoria Pública a fim de que apresente a defesa do denunciado.

No mais, frise-se que, na peça, a defesa ataca a inconstitucionalidade do art. 305 do Código de trânsito, muito embora não o tenha feito incidentalmente nos presentes autos; a suposta decadência do crime do art. 304 do CTB, tendo em vista que não houve representação pelo suposto crime do art. 303 do mesmo diploma, bem como a “decadência” (nem entendi) do crime de ação penal pública incondicionada, alegando a ausência do “PERIGO DE DANO”, sendo que houve lesão a um transeunte.”

Instada a se manifestar, a Ilustre Procuradora de Justiça Lícia Maria de Oliveira, às fls. 55/60, à luz dos argumentos apresentados, opinou pelo conhecimento e concessão da ordem.

É o breve relatório dos autos.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* manejado no intuito de trancar a ação penal sob o fundamento

de que os fatos narrados na denúncia não constituiriam crime, uma vez que, no entender da Defesa, os fatos narrados na denúncia noticiam a ocorrência de um acidente automobilístico no qual a genitora da vítima não demonstrou interesse em representar criminalmente em face do paciente, faltando-lhe assim condição de procedibilidade necessária para que o Ministério Público desse prosseguimento ao feito, uma vez que o delito de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor absorve os demais delitos dos artigos 304, 305 e 309 da Lei 9053/1997.

Consta dos autos que o paciente teria infringido, em tese, os artigos 304, 305 e 309, do CTB. Recebida a denúncia pelos preditos artigos, extinta a punibilidade do paciente com relação ao delito do art. 303, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro, diante da ausência de representação da genitora da vítima, ao contrário dos fatos, a Defensoria Pública discordou da decisão de recebimento da denúncia, sob o argumento de que não se pode punir como crimes autônomos fatos considerados como causas especiais de aumento da pena.

Revela-se dos autos que o paciente teria infringido, em tese, os artigos 304, 305 e 309, Lei n.º 9503/1997, o quais, assim dispõe:

Art. 302..

...Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Merece prosperar a irresignação.

O artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro – lesão corporal culposa na direção de veículo automotor – prevê, como causas especiais de aumento da pena, a circunstância de estar o agente dirigindo sem habilitação e deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

Tendo sido declarada extinta a punibilidade do paciente do delito descrito no art. 303 do

CTB, por ausência de representação da vítima, no caso, a genitora do menor de idade, às fls.16 e 27, não há de se falar em subsistência dos delitos dos arts. 304 (Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima); art. 309 (dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano) e muito menos do art. 305 (Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída) por ser mero ato executório do delito de omissão de socorro, os quais restaram absorvidos pelo de maior gravidade.

Assim, se a vítima dá causa à extinção da punibilidade porque não se interessa em representar contra o agente causador da lesão corporal culposa, que é delito de dano, ficam afastadas as normas incriminadoras da falta de habilitação e omissão de socorro, que descrevem crime de perigo contra o mesmo bem jurídico tutelado.

Cito, aliás, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, *verbis*:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO VEÍCULO AUTOMOTOR. DIREÇÃO INABILITADA. LESÃO CORPORAL. FALTA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. (ARTIGOS 303, PARÁGRAFO ÚNICO, E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). 1. Extinta a punibilidade do réu acusado da prática do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, por ausência de representação da vítima, não há que se falar em ação penal pelo cometimento do delito de direção inabilitada, que, no caso, fica absorvido por aquele. 2. Precedentes. 3. Ordem concedida.” (HC 16.771/MG, DJ de 05/11/2001, Rel. Min. Paulo Gallotti). “

E M E N T A: HABEAS CORPUS - DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - MOTORISTA NÃO HABILITADO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - LESÕES CORPORAIS CULPOSAS - VÍTIMA QUE NÃO OFERECE REPRESENTAÇÃO DENTRO DO PRAZO LEGAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE - ABSORÇÃO DO CRIME DE PERIGO (CTB, ART. 309) PELO DELITO DE DANO (CTB, ART. 303) - PEDIDO DEFERIDO. - O crime de lesão corporal culposa, cometido na direção de veículo automotor (CTB, art. 303), por motorista desprovido de permissão ou de habilitação para dirigir, absorve o delito de falta de habilitação ou permissão tipificado no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. - Com a extinção da punibilidade do agente, quanto ao delito tipificado no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (crime de dano), motivada pela ausência de representação da vítima, deixa de subsistir, autonomamente, a infração penal prevista no art. 309 do CTB (crime de perigo). Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.” (HC 80.303/MG, DJ de 10/11/0, Rel. Min. Celso de Mello).

Por meio do disposto nos artigos 304, 305 e 309 do CTB, pretendeu o legislador punir não apenas o fato de o acusado omitir socorro e de dirigir sem habilitação, mas também a efetivação por parte do agente do perigo de dano, que, no caso, foi produzido pelo agente quando, ao conduzir veículo sem estar habilitado, causou lesão corporal culposa em terceiro (Art. 303, parágrafo único, do CTB). Extinta a punibilidade em face da renúncia expressa da vítima ao direito de representar contra o paciente pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, qualificada pela falta de habilitação, configura-se constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal instaurada contra ele pelo crime menos grave de direção inabilitada ou omissão de socorro, absorvidos que foram por aquele, de maior gravidade lesão corporal culposa na direção de veículo.

Desta forma, julgo extinta a punibilidade do paciente também pelo delitos dos arts. 304, 305 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro. Diante do exposto, concedo a ordem, para trancar a ação penal.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0000019-45.2003.8.05.0144, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 21.08.2014

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ACUSADO CONDENADO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CORRESPONDENTE A 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA, CADA UM À RAZÃO DE ½ (METADE) DO SALÁRIO MÍNIMO NA DATA DO FATO, E À INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, DURANTE UM PERÍODO DE 05 (CINCO) ANOS, PELOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 1º, INCISO V DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART.297 DO CP - ORDENAR OU EFETUAR DESPESAS NÃO AUTORIZADAS POR LEI, OU REALIZAÇÕES EM DESACORDO COM AS NORMAS FINANCEIRAS PERTINENTES, E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, RESPECTIVAMENTE.

FATO: no dia 17 de junho de 2002, o ora apelante, então prefeito da Comarca processante – Jitaúna/Ba -, criou e sancionou uma falsa lei municipal, sem qualquer aprovação da Câmara de Vereadores, com o escopo de justificar, perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, o alto montante de créditos suplementares abertos pelo executivo municipal.

Segundo consta dos autos, em 11 de julho de 2002, o ora apelante submeteu à apreciação da Câmara de Vereadores o Projeto de Lei nº 020/02, que autorizava uma suplementação do orçamento do ano de 2002 em 50% (cinquenta por cento), tendo o Legislativo Municipal aprovado o aludido projeto com emenda modificativa apresentada por alguns edis, autorizando o Poder Executivo a suplementar o orçamento daquele ano em até 25% (vinte e cinco por cento).

Entretanto, analisando o balancetes da Prefeitura Municipal de Jitaúna em poder do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, os vereadores daquele município constataram que o valor dos créditos suplementares abertos pelo Executivo Municipal superava o montante de 25% (vinte e cinco por cento) autorizado por lei.

Questionado por alguns edis acerca do fato, o TCM enviou aos mesmos fotocópia de um a Lei de nº 084/02, a qual permitia que o orçamento do Município de Jitaúna fosse suplementado em mais 85% (oitenta e cinco por cento), ao invés dos 25% (vinte e cinco por cento) aprovados pela Câmara Municipal daquele município. Sucede que jamais tramitou na Câmara de Vereadores a precitada Lei, que foi falsificada pelo denunciado, com o fito de legalizar a abertura de créditos suplementares.

Portanto, o acusado, prevalecendo-se da sua condição de prefeito, teria criado materialmente a falsa lei nº 084/02, sancionando-a e utilizando-a perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

RAZÕES DA APELAÇÃO DO ACUSADO:

1. DAS PRELIMINARES DE MÉRITO:

1.1. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO, PELO PARQUET DE 1ª INSTÂNCIA, DA DENÚNCIA OFERECIDA NA 2ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

No caso dos autos, não se observa vício algum quanto ao alegado pela defesa, já que o ora apelante, à época, era prefeito e, de acordo com o previsto na Constituição Federal, gozava da prerrogativa de foro, isto é, só poderia ser julgado pelo Tribunal de Justiça por delitos porventura cometidos.

Por sua vez, a denúncia contra o apelante foi então oferecida pela Procuradoria de Justiça, e recebida, por unanimidade, ressalte-se, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 23/08/2002 (fls.113/117).

O processo, então, começou a correr perante a Segunda Instância até que o ora apelante deixou de ser prefeito, e, com isso, o feito foi encaminhado à 1ª instância (fls.149/150), onde continuou o seu curso normal até a prolação da sentença condenatória.

Assim, ao contrário do que assevera a defesa, todos os atos processuais são plenamente válidos, tendo sido realizados em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como às leis processuais vigentes à época do recebimento da denúncia.

Por outro lado, a exigência de ratificação da denúncia recebida pelo TJ/BA por parte do Promotor de Justiça é absolutamente desnecessária, visto que não há qualquer previsão legal nesse sentido, seja nas leis processuais, seja na jurisprudência pátria.

Da mesma forma, também é absolutamente desnecessária a ratificação da denúncia pelo Promotor de Justiça que passou a atuar no feito, já que a peça acusatória já havia sido recebida pelo órgão jurisdicional à época competente para fazê-lo. Precedentes jurisprudenciais. Pleito rejeitado.

1.2. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Como está configurado o concurso de crimes no feito em apreço, o art.119 do CP prevê que a prescrição incidirá sobre a pena de cada um deles isoladamente, o que resulta num prazo prescricional de 08 (oito) anos para cada delito pelo qual o apelante foi condenado.

Assim, já que, de 23/11/2004 a 07/03/2012, não se observa o mencionado interstício de 08 (oito) anos, o presente feito não foi atingido pela advenção da prescrição em nenhuma das suas espécies. Pleito rejeitado.

2. DO MÉRITO:

2.1. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE PELA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA E DOLO NA CONDUTA DELITUOSA IMPUTADA AO APELANTE. IMPOSSIBILIDADE.

De início, dispensáveis maiores divagações acerca da materialidade delitiva, claramente comprovada, através dos documentos cuidadosamente autenticados, às fls. 25, 86, 86v.

No que se refere à autoria delitiva, está devidamente comprovado nos fólios que, em suma, o apelante falsificou totalmente, e às escâncaras, lei municipal para autorizar a abertura de crédito orçamentário em pleno desacordo com as normas financeiras pertinentes, e, no mesmo ensejo, induziu a erro o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Frise-se que a referida lei nunca existiu, isto é, nunca seguiu o processo legislativo afeito à elaboração de qualquer lei ordinária, previsto minuciosamente na Constituição Federal. Esta foi criada e sancionada pelo Executivo municipal, cujo chefe era o ora apelante, sem qualquer tramitação prévia no Poder Legislativo da Comarca processante, o que caracteriza a explícita falsificação da referida espécie normativa, haja vista que a mesma foi tratada como se lei fosse, apesar de, na verdade, ser simplesmente uma não lei, isto é, um ato desprovido de qualquer legalidade, validade, eficácia e legitimidade.

E, para comprovar tal assertiva, e ainda se afastar de vez a tese defensiva da ausência de dolo por parte do réu, atente-se para o inusitado documento acostado às fls. 18, no qual o próprio Presidente da Câmara Municipal de Jitaúna-Ba desmente categoricamente o apelante, ao afirmar, sem hesitações, que não houve o oferecimento de qualquer projeto de lei, e muito menos a sua tramitação, acerca de qualquer pedido de suplementação em mais 85% (oitenta e cinco por cento) do orçamento municipal.

Tais declarações são a maior prova – e a derradeira – da prática escandalizada dos crimes em apreço pelo apelante, o que derruba de uma vez por todas a tese de que o mesmo agiu sem dolo.

E como se não bastasse, o próprio apelante, em Juízo (fls.115/116), ao ser confrontado com a realidade comprovada nos autos, usou a clássica defesa, muito difundida na atualidade, de que assinou a falsa lei, dentre vários outros documentos, sem lê-los.

Em suma, é possível concluir que toda a documentação que respalda as teses de defesa contém informações falsas, contraditadas por outros elementos probatórios trazidos aos autos, não restando outro caminho que não seja o de referendar a sentença condenatória ora vergastada. Condenação mantida. Pleito rejeitado.

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO E SEU IMPROVIMENTO.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, NA ESTEIRA DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. PORÉM, DE OFÍCIO, SEJA RECONHECIDO O ERRO MATERIAL NA SENTENÇA DE PISO E, POR SUA VEZ, SEJA RETIFICADA A SANÇÃO TOTAL DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA IMPOSTA AO APELANTE, SEPARANDO-SE A PENA REFERENTE À DE RECLUSÃO E A PENA REFERENTE À DE DETENÇÃO, RESULTANDO NA SANÇÃO DEFINITIVA CORRESPONDENTE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 07 (SETE) ANOS, PORÉM SENDO ESTA FRACIONADA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA, E MAIS 03 (TRÊS) ANOS DE DETENÇÃO, AMBAS PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVIS-

TOS NO ART.1º, INCISO V DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 297 DO CP, RESPECTIVAMENTE. CONSEQUENTEMENTE, TAMBÉM DE OFÍCIO, SEJA MODIFICADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PARA O REGIME SEMIABERTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000019-45.2003.8.05.0144, da Vara Crime da Comarca de Jitaúna - Ba, em que figuram, como apelante, o Sr. ADEILSON SILVA RAMOS, 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. PORÉM, DE OFÍCIO, ACORDAM EM RECONHECER O ERRO MATERIAL NA SENTENÇA DE PISO E, POR SUA VEZ, EM RETIFICAR A SANÇÃO TOTAL DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA IMPOSTA AO APELANTE, SEPARANDO-SE A PENA REFERENTE À RECLUSÃO E A PENA REFERENTE À DETENÇÃO, RESULTANDO NA SANÇÃO DEFINITIVA CORRESPONDENTE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 07 (SETE) ANOS, PORÉM SENDO ESTA FRACIONADA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA, E MAIS 03 (TRÊS) ANOS DE DETENÇÃO, AMBAS PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ART.1º, INCISO V DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 297 DO CP, RESPECTIVAMENTE. CONSEQUENTEMENTE, TAMBÉM DE OFÍCIO, SEJA MODIFICADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PARA O REGIME SEMIABERTO. E o fazem pelas razões a seguir:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ADEILSON SILVA RAMOS (fls.192/210), nos autos de nº 0000019-45.2003.8.05.0144, em face da sentença prolatada pelo Juízo da Vara Crime da Comarca de Jitaúna - Ba (fls.186/189).

A referida decisão, ao acolher parcialmente a denúncia, condenou o réu ADEILSON SILVA RAMOS à pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada um à razão de 1/2 (metade) do salário mínimo na data do fato, pela prática dos delitos capitulados nos art. 1º, inciso V do DL 201/67 c/c art.297 do CP - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes e falsificação de documento público, respectivamente.

Narra a exordial acusatória, às fls. 02/06, que:

“[...] No dia 17 de junho de 2002, o denunciado criou e sancionou uma falsa lei municipal, sem qualquer aprovação da Câmara de Vereadores, com o escopo de justificar, perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, o alto montante de créditos suplementares abertos pelo executivo municipal.

Segundo consta dos autos, em 11 de julho de 2002, o denunciado submeteu à apreciação da Câmara de Vereadores o Projeto de Lei nº 020/02, que autorizava uma suplementação do orçamento do ano de 2002 em 50% (cinquenta por cento), tendo o Legislativo Municipal aprovado o aludido projeto com emenda modificativa apresentada por alguns

edis, autorizando o Poder Executivo a suplementar o orçamento daquele ano em até 25% (vinte e cinco por cento).

Entretanto, analisando o balancetes da Prefeitura Municipal de Jitaúna em poder do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, os vereadores daquele município constataram que o valor dos créditos suplementares abertos pelo Executivo Municipal superava o montante de 25% (vinte e cinco por cento) autorizado por lei.

Questionado por alguns edis acerca do fato, o TCM enviou aos mesmos fotocópia de um a Lei de nº 084/02, a qual permitia que o orçamento do Município de Jitaúna fosse suplementado em mais 85% (oitenta e cinco por cento). Sucede que jamais tramitou na Câmara de Vereadores a precitada Lei, que foi falsificada pelo denunciado, com o fito de legalizar a abertura de créditos suplementares.

Portanto, o acusado, prevalecendo-se da sua condição de prefeito, criou materialmente a falsa lei nº 084/02, sancionando-a e utilizando-a perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

Assim procedendo, o denunciado infringiu o art. 1º inciso V do Decreto-Lei nº 201/67, c/c arts. 297, caput e parágrafo primeiro, 304 e 69, todos do CP., [...].”

Nas suas razões de apelação (fls.192/210), a defesa requer, preliminarmente, a nulidade da sentença recorrida, em razão da inexistência de denúncia no caso em tela. Segundo alega, a peça acusatória oferecida na segunda instância deveria ter sido ratificada pelo Promotor de Justiça atuante na 1ª instância, o que não foi feito, de modo que inexistia petição inicial.

Ademais, sustentou também a prescrição da pretensão punitiva, isto é, que entre a data da ocorrência dos fatos típicos (17/07/2002) e a prolação da sentença condenatória (07/03/2012) decorreram mais de 08 (oito) anos, acarretando a prescrição da pretensão punitiva.

No mérito, alega a ausência de materialidade delitiva, eis que a lei encaminhada para o Tribunal de Contas dos Municípios não seria falsa, mas sim verdadeira, conforme comprovam os documentos acostados nos autos no curso da instrução, dentre os quais o suposto ofício de encaminhamento do projeto de lei ao prefeito, assinado pelo então presidente da Câmara de Vereadores.

Por outro lado, defende também a ausência de dolo em sua conduta. Isso porque o supra-mencionado ofício teria encaminhado ao gabinete do prefeito um projeto de lei em que constava a autorização de créditos suplementares em até 85% (oitenta e cinco por cento) das despesas fixadas. Assim, o então prefeito teria se limitado a sancionar o projeto que lhe foi encaminhado, não praticando qualquer falsificação. Segunda afirma, na pior das hipóteses, poder-se-ia cogitar apenas que o prefeito fora induzido a erro.

Nas suas contrarrazões recursais (fls.215/217), o Parquet pugna pelo conhecimento da apelação interposta e seu improvimento.

No seu parecer, opinou a Douta Procuradoria de Justiça, às fls.222/233, pelo conhecimento da apelação e seu improvimento, ratificando as contrarrazões ministeriais.

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 merece ser improvido, na esteira da manifestação da Douta Procuradoria de Justiça, como se verá adiante.

1. DAS PRELIMINARES DE MÉRITO:

1.1 – DA NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO, PELO PARQUET DE 1ª INSTÂNCIA, DA DENÚNCIA OFERECIDA NA 2ª INSTÂNCIA

Requer a defesa, em sede de preliminar, a nulidade do feito em análise pelo fato de o promotor de 1ª instância não ter ratificado a denúncia recebida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à época, quando o apelante gozava de foro por prerrogativa de função.

A presente preliminar não merece ser acolhida.

No caso dos autos, não se observa vício algum quanto ao alegado pela defesa, já que o ora apelante, à época, era prefeito e, de acordo com o previsto na Constituição Federal, gozava da prerrogativa de foro, isto é, só poderia ser julgado pelo Tribunal de Justiça por delitos porventura cometidos.

Por sua vez, a denúncia contra o apelante foi então oferecida pela Procuradoria de Justiça, e recebida, por unanimidade, ressalte-se, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 23/08/2002 (fls.113/117).

O processo, então, começou a correr perante a Segunda Instância até que o ora apelante deixou de ser prefeito, e, com isso, o feito foi encaminhado à 1ª instância (fls.149/150), onde continuou o seu curso normal até a prolação da sentença condenatória.

Assim, ao contrário do que assevera a defesa, todos os atos processuais são plenamente válidos, tendo sido realizados em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como às leis processuais vigentes à época do recebimento da denúncia.

Por outro lado, a exigência de ratificação da denúncia recebida pelo TJ/BA por parte do Promotor de Justiça é absolutamente desnecessária, visto que não há qualquer previsão legal nesse sentido, seja nas leis processuais, seja na jurisprudência pátria, conforme julgados a seguir:

AÇÃO PENAL. POSSE DO ACUSADO NO CARGO DE PREFEITO. DESLOCAMENTO DE COMPETENCIA. PRERROGATIVA DE FUNCAO. RATIFICACAO DOS ATOS.O FATO DE O ACUSAO ADQUIRIR, NO CURSO DO PROCESSO PENAL, A PRERROGATIVA DE FUNCAO POR INVESTIR-SE NO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL DESLOCA A COMPETENCIA PARA ESTA JUSTICA ESPECIALIZADA, NAO TENDO, POR ISSO, O CONDAO DE AFETAR A INTEGRIDADE JURIDICA DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS COM OBSERVANCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS PERTINENTES.NO MESMO SENTIDO ACORDAOS: 3.414 (TRE-MS - PCRM: 3 MS, Relator: RENATO TONIASSO, Data de Julgamento: 08/04/1999, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 12/04/1999, Página 21)

HABEAS-CORPUS. NULIDADE ABSOLUTA DA DENÚNCIA POR ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENÚNCIA OFERECIDA POR PROMOTOR DA COMARCA CONTRA EX-PREFEITO E RATIFICADA PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO AO ADVOGADO E AO ACUSADO PARA A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA DE DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. VÍCIO INEXISTENTE POR AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO DO DECRETO CONDENATÓRIO E DA PRISÃO: INEXISTÊNCIA. HABEAS-CORPUS INDEFERIDO. 1. Ratificação da denúncia apresentada

por autoridade ministerial incompetente. Não há necessidade de oferecimento de nova inicial, se a denúncia do Promotor foi ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. A ratificação da denúncia, validamente recebida pelo pleno do Tribunal de Justiça, é suficiente para afastar a alegação de ilegitimidade da parte. 2. Expedição da carta precatória. Nulidade. Ausência de intimação ao advogado e ao acusado para a inquirição de testemunha de defesa. A nulidade decorrente da falta de intimação do réu e do seu advogado da expedição da carta precatória ou para comparecerem à audiência realizada fora do distrito da culpa é meramente relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração inequívoca de prejuízo para a defesa. 3. Decreto condenatório e de prisão. Interposição de recurso especial e extraordinário. Efeito suspensivo inexistente. A prisão do condenado por decisão sujeita apenas a recurso extraordinário ou especial é imperativa, independentemente de sua necessidade cautelar. 4. Habeas-corpus indeferido. (STF - HC: 72904 PB, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 30/04/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 03-12-1999 PP-00003 EMENT VOL-01974-01 PP-00173). (grifo e sublinhamento nossos).

Na mesma linha de intelecção, segue o informativo nº 522 do STJ, de 14/05/2013:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RATIFICAÇÃO DA DENÚNCIA NA HIPÓTESE DE DESLOCAMENTO DO FEITO EM RAZÃO DE SUPERVENIENTE PRERROGATIVA DE FORO DO ACUSADO.

Não é necessária a ratificação de denúncia oferecida em juízo estadual de primeiro grau na hipótese em que, em razão de superveniente diplomação do acusado em cargo de prefeito, tenha havido o deslocamento do feito para o respectivo Tribunal de Justiça sem que o Procurador-Geral de Justiça tenha destacado, após obter vista dos autos, a ocorrência de qualquer ilegalidade. Isso porque tanto o órgão ministerial que ofereceu a denúncia como o magistrado que a recebeu eram as autoridades competentes para fazê-lo quando iniciada a persecução criminal, sendo que a competência da Corte Estadual para processar e julgar o paciente só adveio quando iniciada a fase instrutória do processo. Assim, tratando-se de incompetência superveniente, em razão da diplomação do acusado em cargo detentor de foro por prerrogativa de função, remanescem válidos os atos praticados pelas autoridades inicialmente competentes, afigurando-se desnecessária a ratificação de denúncia oferecida. Desse modo, não há que se falar em necessidade de ratificação da peça inaugural, tampouco da decisão que a acolheu, uma vez que não se tratam de atos nulos, mas válidos à época em que praticados. Ademais, não tendo o órgão ministerial — após análise da denúncia ofertada e dos demais atos praticados no Juízo inicialmente competente — vislumbrado qualquer irregularidade ou mácula que pudesse contaminá-los, conclui-se, ainda que implicitamente, pela sua concordância com os termos da denúncia apresentada. HC 202.701-AM, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 14/5/2013.

Desta forma, “*absolutamente desnecessária a ratificação da denúncia pelo Promotor de Justiça que passou a atuar no feito, já que a peça acusatória já havia sido recebida pelo órgão jurisdicional à época competente para fazê-lo*”. (fls. 227).

1.2 – DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A defesa também alega, preliminarmente, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no caso em tela.

Descabida a preliminar aventada.

Os dados presentes nos autos são mais que evidentes para se refutar, de pronto, a extinção da punibilidade do ora apelante pelo advento da prescrição.

Primeiro, consta nos fólios que o fato delituoso praticado pelo acusado ocorreu em **17/07/2002**. O recebimento da denúncia, que é o primeiro marco interruptivo prescricional (art.117, inciso I do CP), aconteceu em **23/11/2004** (fls.113). Logo, o prazo prescricional passou a ser contado novamente por inteiro.

Em **07/03/2012**, foi prolatada a sentença condenatória (fls.186/189), em que acusado foi condenado a 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, sendo 03 (três) anos de detenção pelo crime previsto no art. 1º, inciso V do DL 201/67 (ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes) e mais 04 (quatro) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa pelo delito previsto no art. 297 do CP (falsificação de documento público).

Nesse caso, como está configurado o concurso de crimes, o art.119 do CP prevê que a prescrição incidirá sobre a pena de cada um deles isoladamente, o que resulta num prazo prescricional de 08 (oito) anos para cada delito pelo qual o apelante foi condenado.

Assim, já que de **23/11/2004** a **07/03/2012** não se observa o interstício de 08 (oito) anos mencionado, o presente feito não foi atingido pela advento da prescrição em nenhuma das suas espécies.

2. DO MÉRITO

2.1.DA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE PELA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA E DOLO NA CONDUTA DELITUOSA IMPUTADA AO APELANTE

A despeito da sua aparente complexidade, o feito em apreço pode ser resumido da seguinte forma:

Em 11/07/2002, por meio do projeto de Lei nº 020/2002, o Executivo Municipal da Comarca de Jitaúna- Ba, chefiado pelo ora apelante, pediu autorização para suplementar em 50% (cinquenta por cento) o orçamento para o ano de 2002.

No dia 12/07/2012, a Câmara Municipal se reuniu em Sessão Extraordinária e, ao invés de simplesmente ratificar a proposta de 50% (cinquenta por cento) solicitada pelo apelante, então chefe do Executivo municipal, repita-se, ponderou que o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) seria o suficiente para coibir a insuficiência orçamentária reclamada pelo Executivo, concedendo ao ora acusado a autorização para suplementar somente 25% (vinte e cinco por cento) do orçamento 2002.

Por fim, em 17/07/2002, o apelante fez registrar, através de seu chefe de gabinete, o Sr. Pedro Américo Passos Costa, às fls.68 do Livro de Leis nº 05 do município de Jitaúna-Ba, a Lei nº 84/2002 (fls.25), que autorizou o percentual de 85% (oitenta e cinco) por cento para suplementar o orçamento de 2002.

No entanto, foi essa mesma lei nº 84/2002 que motivou todo o presente feito em apreço, ao ter sua veracidade frontalmente questionada pelo *Parquet*, em colaboração com alguns vereadores de Jitaúna e o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

Pois bem. Infelizmente, evidencia-se, dos presentes autos, que a sociedade foi, mais uma vez, vítima da atávica tendência de grande parte dos administradores públicos nacionais para o desfalque e a fraude.

De início, dispensáveis maiores divagações acerca da materialidade delitiva, claramente comprovada, através dos documentos cuidadosamente autenticados, às fls. 25, 86, 86v.

No que se refere à autoria delitiva, está devidamente comprovado nos fólios que, em suma,

o apelante falsificou totalmente, e às escâncaras, lei municipal para autorizar a abertura de crédito orçamentário em pleno desacordo com as normas financeiras pertinentes, e, no mesmo ensejo, induziu a erro o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

Na verdade, tudo começou quando o então prefeito do município de Jitaúna e ora apelante pretendeu um acréscimo de 50% (cinquenta por cento) do orçamento de 2002 para atender às despesas daquela urbe.

A Câmara de Vereadores, como foi dito anteriormente, ao invés de simplesmente receber o projeto de lei e ratificá-lo, aprovando o percentual proposto pelo chefe do Executivo municipal à época, e ora acusado, resolveu diminuí-lo para 25% (vinte e cinco por cento).

Inconformado com a situação, o apelante, na condição de alcaide daquele município, repita-se, criou, a seu bel-prazer, uma falsa lei, de nº 84/2002 (fls.25), cujo objetivo era justamente autorizar uma abertura de crédito orçamentário em 85%(oitenta e cinco por cento) da despesa fixada, e, por sua vez, justificar, perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, a legalidade da operação realizada.

Frise-se que a referida lei nunca existiu, isto é, nunca seguiu o processo legislativo afeito à elaboração de qualquer lei ordinária, previsto minuciosamente na Constituição Federal. Esta foi criada e sancionada pelo Executivo municipal, cujo chefe era o ora apelante, sem qualquer tramitação prévia no Poder Legislativo da Comarca processante, o que caracteriza a explícita falsificação da referida espécie normativa, haja vista que a mesma foi tratada como se lei fosse, apesar de, na verdade, ser simplesmente uma não lei, isto é, um ato desprovido de qualquer legalidade, validade, eficácia e legitimidade.

E, para comprovar tal assertiva, e ainda se afastar de vez a tese defensiva da ausência de dolo por parte do réu, atente-se para o inusitado documento acostado às fls. 18, onde o próprio Presidente da Câmara Municipal de Jitaúna-Ba desmente categoricamente o apelante, ao afirmar, sem hesitações, que não houve o oferecimento de qualquer projeto de lei, e, muito menos, a sua tramitação, acerca de qualquer pedido de suplementação em mais 85% (oitenta e cinco por cento) do orçamento municipal:

“Declaro, para os devidos fins, não ser do meu conhecimento a tramitação de projeto de lei de autoria do Executivo Municipal que verse sobre pedido de autorização para suplementar em mais 85 % (oitenta e cinco por cento) o orçamento do município para o ano de 2002, assim como declaro não existir nos arquivos da Câmara Municipal lei que autorize a Executivo Municipal a suplementar o orçamento do ano de 2002 além do percentual de 10% concedido em 31 de dezembro de 2001 , através do Projeto de Lei Orçamentária, e do percentual de 25% concedido através do Projeto de Lei nº 20/02, de 11 de julho de 2002, aprovado em 12 de julho de 2002e remetido ao Executivo Municipal em 15 de julho de 2002. É o que cumpre declarar.”

Tais declarações são a maior prova – e a derradeira – da prática scandalizada dos crimes em apreço pelo apelante - art. 1º, inciso V do DL 201/67 c/c art.297 do CP -, o que derruba, de uma vez por todas, a tese de que o mesmo agiu sem dolo.

E, como se não bastasse, o próprio apelante, em Juízo (fls.115/116), ao ser confrontado com a realidade comprovada nos autos, usou a clássica defesa, muito difundida na atualidade, de que assinou a falsa lei, dentre vários outros documentos, sem lê-los. Em suma, o apelante, segundo ele, não sabia o que estava assinando:

“[...] que reconhece sua assinatura constante às fls.25 dos autos, mas que reconhece que talvez não tenha lido o documento; que pode ter passado desperce-

bido do teor do documento; que recebia vários documento ao mesmo tempo e às vezes passa-se despercebido; que não tinha conhecimento desses documentos; que nega ter assinado estes documentos com intuito de falsificados; [...].” (fls.115/116).

Por fim, conforme muito bem pontuado pela Procuradoria de Justiça, no seu opinativo de fls. 222/233, *“é possível concluir que toda a documentação que respalda as teses de defesa contém informações falsas, contraditadas por outros elementos probatórios trazidos aos autos. Especificamente quanto ao documento de fl.63, que embasa substancialmente as alegações do apelante, uma análise cuidadosa dos demais documentos trazidos aos autos comprova a falsidade das informações ali expostas”.* (fls.233).

2.2. DA SEPARAÇÃO, DE OFÍCIO, DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO, DE OFÍCIO.

Constata-se que o Juízo de piso somou as penas referentes a crimes imputados com reclusão e detenção, o que é vedado, diante da dicção do art.69 do CP e da incompatibilidade dos benefícios de suas execuções (art.681 do CPP).

Assim, ao invés de se admitir a condenação de 07 (sete) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa imputada ao apelante, seja a mesma redimensionada, **de ofício**, para **04 (quatro) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa pelo crime de falsificação de documento público (art.297 do CP) e 03 (três) anos de detenção pelo crime previsto no art.1º, inciso V do DL nº 201/67.**

A jurisprudência é assente e torrencial nesse sentido, conforme julgado a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A INTEGRIDADE FÍSICA EM CONCURSO COM CRIMES DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. 1. PROVA DA EMBRIAGUEZ ALCÓOLICA AO VOLANTE. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME TÉCNICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, CONFISSAO DO ACUSADO E DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS APTOS A COMPROVAR A PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 306 DO CTB. 2. DOLO EVETUAL. PREVISIBILIDADE E ACEITAÇÃO DO RESULTADO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. 3. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO RAZOÁVEL. 4. APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. UNIFICAÇÃO DA SOMA EM RECLUSÃO. IMPROPRIEDADE. ART. 69 DO CP. RETIFICAÇÃO NECESÁRIA. 5. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.1. O exame técnico, normalmente realizado por meio de etilômetros, embora seja recomendável para certificar o teor de álcool no sangue, não é imprescindível para comprovação do crime tipificado no art. 306 do CTB, já que o conjunto probatório dos autos e as peculiares circunstâncias do caso em concreto podem demonstrar cabalmente o estado de embriaguez de uma pessoa, sem deixar dúvidas quanto à situação de perigo tutelada pela norma. 2. Diante das circunstâncias do caso e tendo em vista a evidência da embriaguez alcoólica do apelante, conclui-se que a sentença recorrida acertadamente classificou as condutas nos tipos de lesão corporal e tentativa de lesão corporal na forma dolosa. 3. A culpabilidade e as circunstâncias dos crimes justificam a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, já que foram várias as regras de trânsito desrespeitadas, sendo mister destacar que o réu atingiu as vítimas quando dirigia em horário noturno, com um dos faróis desligados e na contra-mão da via mais movimen-

tada da cidade.4. Nos crimes do Código de Trânsito a previsão é de pena de detenção, de sorte que jamais poderia a Magistrada haver somado a pena de reclusão (relativa aos crimes previstos no CP) com a de detenção (prevista para os crimes do CTB) e depois transformar tudo em reclusão. Ora, estabelece o art. 69 do CP que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela.5. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para redimensionar a pena relativa aos crimes de lesão corporal grave (art. 129, § 1º, I e II, do CP) e tentativa de lesão corporal (art. 129 c/c art. 14, II, do CP), sob a forma continuada (art. 71 do CP), para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, ao passo que, pelos crimes de conduzir veículo sem habilitação (art. 309 do CTB) e dirigir veículo em estado de embriaguez (art. 306 do CTB), mediante concurso formal, retificar a pena para 7 (sete) meses de detenção, em desconformidade parcial com o parecer do Ministério Público Superior. (TJ-PI - ACR: 201100010071302 PI, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 20/03/2012, 2a. Câmara Especializada Criminal). (grifo e sublinhamento nossos).

2.3. DA MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA, DE OFÍCIO

Como o erro material da sentença de piso foi constatado e corrigido, não há óbice para a modificação do regime de cumprimento das penas de reclusão e detenção.

Portanto, tendo em vista o *quantum* das penas impostas - **04 (quatro) anos de reclusão e 03 (três) anos de detenção pelos crimes mencionados** -, e observado o art. 33, § 2º, “b” e seu § 3º, todos do CP, seja alterado, **de ofício**, o regime de cumprimento de cada uma das sanções para o regime **semiaberto**, menos gravoso, porém, do que aquele imposto pela sentença ora objurgada.

Noutro vértice, é inviável a substituição por restritivas de direitos em razão do somatório das penas ultrapassar o *quantum* de 04 (quatro) anos de reclusão, conforme o art.44, inciso I do CP.

Nesse sentido, segue julgado abaixo:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, BEM COMO PELOS CRIMES DE DESACATO E RESISTÊNCIA. ARTIGOS 10, DA LEI 10.826/2003 c/c ARTIGO 329 e 331, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL DE DELITOS, À LUZ DO ARTIGO 69, CPB. PENA DEFINITIVA ESTABELECIDADA EM 04 ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 01 ANO E OITO MESES DE DETENÇÃO. 185 DIAS-MULTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, EM RAZÃO DE SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DA PENA. OPINATIVO MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO CRIMINAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DE DEVIDAMENTE CONFIGURADAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESVALORADAS EM DUPLICIDADE. BIS IN IDEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 444, STJ. REPRIMENDA REDUZIDA PARA 03 ANOS 04 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO BEM COMO 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO, ALÉM DE 100 (CEM) DIAS-MULTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, EX VI DO ARTIGO 33, § 2º, b, DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, EM RAZÃO

DO SOMATÓRIO DAS PENAS ULTRAPASSAR LIMITE ESTABELECIDO NO ARTIGO 44, I, CPB. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. DENEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. I-Comprovada a posse de relevante arsenal de armas de fogo, tais como revólver calibre .38, espingarda tipo escopeta; dois canos curtos; calibre 12; uma espingarda tipo carabina de fabricação tcheca, bem como farta munição, no forro da residência do Apelante, correta a condenação pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, na forma do artigo 16, do Estatuto do Desarmamento. II- Configura-se a infração penal de Resistência quando comprovada a oposição ao cumprimento de ato legal a ser cumprido por funcionário público, mormente quando comprovada a autoria de ameaças à vida da vítima, bem como da sua família, a fim de obstaculizar o cumprimento do Mandado de Prisão. III- Consuma-se o crime de Desacato quando o agente utiliza palavras de baixo calão contra Policiais no exercício de suas funções, com intuito de humilhá-los e desprestigá-los, não se erigindo em excludente o estado de exaltação e nervosismo do acusado. In casu, a vítima foi atacada na sua honra de servidor, sendo chamado de “policial de merda”, ofendido na presença de outros policiais. IV- Os depoimentos dos policiais, agentes do Estado no desempenho da função pública, usufruem da presunção de credibilidade e confiabilidade que somente podem ser derogados diante de evidências em sentido contrário, o que não se verifica na hipótese. V- Inquéritos Policiais e Ações Penais em curso que não podem ser considerados, para fins de elevação da pena-base, nas lições da Súmula nº 444, STJ. VI- Recurso parcialmente provido. **Pena reduzida para 03 anos 04 meses e 15 dias de reclusão bem como 01 (um) ano de detenção, além de 100 (cem) dias-multa, sendo mantido o regime prisional semiaberto, ex vi do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.** VII- Não há incompatibilidade entre o regime prisional semiaberto e a negativa de recorrer em liberdade, desde que seja idônea a fundamentação expandida pela sentença condenatória para decretar a constrição do Sentenciado, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

(TJ-BA - APL: 00005571720118050024 BA 0000557-17.2011.8.05.0024, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, Data de Julgamento: 09/07/2013, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 06/08/2013)

De todo o exposto, por todas as razões de fato e de direito explanadas supra, **CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO. PORÉM, DE OFÍCIO, RECONHEÇO O ERRO MATERIAL NA SENTENÇA DE PISO E, POR SUA VEZ, RETIFICO A SANÇÃO TOTAL DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA IMPOSTA AO APELANTE, SEPARANDO-SE A PENA REFERENTE À RECLUSÃO E A PENA REFERENTE À DETENÇÃO, RESULTANDO NA SANÇÃO DEFINITIVA CORRESPONDENTE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 07 (SETE) ANOS, PORÉM SENDO ESTA FRACIONADA EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA, E MAIS 03 (TRÊS) ANOS DE DETENÇÃO, AMBAS PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ART.1º, INCISO V DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 297 DO CP, RESPECTIVAMENTE. CONSEQUENTEMENTE, TAMBÉM DE OFÍCIO, MODIFICO O REGIME DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PARA O REGIME SEMIABERTO, devendo ser mantida, na íntegra, a condenação vergastada.**

TJBA, Apelação Criminal n.º 0000024-43.2002.8.05.0131, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Roberto Santos Araújo, julgado em 02.03.2010

APELAÇÃO CRIMINAL – CALÚNIA, ART. 138/CP - CRIME PRATICADO POR PREFEITO – INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO NA JUNTADA DE ALEGAÇÕES FINAIS DO QUERELANTE E DO MP – PRELIMINAR REJEITADA – NÃO TRAMITAÇÃO DO FEITO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – AUSÊNCIA DE NULIDADE – TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO FRUSTRADAS – PRELIMINAR REJEITADA – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – PRELIMINAR REJEITADA – ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. OFENSA À HONRA. ANIMUS NARRANDI E ANIMUS CRITICANDI – RECURSO PROVIDO.

O propósito de ofender integra o fato nos crimes contra a honra. Trata-se do 'dolo específico', elemento subjetivo inerente à ação. Em consequência, não se configura o crime, se a expressão for realizada sem tal finalidade. É o caso da manifestação feita com o propósito de informar ou narrar acontecimento (*animus narrandi*), ou de debater ou criticar (*animus criticandi*).

Se os fatos que deram azo ao processo-crime estão impregnados de *animus narrandi* e/ou *defendendi* e/ou *criticandi*, resta evidenciada a ausência de dolo por parte do querelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 57594-1/2007 em que figuram como Apelante Wagner Pereira de Novaes e Apelada Evaldice Borges da Rocha: Acordam, em Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer o recurso e julgá-lo PROVIDO, pelas razões adiante alinhadas.

RELATÓRIO

Queixa-crime aforada (fls. 02/04) e recebida pelo órgão competente (fls. 93). Crime de calúnia (art. 138/CP) supostamente praticado por então prefeito. Alega a queixosa, diretora de escola em Itiruçu, haver o então gestor municipal acusado-a de desvio de recursos do FAED (Fundo de Assistência Educacional) e do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério).

Exordial endereçada ao juízo da comarca de Itiruçu, no qual tramitou até a Audiência de Conciliação (fls. 22), sendo, então, remetida, por orientação do representante do Ministério Público, a esta Corte em virtude da prerrogativa de foro do prefeito (art.123, I, 'a'/Constituição Estadual). Findo o mandato e concorrendo o julgamento da ADIN 2797/STF, os autos foram remetidos à Vara única da Comarca de Itiruçu, local dos fatos.

Às fls. 161/5, deu-se a oitiva judicial do querelado, que procedeu à negativa geral. Juntada de defesa prévia às fls. 168/74. Oitiva testemunhal às fls. 236 e ss; Alegações finais do querelado juntadas às fls. 320/331; da querelante às fls. 340/2; do Ministério Público às fls. 344/8, pela

procedência do pedido; Querelado interpõe recurso de correição parcial, arguindo prescrição e perempção em face da não-apresentação das alegações finais tempestivamente pela querelante - às fls. 354/62;

Sentença vem às fls. 380/99: julga procedente a queixa para condenar o querelado à pena de um ano de detenção, substituída por pena pecuniária, qual seja o pagamento de vinte cinco salário mínimos à vítima e quarenta e quatro dias-multa e ainda nos honorários sucumbenciais em importe de oito mínimos.

O Querelado, sem conformar-se, apela, suscitando três preliminares, duas relativas a cerceamento de defesa, sendo a primeira delas por juntada de alegações finais pelo Ministério Público e pela querelante preclusa a etapa processual própria e a segunda em face do caráter de menor potencial ofensivo da conduta, devendo ter tramitado o feito perante o juizado especial criminal; levantam ainda preliminar de prescrição da pretensão punitiva (fls. 411/29).

Aduz não tinha intenção de atingir a honra nem a dignidade da apelada, tendo agido em dever de ofício inerente ao cargo. Além disso, os depoimentos das testemunhas de acusação não comprovaram que o réu violou a honra da apelante.

Argumenta, outrossim, que a pena fixada foi desproporcional e injusta, pois é primário, tem bons antecedentes criminais, conduta social digna, tendo praticado o suposto ato tido como ilícito em decorrência de seu zelo pelo município de Itiruçu-BA.

Afirma inaplicável ao caso a majorante prevista no inciso II, do art. 141 do Código Penal, pois a querelante não estava executando as suas funções no momento do suposto ato delituoso.

Pronunciamento do Ministério Público às fls. 437/42, pelo improvimento do recurso, e às fls. 450/7, parecer da Procuradoria Geral de Justiça igualmente pelo improvimento.

VOTO

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR JUNTADA DE ALEGAÇÕES FINAIS DO MP E DA QUERELANTE PRECLUSA A FASE PRÓPRIA

Sustenta o Apelante apresentação serôdia das alegações finais pela Querelante, ensejando a perempção. É que, diz ele, foi desrespeitado o teor do despacho de fls. 298, cuja publicação deu-se em 25/10/05, o qual estipulou prazo de três dias para as partes procedessem à aludida diligência. O próprio recorrente, ressalte-se, ofereceu suas considerações definitivas na data de 07/11/2005.

A rigor, ambas as partes e o Ministério Público descumpriram o despacho. Se bem que, em face da declinação de foro, o digno Juiz Vicente Reis Santana Filho, da comarca de Itiruçu, agora competente para apreciar e julgar o caso em questão, facultou novo prazo à querelante e ao MP, para derradeiras razões.

Tal omissão, quando atribuída a quem acusa, ganha maior peso. Sobre tudo diante do art. 60, III/CP, que obriga ao querelante, NOS CASOS EM QUE SOMENTE SE PROCEDE MEDIANTE QUEIXA, formule pedido condenatório nas alegações finais da acusação, sob pena de considerar-se premissa a ação e, portanto extinta a punibilidade.

Todavia, a fundamentação trazida pela preclara Autoridade, a fim de justificar a dilação do prazo das alegações, foi prestar "homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório". Portanto, gesto que, sobre não prejudicar o réu, visou guarnecer direito seu, de estatura constitucional; afinal, ele se antecipara, apresentando as suas alegações, primeiro.

Desde o julgamento definitivo da ADIN 2797, em 15/09/2005, o Juízo da Comarca de Itiruçu voltou a ser competente para processar e julgar as ações criminais movidas contra ex-prefeitos. Assim, ao despacho datado de 21/10/2005, de fls. 298, do Órgão Fracionário do Tribunal,

determinando a intimação das partes para apresentação das alegações finais, falecia validade.

Diante disso, correta foi a abertura de prazo às partes, para alegações finais.

Dito isso, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR NÃO HAVER TRAMITADO O FEITO EM JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, SENDO O CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A violação seria do rito e não de regra de distribuição de competência, eis que estão excluídos dos Juizados Criminais os crimes cuja persecução se faz mediante procedimento especial, a exemplo dos praticados por titulares de prerrogativa de foro, como no caso. Nada obsta a que o procedimento da Lei 9099/95 seja empregado no tocante às medidas despenalizadoras que o apelante identifica.

Tais medidas têm lugar, de regra, logo na audiência de conciliação, na qual poderão ocorrer três situações: a aceitação da proposta de composição dos danos civis pelo autor; a transação penal; oferecimento oral de denúncia. Aliás, os arts. 520 a 522 do CPP prevêem, nos crimes contra a honra, a realização de audiência com o fito de reconciliar as partes, pouco se distanciando do procedimento da Lei 9099/95.

Contudo, o que se verificou no caso alumiado foi ter sido frustrada a conciliação (fls. 22). E assim como ocorreria no juizados, sem composição ou transação, dá-se, incontinenti, o oferecimento da denúncia ou queixa. Já a Suspensão Condicional do Processo traz no seu bojo a idéia de desnecessidade da pena, uma vez que o magistrado se limitará a impor condições ao réu, que, se aceitas, ensejarão a suspensão do processo. Observe-se ainda que o acusado pode dispensar o benefício da suspensão, caso deseje se defender e ser eventualmente absolvido. Acrescente-se também que no caso apreciado não houve condenação a pena privativa de liberdade.

De mais a mais, contra a anulação dos atos processuais, os seguintes argumentos: a uma, afronta o espírito da lei dos juizados, cristalizado no princípio da instrumentalidade das formas, a teor dos artigos infracitados:

Art. 62/Lei 9099.95 O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.

A outra, na forma do art. 563/CPP, que ecoa o brocardo francês *Ne pas de nullité sans grief*, sem prejuízo o réu, falece-lhe o direito de arguir eventual nulidade. Tal vedação consta do diploma disciplinador dos Juizados ao art. 65, §1º, “ Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”, aliás, como se deduz de sua redação, dirigida mais ao julgador que à parte agravada.

Por fim, *a fortiori* do art. 566/CPP, “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.” O rito pelo qual tramitou o feito não prejudicou a colheita da prova, tampouco sua apreciação, de ser, portanto mantido o processo da maneira como o é.

Frise-se, o procedimento sumariíssimo parece pouco atrativo para o réu que insistiu por diversas vezes ao longo do feito e insiste, ainda, no advento da prescrição.

Rejeito esta preliminar.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

O crime de Calúnia, tipificado no art. 138/CP, tem pena cominada entre seis meses e dois anos. É pela pena máxima, como estipula o art. 109, caput/CP, que se regula a prescrição da pretensão punitiva. Portanto, na hipótese analisada, dois anos. Do inciso V do mesmo art. 109, tem-se que a prescrição se verifica em quatro, quando não exceda a dois a pena paradigma.

Feitos esses esclarecimentos, tem-se os seguintes dados do processo:

Em 14/08/01, foi registrado no livro de tombo (fls. 06);

Na data de 02/09/03, deu-se o recebimento da queixa, (fls. 97 v.) que interrompe o curso da prescrição (art. 117, I/CP).

A sentença foi publicada em 31/07/07 (fls. 400).

Donde:

Entre o aforamento e o recebimento da queixa não transcorreu período maior ou igual a quatro anos; entre o recebimento e a sentença, idem.

Também não transitou em julgado a sentença -como, aliás, fica demonstrado pela atual interposição - circunstância que ensejaria não a prescrição da pretensão punitiva, mas da pretensão executória (art. 110 /CP).

Resta a hipótese de prescrição intercorrente (art.110, § 1º/CP), eis que, para a acusação houve o trânsito em julgado. Entretanto, também não decorreram quatro anos desde a publicação da sentença.

Não se verifica em nenhum dos casos o transcurso do prazo mínimo necessário ao advento da prescrição. Preliminar rejeitada.

Não prospera, por último, o argumento lançado nas razões da Apelação de incorrência de imputação de crime, com repercussão no prazo prescricional, porque tal o houve, o de peculato, conforme será melhor explorado no item que segue, atinente ao *meritum causae*.

DO MÉRITO

DA NÃO-CONFIGURAÇÃO DE FATO TÍPICO, DA AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO

A sentença comporta reforma.

Pelo que se extrai do caderno processual, forçoso reconhecer a inexistência, na hipótese em comento, de dano específico ou *animus caluniandi*, senão vejamos.

A testemunha de acusação Indhyara Lopes Oliveira, fls. 238,

“[...] às perguntas formuladas, respondeu que num dia do mês de agosto do ano de dois mil, um grupo de cinco ou seis alunos, incluindo a depoente, se dirigiu à casa do prefeito ora querelado, para reivindicar melhoramentos para o Colégio Municipal Antônio Francisco de Souza, tais como quadra de esportes, serventes, merenda; que além do grupo de alunos, havia cerca de quinze a vinte pessoas observando a reivindicação; que a depoente iniciou o diálogo com o querelado; que o querelado disse que o dinheiro da merenda não tinha a ver com a prefeitura, que passava direto para o colégio; que o dinheiro da quadra o estado já teria mandado; que era uma quantia grande; que com esse dinheiro a querelante já poderia ter construído outras quadras no colégio; que no entanto disse à época o querelado, se o conserto da quadra não havia sido feito, ele não sabia o que ela tinha feito com esse dinheiro; que, em relação aos funcionários, o querelado disse que a quantidade de funcionários paga pela prefeitura não correspondia à quantidade de funcionários trabalhando no colégio, que era menor; que o querelado disse que a reivindicação não deveria ser dirigido [sic] a ele, e sim à querelante, pois ela havia recebido o dinheiro e não estava dando melhoramentos ao estabelecimento de ensino; que, **embora em nenhum momento**

o querelado tenha dito que a querelante estava roubando, contudo [sic] o mesmo insinuava sobre um desfalque.”

Maria Márcia da Silva Passos, às fls. 241

“[...] que por volta das 10h a 10h30 de um dia de agosto de 2000, formou-se uma comissão de cinco a seis alunos para reivindicar do prefeito melhorias no Colégio Municipal Antônio Francisco de Souza, pois a quadra estava deplorável, faltavam funcionários na escola, estavam sem merenda; que, diante da reivindicação do grupo de alunos, o Sr. Prefeito, ora querelado, disse que as verbas que vinham para a manutenção da quadra e o dinheiro da merenda, via FUNDEF, não eram repassados pela Diretora da escola, ora querelante; que o querelado disse, ainda, que a querelante recebia R\$ 350 (trezentos e cinquenta) reais por aluno, indagando o que a querelante fazia com esse dinheiro [...] Dada a palavra ao advogado da querelante, às perguntas formuladas respondeu **que em nenhum momento o querelado falou diretamente que a querelante estava roubando as verbas e sim indagou o que estaria fazendo com ela** [sic].”

Solange Silva Rodrigues, às fls. 244:

“que por volta das 10:00 horas de um dia de agosto do ano de dois mil, cerca de cinco a oito alunas formaram uma comissão para reivindicar junto ao prefeito ora querelado, funcionários e conserto da quadra; que o querelado ao recebê-las no interior de sua residência, disse ao grupo que não daria dinheiro para a quadra e para funcionários, pois vinha verba do FUNDEF para a Diretora ora querelante; que o querelado disse ainda que o dinheiro que vinha para a escola daria para não só consertar a quadra, como fazer outras quadras; (...) que o querelado disse ainda que esse dinheiro da merenda estava sendo desviado pela querelante; que o querelado disse ao grupo que eles deveria fazer manifestações reivindicando da querelante o dinheiro que vinha para a escola (...); que alguma das pessoas do grupo orientou a querelante a tomar providências, pois sua honra havia sido questionada pelo querelado; que no encontro com o querelado na sua residência havia muitas outras pessoas, pois a sala estava cheia”

Das testemunhas da queixa, somente Maristela Souza dos Santos, às fls. 240, declara ter o réu afirmado que a querelante recebia a verba do FUNDEF e desviava: foi a única a entender como afirmação. Para as demais testemunhas, soou como indagação, questionamento até de natureza retórica (o que teria feito fulana do dinheiro?) acerca da destinação de verba que ele sabe encaminhada para a escola por intermédio de sua diretora.

A referida testemunha, ressalte-se, afirma que foram ter com o prefeito, ensejando os fatos narrados na peça vestibular, oito pessoas, enquanto as outras quantificaram, unânimes, em cinco ou seis, número aproximado que consigna a queixa-crime.

Embora, à primeira vista, pareça irrelevante, trata-se de discrepância útil a servir como parâmetro da percepção da depoente. Sendo um dado tão comezinho - quantas eram as comissárias da reivindicação, quando se incluía a própria depoente no grupo - passou despercebido, quiçá outros de maior complexidade e importância para a definição de ter havido ou não prática criminosa obrada pelo querelado; não se pode condenar alguém com base em depoimento tão apartado dos fatos, inda mais quando divergente da maioria dos outros testemunhos.

Portanto, da leitura dos autos, verifica-se a prova produzida ser insuficiente a lastrear as

alegações constantes da queixa-crime. Resta clara a falta de correspondência entre as alegações da queixosa e a realidade dos fatos.

Sendo assim e a teor do art. 156, caput, primeira parte/ CPP, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Deflagrada a ação penal por iniciativa da ofendida, a ela cabe o ônus da prova, não logrando dele se desincumbir. Os esforços probatórios deverão advir não do MP, conquanto o devam em caráter subsidiário, mas principalmente da querelante.

Para a configuração do crime de calúnia não basta o sujeito ativo impute falsamente à vítima fato definido como crime. Indispensável exista o dolo específico, o chamado *animus caluniandi*, configurado na vontade de ofender a honra do sujeito passivo.

Sobre o tema Cezar Roberto Bittencourt, em sua obra Tratado de Direito Penal, esclarece:

“(...) Para que o fato imputado possa constituir calúnia, precisam estar presentes, simultaneamente, todos os requisitos do crime: a) a imputação de fato determinado qualificado como crime; b) falsidade da imputação; c) elemento subjetivo - ‘*animus caluniandi*’. A ausência de qualquer desses elementos impede que se possa falar em fato definido como crime de calúnia.” (in, Tratado de Direito Penal 2 - parte especial - dos crimes contra a pessoa, São Paulo, Saraiva, p. 285-286).

E, continuando, citado autor ainda ressalta que:

“O elemento subjetivo geral do crime de calúnia é o dolo de dano, que é constituído pela vontade consciente de caluniar a vítima, imputando-lhe a prática de fato definido como crime, de que o sabe inocente.

(...)

Além do dolo é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende desnecessário. A calúnia exige, afinal, o especial fim de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido que, se não existir, não tipificará o crime.” (in, Tratado de Direito Penal 2 - parte especial - dos crimes contra a pessoa, São Paulo, Saraiva, p. 289-290).

O dolo no crime de calúnia requer ânimo calmo e sereno do agente, exigindo-se deste a consciência de que esteja ofendendo a honra do sujeito passivo.

E, neste aspecto, a prova colacionada aos autos demonstra de forma unânime que inexistiu por parte do apelante o *animus caluniandi*, pela própria situação em que ele se encontrava, surpreendido na sua residência.

O que demonstram os depoimentos prestados em nada coincidem com a definição típica da calúnia, senão vejamos o que ensina Delmanto et al. (Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 296 e ss), fazendo apontamentos a propósito do art.138 do Código Penal:

“Duas são as figuras ou formas previstas: a. imputar falsamente (art. 138, caput); b. propalar ou divulgar, sabendo falsa (parágrafo primeiro). Imputar é atribuir; propalar é propagar, espalhar; divulgar é tornar público, bastando, para tanto que se dê conhecimento a uma só pessoa, pois não se pode confundir o ato (divulgar) com o seu resultado (divulgação). O fato deve aparentar ser específico ou determinado. O elemento normativo falsamente impõe que o fato seja falso em si ou quanto à autoria atribuída. Note-se que é presumida a falsidade da imputação, a menos que se faça prova de sua veracidade. Além de falso, o fato também deve ser definido como crime (não basta contravenção).”

Relativamente aos crimes contra a honra, portanto, há de constatar-se a **imprescindibi-**

lidade de um especial fim de agir manifesto no *animus injuriandi*, *diffamandi* ou *caluniandi*, conforme a linha de intelecção do festejado Capez (Curso de Direito Penal, 8a. edição, Editora Saraiva, 2008, p. 257) referendada pelos julgados dos tribunais superiores. É conduta que se coaduna com o ânimo de ofender efetivamente a honra do indivíduo. Dos autos, contudo, vê-se que o Querelado agiu com mero *animus narrandi*, ou seja, a intenção de narrar ou relatar um fato, no máximo *animus criticandi*, inviabilizada a persecução penal.

Como cediço, o *animus narrandi* e o *animus criticandi* excluem a tipicidade de quaisquer das condutas atribuídas ao apelante, por afastar o dolo específico de ofender a honra do indivíduo.

A propósito, confira-se a lição do ilustre jurista GUILHERME DE SOUSA NUCCI sobre o elemento subjetivo do tipo referente aos delitos de calúnia, injúria e difamação, *in verbis*:

“(...) 9. Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, **exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do dolo específico, que é a especial intenção de ofender no tipo.** (...) O preenchimento do tipo aparentemente pode haver (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se ‘dolo específico’).” (GUILHERME DE SOUSA NUCCI, in Código Penal Comentado, 8ª ed. Rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, páginas 649, 653 e 655). Negritei.

Vejamos alguns excertos de julgados dos tribunais superiores:

“A doutrina assenta, ainda, que o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado “dolo específico”, que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender. Em consequência, não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender. É o caso, por exemplo, da manifestação eventualmente ofensiva feita com o propósito de informar ou narrar um acontecimento (*animus narrandi*), ou com o propósito de debater ou criticar (*animus criticandi*), particularmente amplo em matéria política. (FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de Direito Penal – Parte Especial; 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 221-222., v.I.)

[...]

A jurisprudência da Suprema Corte e da egrégia Corte Especial perfilha o entendimento supra delineado, consoante se infere dos seguintes precedentes: Inquérito 1.937 - DF, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJ de 27 de fevereiro de 2.004; HC 72.062 – SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ de 21 de novem de 1.997; Apn 360 - MG, Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁUDA RIBEIRO, Corte Especial, DJ de 25 de abril de 2.005; APN 342 - PA, Relator Ministro ARY PARGENDLER, Corte Especial, DJ de 21 de novembro de 2.005.” (Apn 490/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 25.09.08).

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO CONTRA CIRURGIÃO PLÁSTICO. TERMOS USADOS PELA PACIENTE EM COMUNICAÇÃO AO CRM. ANIMUS DIFAMANDI E INJURIANDI. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DO FATO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

A falta de justa causa para a ação penal deve ser reconhecida quando, de plano, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipi-

cidade do fato, a extinção da punibilidade, a ilegitimidade da parte ou a ausência de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (CPP, artigo 43, I, II e III).

No tocante aos crimes de difamação e injúria, restou evidenciada, no caso concreto, a atipicidade do fato ante a falta do elemento subjetivo consubstanciado no propósito de ofender a reputação do médico e sua esposa, ou a sua dignidade e decoro.

Para o recebimento da queixa-crime é necessário que a petição inicial venha instruída de maneira a indicar a plausibilidade da acusação, ou seja, um suporte mínimo de prova e indício de imputação.

Os crimes contra a honra reclamam, para a sua configuração, além do dolo, um fim específico, que é a intenção de macular a honra alheia.

Inexistente o dolo específico - a intenção de ofender e injuriar - elementos subjetivos dos respectivos tipos, vale dizer, o agente praticou o fato ora com *animus narrandi*, ora com *animus criticandi*, não há falar em crime de injúria ou difamação. Ordem CONCEDIDA para trancar a ação penal. (HC 43955/PA, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 23.10.2006)

“Como é cediço para a configuração do crime de calúnia, previsto no art. 138, do Código Penal, faz-se necessária a imputação falsa a alguém de fato tido como delituoso. No caso vertente, por óbvio e sem necessidade de examinar-se com profundidade as provas, que os debates oriundos daquele processo incidente, objetivando a apuração da suposta adulteração no documento particular, ensejariam indubitavelmente alegações no sentido de demonstrar, pela requerente, a ocorrência do falso em assinatura aposta pelo ora recorrente.

[...]

Desta forma, o Tribunal a quo acertadamente, ao verificar de plano a inocorrência do *animus caluniandi*, necessário à configuração do delito de calúnia, procedeu ao trancamento da ação penal, pela evidente atipicidade da conduta.” **RECURSO ESPECIAL Nº 1.023.818 - SP (2007/0309470-9) RELATOR MINISTRO OG FERNANDES dje 03/08/09**

“Nos crimes contra a honra, além do dolo, deve estar presente um especial fim de agir, consubstanciado no *animus injuriandi vel diffamandi*, consistente no ânimo de denegrir, ofender a honra do indivíduo. Processar alguém que agiu com mero *animus narrandi*, ou seja, com a intenção de narrar ou relatar um fato, inviabilizaria a persecução penal.

[...]

Na hipótese em julgamento, a representação enviada à Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas limita-se a narrar a prática de possíveis condutas nepotistas no Município de Jarapatinga/AL, envolvendo o Prefeito e o Juiz titular da Vara da Fazenda Pública Estadual de Maceió; portanto, muito embora evidentemente contundentes as afirmações contidas na peça informativa, evidencia-se a presença de uma excludente anímica em seu conteúdo, qual seja, o *animus narrandi*.

[...]

Evidenciado, *in casu*, não se tratar, objetivamente, de falsas afirmações, as realizadas por advogada, no exercício da função, é de se determinar o trancamento da ação penal, pois o que se tem é o simples *animus narrandi*, talvez, até *criticandi*, mas não *animus caluniandi*.”(HC 45779/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 06.03.06).

“Do mesmo modo, reiterados julgados desta Corte estabelecem que para configuração de um crime contra a honra é necessária a intenção de macular a honra alheia. Assim, inexistente o dolo específico ou presente alguma excludente anímica, como o *animus narrandi* ou *animus criticandi*, não há falar em crime de injúria, difamação ou

calúnia.” **HABEAS CORPUS Nº 103.344 - AL (2008/0068933-0)** RELATOR :
MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ante todo o exposto, improva a prática do crime de calúnia imputado ao apelante, eis que não apurado o intuito de ofender a honra da querelante, *animus caluniandi*, DOU PROVIMENTO ao recurso aviado, reformando a sentença condenatória *in totum*, para absolver o querelado.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0302308-77.2013.8.05.0126, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 17.09.2015.

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA. SIGNIFICATIVO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RÉU REINCIDENTE. IMPEDIMENTO PARA ESTABELECIMENTO DO REGIME ABERTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA AFASTAR A QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO, BEM COMO, FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. DECISÃO UNÂNIME.

1. *Apelação Criminal. Sentença condenatória. Furto qualificado por rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP). Réu solto.*
2. *Apele defensivo que pugna pelo afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, bem como, pela aplicação do princípio da insignificância e consequente absolvição por atipicidade do fato. Subsidiariamente, requereu-se o estabelecimento do regime aberto.*
3. *Contrarrazões Ministeriais que requerem o provimento parcial do recurso, a fim de que seja afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, estabelecido regime mais brando de cumprimento de pena.*
4. *Opinativo da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, a fim de que seja afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, estabelecido o regime aberto de cumprimento de pena.*
5. *Materialidade e autoria delitivas do crime de furto evidenciadas no conjunto probatório, através da confissão do apelante e depoimentos de testemunhas em Juízo, no sentido de que, no dia 18.07.2013, por volta de 00:10h, subtraiu diversos produtos de higiene pessoal e cosméticos, que totalizavam o valor de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), da Drogaria FAMED, localizada na Rua Adailson Néri, nº. 125, Bairro Vila Riachão, na cidade de Itapetinga.*
6. *É imprescindível a realização de perícia para o reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo, somente podendo ser suprida por prova testemunhal quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo ou se desaparecidos os vestígios. Inteligência do art. 167 do CPP. Precedentes do STJ.*
7. *Significativo grau de reprovabilidade da conduta, além da ausência de previsão legal, que impossibilitam a declaração absolutória com base no princípio da insignificância.*

8. *Dosimetria. Afastada a qualificadora e favoráveis as circunstâncias judiciais, fixam-se as penas no mínimo legal: 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, uma vez compensadas na sentença condenatória a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência. Tratando-se de réu reincidente, ainda que o “quantum” de pena seja inferior a 4 (quatro) anos, incabível o regime aberto.*

9. *Apele conhecido e parcialmente provido, apenas para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena. Decisão unânime.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n.º. 0302308-77.2013.8.05.0126, da Comarca de Itapetinga, na qual figura como apelante MARCOS THADEU ROCHA PALES, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento parcial ao apele, apenas para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra MARCOS THADEU ROCHA PALES, ora apelante, e MARCELA FERNANDA DE OLIVEIRA RIBEIRO, qualificados nos autos, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, I, do CP (furto qualificado por rompimento de obstáculo).

Consta na peça acusatória, em síntese, que no dia 18.07.2013, por volta das 00:10h, os denunciados subtraíram diversos produtos de higiene pessoal e cosméticos, que totalizavam o valor de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), da Drogaria FAMED, localizada na Rua Adailson Néri, nº. 125, Bairro Vila Riachão, na cidade de Itapetinga, após o primeiro denunciado ter escalado até o telhado e rompido o forro.

A peça acusatória foi instruída com o inquérito policial de fls. 03/36 e recebida por despacho datado de 08.10.2013 (fls. 59/61).

Resposta à acusação apresentada às fls. 55/58.

Ouvida de testemunhas e interrogatório dos réus registrados por meio de recurso audiovisual (fls. 178/179, 193/194 e 289).

Alegações finais do Ministério Público e da defesa apresentadas oralmente em audiência e reduzidas a termo às fls. 193/194.

Sobreveio sentença às fls. 204/209, julgando parcialmente procedente a denúncia, para absolver a ré Marcela Fernanda de Oliveira Ribeiro com fulcro no art. 386, V, do CPP, e condenar o réu Marcos Thadeu Rocha Pales como incurso no art. 155, § 4º, I, do CP.

Aplicou-se a pena-base e definitiva de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Foi concedido ao réu/apelante o direito de recorrer em liberdade.

Os réus foram pessoalmente intimados da sentença às fls. 221 e 226.

O sentenciado Marcos Thadeu Rocha Pales, através de defensor constituído, interpôs o

presente recurso de apelação (fl. 230), tendo apresentado as razões recursais às fls. 282/288, pugnando pelo afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, bem como, pela aplicação do princípio da insignificância e consequente absolvição por atipicidade do fato. Subsidiariamente, requereu-se o estabelecimento do regime aberto.

Em contrarrazões (fls. 295/299), o Ministério Público requereu o provimento parcial do recurso, a fim de que seja afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, estabelecido regime mais brando de cumprimento de pena.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às fls. 301/307, manifestando-se pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, a fim de que seja afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, estabelecido o regime aberto de cumprimento de pena.

É o relatório.

VOTO

Verificada a tempestividade do recurso e os demais requisitos de admissibilidade, passo à análise do mérito.

Evidenciam os autos, através da confissão judicial do apelante, bem como, dos depoimentos de testemunhas em Juízo, que no dia 18.07.2013, por volta de 00:10h, Marcos Thadeu Rocha Pales subtraiu diversos produtos de higiene pessoal e cosméticos, que totalizavam o valor de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), da Drograria FAMED, localizada na Rua Adailson Néri, nº. 125, Bairro Vila Riachão, na cidade de Itapetinga.

Quanto à qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, embora fosse perfeitamente possível a realização de perícia no local do crime, tal providência não foi tomada, inexistindo nos autos laudo pericial que pudesse atestá-la.

No entanto, entende-se imprescindível a realização de perícia para o reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo, que somente pode ser suprida por prova testemunhal ou indireta quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, ou se desaparecidos os vestígios.

É o que dispõe o art. 167 do CPP, in verbis: *“Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”*.

Nesse sentido:

“A Turma reiterou que, tratando-se de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, de delito que deixa vestígio, torna-se indispensável a realização de perícia para a sua comprovação, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou esses não puderem ser constatados pelos peritos (arts. 158 e 167 do CPP). No caso, cuidou-se de furto qualificado pelo arrombamento de porta e janela da residência, porém, como o rompimento de obstáculo não foi comprovado por perícia técnica, consignou-se pela exclusão do acréscimo da referida majorante. Precedentes citados: HC 136.455-MS, DJe 22/2/2010; HC 104.672-MG, DJe 6/4/2009; HC 85.901-MS, DJ 29/10/2007, e HC 126.107-MG, DJe 3/11/2009”. (STJ, HC 207.588/DF, Rel. Min. Og Fernandes, T6 - Sexta Turma, julgado em 23/8/2011, Informativo nº 481).

“HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia

constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. In casu, há manifesta ilegalidade no tocante à incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos, dada a ausência de laudo pericial, não se justificando que seja suprido pela prova testemunhal sem justificativa. (Precedentes). 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a qualificadora e reduzir a reprimenda do paciente para 1 (um) ano de reclusão, mais 10 dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo e 10 (dez) dias-multa, nos termos do acórdão”. (STJ - HC: 207701 MS 2011/0119349-0, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 05/09/2013, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 19/09/2013).

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. COAÇÃO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos delitos de furto, a qualificadora do rompimento de obstáculo só pode ser aplicada mediante comprovação por laudo pericial, salvo impossibilidade de realização da perícia. 2. No caso dos autos, era perfeitamente possível a realização de perícia no veículo e tal providência não foi tomada. 3. Coação ilegal caracterizada. 4. Ordem concedida para, cancelada a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduzir as penas do paciente a um ano de reclusão e ao pagamento de cinco dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito”. (STJ - HC: 144843 DF 2009/0159207-7, Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 21/06/2010).

Assim é que, diante dos fundamentos expostos, afasta-se a qualificadora de rompimento de obstáculo, uma vez não evidenciada por prova pericial.

Por sua vez, no fato em tela, entende-se ser significativo o grau de reprovabilidade da conduta do réu, levando-se em conta o valor total dos bens subtraídos, cerca de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), além do *modus operandi* da prática criminosa, restando incabível a aplicação do princípio da insignificância. Frise-se a ausência de previsão legal para o proferimento de sentença absolutória com base no princípio da insignificância.

Quanto à dosimetria das penalidades:

Afastada a qualificadora e favoráveis as circunstâncias judiciais, fixam-se as penas no mínimo legal: 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, uma vez compensadas na sentença condenatória a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Tratando-se de réu reincidente, ainda que o quantum de pena seja inferior a 4 (quatro) anos, incabível o regime aberto.

Nesse sentido:

“É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. (Enunciado nº. 269 do STJ).

Apelo conhecido e parcialmente provido, apenas para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, bem como, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena. Decisão unânime.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0000755-40.2013.8.05.0200, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 04.12.2014.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. O RECORRENTE FOI CONDENADO A 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE PRISÃO, EM REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 26 (VINTE E SEIS) DIAS-MULTA, COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 157, § 2º, INCISOS I, DO CP – ROUBO MAJORADO PELA GRAVE AMEAÇA COM USO DE ARMA DE FOGO.

RAZÕES RECURSAIS:

I- ABSOLVIÇÃO DO RÉU ALEF DOS SANTOS FERREIRA, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUE COMPROVEM A SUA AUTORIA NO CRIME. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REU. IMPOSSIBILIDADE.

O conjunto fático-probatório presente nos autos demonstra claramente a autoria do acusado na execução do crime. Ademais, os depoimentos da vítima e testemunha são uníssonos e harmônicos em determinar a autoria do referido apelante na prática do crime em comento. Inclusive, vale ressaltar que a palavra da vítima é preponderante na elucidação de crimes contra o patrimônio. Precedentes.

II- ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO. INVIABILIDADE.

Mantida a pena final em montante superior a 04 (quatro) anos, vedada é a adoção de regime aberto para início de cumprimento da pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea b do Código Penal.

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000755-40.2013.8.05.0200, proveniente da Vara Crime da Comarca de Pojuca-Ba, em que figuram, como apelante, ALEF DOS SANTOS FERREIRA e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Eminentíssimos Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à UNANIMIDADE de votos, em CONHECER do Recurso de Apelação interposto e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, em sintonia com o parecer ministerial, mantendo-se a r. sentença na sua integralidade.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ALEF DOS SANTOS FERREIRA contra sentença condenatória prolatada nos autos de nº 0000755-40.2013.8.05.0200 pelo Juízo da Vara Crime Comarca de Pojuca-Ba.

Conforme narra a exordial acusatória, às fls. 02/03, que:

“[...] Consta da peça investigatória que no dia 24 de julho de 2013, aproximadamente às 16:30h, no Centro, nesta Cidade, o denunciado subtraiu, mediante grave ameaça, um veículo Siena, placa NYP 9021, pertencente à vítima, José Walter de Anunciação Ramos. Noticiam os autos do inquérito que a vítima saiu da Secretaria de Saúde e ingressou no seu veículo, que estava estacionado em frente ao local. No momento em que ligou o carro para dar a partida, foi abordado, pelo denunciado que, armado com um revólver calibre 38, anunciou o assalto, constrangendo a vítima a deixar o veículo. Em seguida, o denunciado tomou a direção do automóvel, evadindo-se. Ante o exposto, verifica-se a prática do crime previsto no art.157,§2º, inciso I do Código Penal, [...]” (sic).

O Juiz sentenciante ao prolatar a sentença de fls. 127-132, acolheu parcialmente a denúncia e à luz do art. 59 do CP, condenou o apelante a sanção definitiva de **05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de prisão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada um correspondente a um trigésimo do salário mínimo, como incursão nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.**

A Defesa do apelante, em suas razões recursais (fls.138-150), pugna pela absolvição do réu, por insuficiência de provas que comprovem a sua autoria no crime. Subsidiariamente, requer a alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto.

Em sede de contrarrazões (fls.153-154), o Ministério Público rechaça as teses defensivas, pugnando, em síntese, pelo conhecimento do recurso e seu improvimento.

Subindo os autos a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça, às fls. 158-161, pelo conhecimento e improvimento do Apelo.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos 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 deve ser conhecido e improvido, na esteira do parecer da douta Procuradoria de Justiça, mantendo-se a r. sentença na sua integralidade.

I. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUE COMPROVE A MATERIALIDADE DELITIVA E A AUTORIA DO APELANTE NO CRIME

A defesa sustenta, em síntese, que a condenação do apelante se deu com base na insuficiência de provas que atestassem a autoria do acusado no crime, o que ensejaria, no seu ponto de vista, a absolvição do mesmo; conquanto, indubitavelmente, é contrariado pela provas dos autos, senão vejamos:

Depreende-se do caderno processual que o apelante/acusado Alef dos Santos Ferreira subtraiu o veículo SIENA, placa NYP 9021, de propriedade da vítima José Walter de Anunciação Ramos, mediante uso de arma de fogo, conforme consta no depoimento da vítima, *in litteris*:

“[...] que o depoente saiu da garagem por volta das 16:30 horas e parou na Secretaria de Saúde; que ao sair da Secretaria, foi abordado pelo denunciado que subtraiu o veículo do depoente, bem como os documentos do veículo, ferramentas, e o denunciado estava portando uma arma de fogo, tendo apontado para o rosto do depoente e dado voz de assalto; que reconheceu o denunciado na delegacia, não tendo nenhuma dúvida de que foi o acusado que assaltou o depoente; que

não deseja ter nenhum contato com o réu nesta audiência por temer por sua integridade; que quando foi para a Delegacia o Delegado mostrou ao depoente algumas fotos e confirmou ser o acusado o autor do delito; que o carro não foi recuperado até hoje; [...] que na hora do reconhecimento o acusado foi apresentado sozinho ao depoente; que o depoente pediu que fosse retirado o óculos de grau que o acusado usava, pois na hora do assalto o acusado estava sem óculos; que teve dúvidas na hora que o acusado estava de óculos, mas quando retirou o óculos e colocou o boné teve certeza de que foi o acusado; [...]”. (vítima José Walter de Anunciação Ramos, fase instrutória, fls. 42).

No mesmo passo, declarou em juízo, à fls.52, a testemunha Edmilson Paim dos Santos:

“[...] que o depoente estava descendo a rua, quando viu o rapaz se aproximando do carro de Sr.Pintinho anunciando um assalto; que depois que o denunciado saiu; que chegou a reconhecer o denunciado na Delegacia; que na Delegacia, o Delegado colocou o depoente em uma sala frente ao denunciado e ao colocar boné no acusado o depoente reconheceu, com certeza, ter tido o mesmo o autor do crime; [...]” (sic).

Pois bem, ao contrário do que alegou a Defesa de Alef Santos, quanto à insuficiência de provas para comprovar a autoria delitiva, os depoimentos da vítima e testemunha são uníssonos e harmônicos para determinar a autoria do referido apelante na prática do crime em comento. Inclusive, vale ressaltar que, com base na jurisprudência pátria, a palavra da vítima é preponderante na elucidação de crimes contra o patrimônio, *ad verbum*:

“[...] A palavra da vítima em crime de roubo ocorrido em local ermo tem especial relevância, sobretudo quando não está dissociada dos demais elementos de prova. portanto, a manutenção da condenação é medida que se impõe. [...]” (Processo: APR 32710619998070001 DF 0023271-06.1999.807.0001 Rel. José Divino de Oliveira Julgamento: 13/03/2008 Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal Publicação: 30/04/2008, DJ-e Pág. 138).

“[...] Em termos de prova convincente, a palavra da vítima prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa idônea, sem desvios de personalidade, não irá a juízo acusar desconhecido da prática de um delito, quando isto não ocorreu. já quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. no caso, as declarações das vítimas da subtração e da violência informam e convencem sobre o assalto sofrido por elas e seu co-autor, o apelante. [...]” (Apelação Crime Nº 70035464700, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sylvio Baptista Neto, Julgado em 27/05/2010).

“[...] A palavra da vítima em delitos como o de roubo, marcado pela clandestinidade, sem demonstração de interesses escusos, merece prestígio ante a negativa de autoria, [...]” (Apelação Crime Nº 70028191468, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Aramis Nassif, Julgado em 08/04/2009).

Além do mais, a vítima José Walter de Anunciação Ramos e a testemunha presencial Edmilson Paim dos Santos reconheceram o apelante na delegacia (fls. 15 e 16), sendo que ambos reconheceram o réu também em Juízo, confirmando ter sido ele a pessoa que empunhou a arma de fogo, anunciou o “assalto” e subtraiu o veículo (fls. 42 e 52).

Portanto, restou devidamente apurado, de forma indubitável e evidente, a autoria do acu-

sado Alef dos Santos Ferreira no crime sob análise, assim, o conjunto fático-probatório lastreia, de modo cristalino e lapidar, a sentença condenatória.

II. DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

No que pertine ao pleito de modificação do regime de cumprimento de pena para o aberto, não há como acolher o apelo, uma vez que tendo sido o recorrente condenado à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, e nesse passo, considerando o quantum da pena aplicada, de rigor, o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, b, do Código Penal.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso manejado pelo apelante **ALEF DOS SANTOS FERREIRA** para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, em sintonia com o parecer ministerial, mantendo-se a r. sentença na sua integralidade.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0032602-80.2010.8.05.0001, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Desª. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 05.02.2015

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM ALTERAÇÃO EM SUA NUMERAÇÃO (ART. 33, DA LEI Nº. 11.343/06 E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI Nº. 10.826/03). CONDENAÇÃO DE PATRIC SOUZA DE CARVALHO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, POR MORTE, DE FERNANDO LUIS FRANÇA SÃO PEDRO.

EVIDENCIAM OS AUTOS QUE EM 26.03.2010, POR VOLTA DAS 15H:00, NAS IMEDIAÇÕES DA AVENIDA SAN MARTIN, POLICIAIS CIVIS PRENDERAM EM FLAGRANTE JONATHAS LUAN MARQUES, DIRIGINDO UM CARRO ROUBADO, E, POSTERIORMENTE, TAMBÉM FORAM PRESOS EM FLAGRANTE PATRIC SOUZA DE CARVALHO E FERNANDO LUIS FRANÇA SÃO PEDRO, COM ARMAS E DROGAS ILÍCITAS.

CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVA DO CRIME DE TRÁFICO, ESPECIALMENTE ATRAVÉS DE LAUDOS PERICIAIS E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS PRODUZIDOS EM JUÍZO, QUE CONFIRMAM A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, À EXCEÇÃO DOS ANTECEDENTES. APELANTE QUE JÁ CUMPRIU PENA POR ROUBO. REDUÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO PARA 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 540 (QUINHENTOS E QUARENTA) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/06.

PARA O CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, REDUZ-SE A PENA PARA 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, ATENUADA EM RAZÃO DA CON-

FISSÃO ESPONTÂNEA, FICANDO DEFINITIVA EM 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, E 10 (DEZ) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL.

PELO PRINCÍPIO DO CÚMULO MATERIAL, FICA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM 08 (OITO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, E A DE MULTA EM 550 (QUINHENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Apelação crime. Tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida (art. 33, da Lei nº. 11.343/06 e art. 16, parágrafo único, inciso I, da Lei nº. 10.826/03). Condenação de Patric Souza de Carvalho. Extinção da punibilidade, por morte, de Fernando Luis França São Pedro.

Evidenciam os autos que, em 26.03.2010, por volta das 15h:00, nas imediações da avenida San Martin, policiais civis prenderam em flagrante Jonathas Luan Marques, dirigindo um carro roubado, e este informou que o entregaria a dois indivíduos, Patric Souza de Carvalho e Fernando Luis França São Pedro, que foram presos em flagrante, respectivamente, no Curuzu e em Engomadeira, com armas e drogas (maconha).

Apelo defensivo que pretende a absolvição ou, alternativamente, a desclassificação para o art. 28, da Lei nº. 11.343/06, ou a redução da pena aplicada.

Parecer da Procuradoria de Justiça no sentido do provimento parcial, reduzindo-se a pena aplicada.

Contexto probatório que evidencia a materialidade delitiva e a autoria do crime de tráfico, especialmente através de laudos periciais e depoimentos testemunhais produzidos na instrução criminal, confirmando a investigação policial.

Apelante que em momento nenhum alegou ser usuário, limitando-se a negar a posse da droga ilícita. Impossibilidade de desclassificação para o art. 28, da Lei nº. 11.343/06.

Circunstâncias judiciais favoráveis, à exceção dos antecedentes. Apelante que já cumpriu pena por roubo. Redução da pena-base do crime de tráfico de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, no mínimo legal.

Impossibilidade de incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, inclusive porque além de já haver cumprido pena por crime, foi apontado como receptor de carro roubado.

Para o crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, reduzem-se as penas de 04 (quatro) anos de reclusão, e 100 (cem) dias-multa, para 03 (três) anos de reclusão, a ser cumpridas em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal.

Pelo princípio do cúmulo material, fica a pena privativa de liberdade em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e a de multa em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal.

Apelo parcialmente provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 0032602-80.2010.8.05.0001, em que figura como apelante PATRIC SOUZA DE CARVALHO, 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 parcial provimento ao apelo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra PATRIC SOUZA DE CARVALHO, qualificado nos autos como incurso nas penas do art. 33 da Lei nº. 11.343/06 e 16, *caput*, da Lei nº. 10.826/03.

Consta na peça acusatória, em síntese, que no dia 26.03.2010, por volta das 15h:00, nas imediações da Avenida San Martin, policiais civis prenderam, em flagrante, Jonathas Luan Marques, dirigindo um carro roubado, e este informou que o entregaria a dois indivíduos, Patric Souza de Carvalho e Fernando Luis França São Pedro.

A mencionada peça inicial narra ainda que os policiais civis se encaminharam à rua principal do Curuzu, onde prenderam Patric Souza de Carvalho, que estava na posse de um revólver calibre 38, e 11 (onze) “dolões” de maconha, e, após, ao Bairro da Engomadeira, na rua atrás da Cesta do Povo, local em que efetuaram a prisão de Fernando Luis França São Pedro, na posse de 40 (quarenta) “dolões” de maconha, sendo que toda a droga apreendida pesou 172,86g (cento e setenta e dois gramas e oitenta e seis centigramas).

A peça acusatória inicial de fls. 02 a 05 foi oferecida com base no inquérito policial de fls. 09 a 53, includente do Laudo Pericial nº. 2010 009523 01.

Defesa prévia de Fernando Luis França São Pedro apresentada às fls. 68/69 por defensor público, e, às fls. 71/72 por advogado constituído, e a de Patric Souza de Carvalho, por advogado constituído às fls. 82/83, e pela Defensoria Pública às fls. 88/89 e sendo recebida a denúncia em 31.01.2011 (fl. 85).

Laudo de Exame Pericial nº. 2010010461 01 e 2009 037274 01 (fls. 106/107 e 152/153).

Instrução realizada às fls. 174 a 179 e 221 a 223.

Memoriais finais do Ministério Público às fls. 228 a 234, no sentido da condenação, nos termos da denúncia.

Certidão de óbito de Fernando Luis França São Pedro à fl. 245.

Alegações finais de Patric Souza de Carvalho, às fls. 249 a 256, no sentido da absolvição ou, subsidiariamente, pela desclassificação para o art. 28 da lei de drogas, ou pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da referida lei.

Sobreveio sentença de fls. 264 a 271, tendo a MM. Juíza de Direito, Drª. Rosemunda Souza Barreto Valente, julgado parcialmente procedente a acusação, condenando Patric Souza de Carvalho na forma do art. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06 e art. 16, inciso I, da Lei nº. 10.826/03, e extinguiu a punibilidade de Fernando Luis França São Pedro em razão de seu óbito.

Na dosimetria, fixou-se, para o crime de tráfico de drogas, as penas iniciais e definitivas em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no mínimo legal. Para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, atenuada em 06 (seis) meses pela atenuante da confissão espontânea, tornada definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no mínimo legal.

Pelo princípio do cúmulo material, a pena final ficou em 10 (dez) ano e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Termo e razões do apelo defensivo às fls. 275 e 277 a 284, requerendo a absolvição, a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei de drogas, e a redução da pena imposta, com a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões ministeriais às fls. 286 a 291, no sentido do improvimento do apelo.

Nesta instância, pronunciou-se a eminente Procuradora de Justiça, Dr^a. Maria de Fátima Campos da Cunha, no sentido do provimento parcial do apelo, para reduzir a pena aplicada (fls. 295 a 299).

Submetido ao eminente Desembargador Revisor, pediu-se inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A materialidade delitiva do crime de tráfico se encontra comprovada através do Laudo Pericial nº. 2010 009523 01, à fl. 33, dando conta haver sido *“detectada a substância Δ-9-tetrahydrocannabinol (THC) nos materiais A e B [...] Um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa, L., encontra-se relacionado na Lista F-2 (Substâncias Psicotrópicas de uso proscriuto no Brasil) da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor”*.

A materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito se evidencia através do Laudo de Exame Pericial nº. 2010010461 01 (fls. 106/107), em que consta que a arma periciada, um revólver Marca Taurus, calibre nominal .38 SPL (ponto trinta e oito Special), possui *“número de série parcialmente suprimido por ação mecânica, sendo possível apenas identificar os últimos três dígitos como sendo 743 (sete, quatro, três)”*.

Em relação à autoria delitiva na pessoa do apelado, importante transcrever alguns depoimentos colhidos:

Marcos da Silva Sampaio, Policial Civil lotado na CEFAP, testemunha de acusação, em Juízo (fls. 178/179), afirmou que participou da diligência que resultou na prisão do sentenciado; que abordaram um celta roubado e a pessoa que o estava guiando apontou onde estariam as pessoas que receberiam o carro, ou seja, os dois acusados, sendo que ambos foram flagrados com arma e drogas.

Eliomar Rodrigues dos Santos, matrícula nº. 30.310.602-8, lotado no Batalhão Especializado de Policiamento em Eventos – BEPE, testemunha de acusação, em Juízo (fl. 221), sustentou que participou da apreensão de um celta furtado e que o condutor deste veículo informou que duas pessoas ficariam com o carro, indo em busca, então, de um deles, Fernando, mas confirmou que ambos os acusados foram flagrados com drogas e armas.

Marcos Neri dos Santos, matrícula nº. 30.340.201-8, lotado no Batalhão Especializado de Policiamento em Eventos – BEPE, testemunha de acusação, em Juízo (fl. 222), limitou-se a expor que não se lembrava dos fatos.

Marcos Paulo Reis Silva, testemunha indicada pela defesa do acusado Fernando, em Juízo (fl. 223), afirmando que o mencionado acusado é pessoa de vida social regular.

Fernando Luis Franca de São Pedro, em sua qualificação e interrogatório (fls. 174/175), negou ambos os crimes, afirmou conhecer o corréu apenas após os fatos, na prisão, e que morava na mesma rua de Jonas, por isso conhecia este, pessoa que o apontou como uma das pessoas que ficaria com o carro roubado.

Patric Souza de Carvalho, em sua qualificação e interrogatório (fls. 176/177), sustentou que não conheceu o corréu, sendo, apenas, colega de escola de Jonas; admitiu estar portando

arma de fogo; que foi condenado por roubo e cumpriu pena; acusou os policiais de haverem trazido a droga e forjado o flagrante.

Diante da prova pericial e testemunhal, não resta dúvida de que o apelante, em 26.03.2010, foi flagrado por policiais portando arma de fogo com numeração parcialmente suprimida (revólver calibre 38) e 11 (onze) *“dolões de maconha”*.

Ressalte-se que o crime previsto no art. 33 da Lei nº. 11.343/06 é de conteúdo variado, como abaixo se constata:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Dessa forma, praticando qualquer das condutas acima descritas, tem-se consumado o crime de tráfico de drogas, que independe, óbvio, de estar o acusado na posse de dinheiro ou de qualquer outro objeto que ajude a indicar a mercancia da mencionada droga.

Não se pode desclassificar o crime de tráfico para o tipo descrito no art. 28 da Lei nº. 11.343/06, inclusive porque o apelante, em sua qualificação e interrogatório, não afirmou, em momento algum, ser usuário, limitando-se a negar os fatos.

Em relação à dosimetria, tem-se que a ilustre Juíza de Direito sentenciante ponderou como negativas circunstâncias judiciais que, em verdade, eram apenas as normais do tipo, à exceção dos antecedentes, em que referiu-se a uma condenação por roubo, com trânsito em julgado desde o ano de 2008. Por esta última razão, aumentou a pena-base para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses, e motivo pelo qual deve esta ser mantida neste patamar, e tornada definitiva, a ser cumprida em regime semi-aberto.

A pena de multa também deve ser redimensionada, e reduzida, por equivalência, para 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, no mínimo legal.

Não há possibilidade de incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da lei de drogas, pois o apelante já foi condenado em processo criminal com trânsito em julgado (fl. 261), e a denúncia descreve que Jonas o indicou como receptor do carro que havia furtado. Ou seja, há provas concretas de que o apelante se dedica a atividades criminosas.

Em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo com alteração em sua numeração, pelos mesmos argumentos acima expostos, reduz-se a pena-base para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses, reduzida em 04 (quatro) meses pela incidência da confissão espontânea, ficando definitiva em 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

A pena de multa também deve ser redimensionada, e reduzida, por equivalência, para 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal.

Pelo princípio do cúmulo material, fica a pena privativa de liberdade em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas aplicadas. Decisão unânime.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0000035-27.1997.805.0138-0, Segunda Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Roberto Santos Araújo, julgado em 02.09.2010.

PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO – ART. 129, § 1º, III/CP – LESÃO CORPORAL GRAVE - INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE INTERCORRENTE - TRANCURSO DE PERÍODO SUPERIOR A OITO ANOS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA À SENTENÇA CONDENATÓRIA – TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO - PENA APLICADA DE QUATRO ANOS – ART. 109, IV C/C ART. 110, § 1º /CP - RECURSO CONHECIDO – DECRETAÇÃO EX OFFICIO DA PRESCRIÇÃO.
O decurso do tempo apaga a memória do fato punível e a necessidade do exemplo desaparece. (Abel do Vale; apud Ribeiro Pontes, Código Penal Brasileiro, 8a. ed., p. 154)
A prescrição intercorrente (art. 110, § 1º, do CP) “constitui forma de prescrição da pretensão punitiva (da ação), que rescinde a própria sentença condenatória” (Damásio E. de Jesus, Código Penal Anotado, 18a. ed., p. 358).
Art. 110, § 1º /CP. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000035-27.1997.805.0138-0, em que figuram como Apelante Rene Caetano de Jesus e Apelado Ministério Público, etc.

Acordam, em Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer o recurso e decretar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva.

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença de fls. 135/7 acresça-se a interposição de recurso de apelação de fls.143/7, através do qual requer o condenado que seja declarada a prescrição da pretensão punitiva; a adesão às razões do Apelante (fls.149/53), em sede de contrarrazões, pelo *Parquet*; e a anuência, vinda às fls.157/9, da douta Procuradoria de Justiça, quanto à pretensão recursal.

É o brevíssimo relatório

VOTO

Conheço do recurso, eis que encontrados os pressupostos.

Compulsando-se os autos, inevitável constatar a incidência da prescrição da punição punitiva, na modalidade intercorrente. Senão vejamos.

Oferecida a denúncia, foi recebida em 15/09/1997 (fls. 39). A sentença condenatória à pena de quatro anos de reclusão em regime semiaberto, de sua vez, publicada em 08/09/2009,

conforme certificado às fls. 137v. Intimado, o Ministério Público não recorreu, vê-se às fls. 137v.

Do confronto das datas, conclui-se, à luz dos arts. 109, IV C/C 110, § 1º/CP, em favor da prescrição, *ad litteram*:

Art. 110, § 1º /CP - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

Ante o exposto, mister a decretação da prescrição, na modalidade intercorrente, haja vista a previsão legal, desde quando se verifica, *in casu*, transcurso período de tempo superior ao que a lei exige para o aniquilamento do jus puniendi.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0000677-70.2011.8.05.0053, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Desª. Ivone Bessa Ramos, julgado em 18.08.2015

APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. ARTIGO 129, § 2.º, INCISO IV DO CPB. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO.

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AFIRMAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA PARA A CONDENAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE NÃO INDICARAM DE FORMA ROBUSTA A PARTICIPAÇÃO DAS APELANTES ENIARA DOS SANTOS SOUZA E ELENITA DOS SANTOS NAS AGRESSÕES PERPETRADAS CONTRA A VÍTIMA. RÉS ENIARA E ELENITA QUE NEGARAM O COMETIMENTO DO FATOS. DÚVIDA QUE, NA ESFERA CRIMINAL, MILITA EM FAVOR DO ACUSADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO DAS RÉS ENIARA DOS SANTOS SOUZA E ELENITA DOS SANTOS QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ARTIGO 386, INCISO VII DO CPPB. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E CONFISSÃO DA CORRÉ CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA QUE DÃO CONTA DE QUE A LESÃO FOI ENSEJADA POR UMA MORDIDA EFETUADA POR CLÉCIA. INTELGÊNCIA DO ARTIGO 182 DO CPPB. MAGISTRADO QUE NÃO SE ENCONTRA VINCULADO ÀS CONCLUSÕES DO LAUDO PERICIAL, PODENDO ACOLHÊ-LO OU REJEITÁ-LO NO TODO OU EM PARTE. CONDENAÇÃO DA RÉ CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA IRREPREENSÍVEL.

PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DESCRITO NO ARTIGO 129, CAPUT DO CPB. IMPOSSIBILIDADE. ARCABOUÇO PROBATÓRIO QUE DEMONSTROU A OCORRÊNCIA DE LESÃO

LACERO-CONTUSA, COM PERDA DE SUBSTÂNCIA, NO POLO INFERIOR DO PAVILHÃO AURICULAR DIREITO DA VÍTIMA, CAUSANDO-LHE DEFORMIDADE PERMANENTE. LAUDO PERICIAL QUE CERTIFICA A GRAVIDADE DA LESÃO. INCIDÊNCIA INCONTESTE DA QUALIFICADORA PREVISTA NO INCISO IV DO § 2.º DO ARTIGO 129 DO CPB.

APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA PARA ABSOLVER AS RÉS ENIARA DOS SANTOS SOUZA E ELENITA DOS SANTOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da **Apelação Criminal n.º 0000677-70.2011.8.05.0053**, oriunda da Vara Crime da Comarca de Castro Alves/BA, em que figuram como Apelantes CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA, ENIARA DOS SANTOS SOUZA e ELENITA DOS SANTOS, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **CONHECER do Recurso de Apelação interposto e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para absolver as Rés ENIARA DOS SANTOS SOUZA e ELENITA DOS SANTOS**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelas Rés ELENITA DOS SANTOS, ENIARA DOS SANTOS SOUZA e CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA, por meio de seu Patrono constituído, em irrisignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Castro Alves/BA, que, julgando procedente a Denúncia, condenou-as pela prática do delito tipificado no art. 129, § 2.º, inciso IV do Código Penal Brasileiro, sendo imposta a ELENITA a pena de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ENIARA a pena de 02 (dois) anos de reclusão e a CLÉCIA a reprimenda de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, todas em regime inicialmente aberto.

Narrou a Peça Acusatória que, no dia 25 de julho de 2010, aproximadamente às 20:00 horas, no Povoado de Maracanã, situado em Rafael Jambeiro/BA, a vítima Tamaris Machado Gomes foi supostamente agredida pelas Acusadas ELENITA, ENIARA e CLÉCIA, ensejando-lhe lesões de natureza grave.

Expôs a Denúncia que a vítima Tamaris estaria passando em frente à residência das Rés, ocasião em que CLÉCIA teria investido contra ela, iniciando uma briga. Indicou também que, logo em seguida, ENIARA teria ingressado na briga para auxiliar sua irmã CLÉCIA, e ambas as Acusadas teriam conseguido imobilizar a mencionada ofendida, momento em que ELENITA, mãe de CLÉCIA e ENIARA, aproximou-se do local e, após tirar uma faca de dentro da manga de sua camisa, supostamente cortou uma parte da orelha direita de Tamaris, causando-lhe deformidade permanente.

A Denúncia foi recebida em 07.12.2011 (fl. 44).

Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferida a Sentença acima mencionada (fls. 64/72).

Inconformadas, as Condenadas interpuseram o presente Recurso de Apelação (fls. 75 e 78). Em suas Razões de fls. 84/88, postularam pela reforma da Sentença para que sejam absolvidas, alegando a ausência de provas seguras de autoria delitiva e a aplicação do Princípio *in dubio pro*

reo. De modo subsidiário, requerem o afastamento da qualificadora inserta no inciso IV, § 2.º do art. 129 do CPB, com a desclassificação de sua conduta para o tipo previsto no art. 129, *caput* do aludido Diploma Legal.

Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou Contrarrazões às fls. 91/92, pugnando pelo improvimento do Apelo.

Oportunizada sua manifestação, o Douto Procurador de Justiça Antônio Carlos Oliveira Carvalho opinou pelo conhecimento e improvimento da Apelação manejada (fls. 96/98).

É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação do Eminentíssimo Desembargador Revisor, com as homenagens de estilo.

VOTO

Ante o preenchimento dos pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, exigidos no caso sob exame, impõe-se o conhecimento do Recurso manejado pelas Rés ELENITA DOS SANTOS, ENIARA DOS SANTOS SOUZA e CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA.

Consoante relatado, em suas Razões de fls. 84/88, as Apelantes postulam pela reforma da Sentença *a quo* para que sejam absolvidas, alegando a ausência de provas seguras de autoria delitiva e a aplicação do Princípio *in dubio pro reo*. De modo subsidiário, requerem o afastamento da qualificadora inserta no inciso IV, § 2.º do art. 129 do CPB, com a desclassificação de sua conduta para o tipo previsto no art. 129, *caput* do aludido Diploma Legal.

Analizando detidamente o caderno probatório colacionado aos fôlios, constata-se que, no dia 25.07.2010, no Povoado Maracanã, município de Rafael Jambeiro/Ba, a vítima Tamaris Machado Gomes conversava com suas amigas Hortênsia e Jaqueline em frente à residência desta última, quando a Acusada ENIARA DOS SANTOS SOUZA passou pelo local em companhia de sua irmã Priscila, tendo ENIARA e Tamaris trocado ofensas verbais. Assim é que, duas horas depois, por volta das 20:00 horas, a vítima Tamaris passou defronte à casa de ENIARA acompanhada das mesmas amigas, Hortênsia e Jaqueline, ocasião em que a Acusada CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA, irmã de ENIARA, foi em direção à ofendida, então adolescente, questionando-lhe o porquê das ofensas irrogadas contra sua irmã e iniciando uma briga.

Os elementos de convicção acostados aos autos apontam com firmeza que CLÉCIA desferiu golpes contra Tamaris, tendo ambas confirmado tal fato quando inquiridas em juízo (vide mídia juntada à fl. 63). Frise-se, por outro lado, que o fato de a agressão perpetrada por CLÉCIA ter sido, em uma das versões apresentadas pelas partes, rebatida por supostos golpes perpetrados pela vítima não retira da primeira conduta sua tipicidade e ilicitude – considerando as circunstâncias que comprovadamente a delinearam, mormente pelo excesso perpetrado e evidenciado também pela diferença na idade e na compleição física de ambas.

De outro viés, a Apelante CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA confessou, tanto perante a Autoridade Policial (fl. 11) quanto em juízo (mídia à fl. 63), que as lesões que ensejaram no ferimento lacero-contuso, com perda de substância na orelha direita da vítima Tamaris foram por ela praticadas. Segundo CLÉCIA, ela teria mordido a citada orelha da vítima Tamaris durante o confronto e, por conta de um “puxão”, arrancado parte dela, que veio em sua boca.

A vítima Tamaris não soube indicar com exatidão de quem partiu a conduta que ocasionou a perda de parte de seu membro auricular direito. É que – não obstante tenha sustentado, em sede judicial, que viu ELENITA com uma faca na mão e que esta, por suposição, teria sido a pessoa que a arranhou no rosto e cortou parte de sua orelha – a ofendida foi enfática em aduzir que não conseguiu extrair de que forma o fato se sucedeu, em virtude de CLÉCIA e, supostamente, ENIARA estarem, na oportunidade, em cima dela, emanando agressões. De todo modo, Tamaris

afirmou que os comentários feitos posteriormente por populares deram conta de que sua orelha foi mordida e, assim, arrancada por CLÉCIA (*vide* mídia acostada à fl. 63).

Por outro lado, a testemunha Naiara dos Santos confirmou, judicialmente, que foi CLÉCIA quem cortou a orelha de Tamaris, tanto que a viu cuspir parte do referido membro, tendo ficado com sangue na boca. Nesse mesmo sentido ratificou a Codenunciada Elenita dos Santos Souza, mãe de CLÉCIA, em seu interrogatório judicial (*vide* mídia acostada à fl. 63).

Com base em tais premissas, ressalte-se que, embora todas as testemunhas inquiridas em juízo tenham presenciado a cena delitiva, nenhuma delas foi precisa em afirmar de que modo teria se dado a participação das Apelantes ENIARA DOS SANTOS SOUZA e ELENITA DOS SANTOS nas agressões físicas perpetradas em desfavor de Tamaris, restando somente incontestes que ambas as Apelantes se encontravam no local em que ocorria a briga entre CLÉCIA e Tamaris.

Com ênfase, o conjunto probatório indica que, logo que visualizou a Acusada CLÉCIA iniciar as agressões contra Tamaris, a Apelante ENIARA entrou em sua residência e chamou sua genitora ELENITA DOS SANTOS, ora também Apelante, para apaziguar a situação. Nesse contexto, a Apelante ELENITA, que estava na cozinha, saiu de casa com uma faca na mão e foi em direção ao lugar onde ocorria a confusão, quando presenciou sua filha CLÉCIA em cima de Tamaris, agredindo-a, e o irmão da vítima chamado Adileis em cima de sua filha. Assim, teria somente ameaçado Adileis de lesioná-la com a faca, caso não saísse de cima de sua filha, sendo por este obedecida.

No ponto, registre-se que Adileis Machado Gomes, irmão da vítima, foi ouvido sob o crivo do contraditório na condição de declarante (mídia à fl. 63) e se cingiu a afirmar que viu a briga envolvendo sua irmã acontecer, no entanto, apenas teria se dirigido à localidade quando a confusão terminou já que teria sido impedido por Naiara. Ocorre que, além de soar inverossímil o fato de o irmão mais velho da vítima ter se mantido inerte, sendo segurado por uma moça mais nova, enquanto sua irmã era agredida, esta mesma afirmou em juízo que foi o aludido irmão quem separou a briga – fortalecendo, pois, a conclusão acima obtida.

Observe-se que a Apelante ENIARA alegou em seu interrogatório que CLÉCIA foi tirar satisfações com a vítima em razão desta ter provocado a interrogada e a chamado de “*caideira*”, por ter uma doença que lhe provoca não raros desmaios. Confirmou que, quando CLÉCIA chegou perto da vítima, iniciaram-se agressões mútuas e ambas caíram ao chão. Negou ter participado do confronto, argumentando que, naquele momento, correu para dentro de casa e chamou sua mãe ELENITA, sendo que esta saiu da residência do jeito em que se encontrava e com uma faca na mão. Aduziu que a genitora ELENITA saiu em disparada em direção ao local da briga e determinou que Adileis, irmão da vítima, saísse de cima de sua filha CLÉCIA, sob ameaça de o ferir com a arma branca, tendo este obedecido a determinação e puxado sua irmã, finalizando a briga. Disse que, naquela oportunidade, CLÉCIA já havia mordido a orelha da vítima (*vide* mídia juntada à fl. 63).

A Apelante ELENITA, de igual sorte, confirmou que, ao ser informada da briga envolvendo CLÉCIA e Tamaris, saiu de sua residência e correu ao local com uma faca na mão, visando separar as contendoras. Asseverou que, no entanto, surpreendeu Adileis, irmão da vítima, chutando sua filha CLÉCIA, quando ameaçou “furar” Adileis caso ele não saísse de cima de CLÉCIA. Negou, ademais, que ela e ENIARA houvessem encostado em Tamaris (*vide* mídia juntada à fl. 63).

De mais a mais, CLÉCIA corroborou que ENIARA e ELENITA não participaram das agressões praticadas contra a vítima. Assegurou que ELENITA compareceu ao local com uma faca de cozinha na mão após ser chamada por ENIARA, e que ELENITA somente abordou Adileis e determinou que ele largasse a interrogada, sem agredir fisicamente ninguém (*vide* mídia juntada à fl. 63).

Isto posto, é de rigor concluir que as provas amealhadas aos autos não apontam, de maneira

incontestes, a participação das Apelantes ENIARA DOS SANTOS SOUZA e ELENITA DOS SANTOS SOUZA no fato típico que vitimou a então adolescente Tamaris Machado Gomes.

É sabido que, como fonte objetiva da verdade, a prova é necessária para demonstrar a existência ou a inexistência da veracidade da acusação e se dirige ao Magistrado para formar o seu convencimento, a sua convicção. Por esta razão é que o Processo Penal tem que reunir, em seu bojo, prova suficiente e confiável para abstrair-se do conjunto probatório a certeza da prática de um ilícito penal. Do contrário, havendo dúvida quanto ao fato jurídico denunciado, deve o Magistrado absolver o acusado. Corrobora neste sentido o art. 155, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ainda, para o Decreto Condenatório com privação de liberdade ou de direitos, torna-se necessária a existência de prova robusta e certa da materialidade e da autoria criminosa, sem qualquer resquício de dúvida. Do contrário, a falta de evidência, não materializada pela solidez da prova, retira a faculdade de punição, pois não se condena em dúvida ou na falta de certeza.

É de trivial conhecimento 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*”¹. Nesse desiderato, uma prova deficiente, incompleta ou contraditória gera inevitavelmente a dúvida e, com ela, a peremptoriedade da absolvição, pois milita, em favor do penalmente acusado, uma presunção relativa de inocência.

Repise-se que na hipótese em testilha, não obstante tenha sido oportunizada a colheita de provas judicializadas que viessem a elucidar os fatos narrados na Prefacial, o Órgão Ministerial não se desincumbiu do ônus de comprovar os indícios da prática criminosa delineados no Inquérito Policial em desfavor das Apelantes ENIARA e ELENITA.

Sobre a necessidade de judicialização da prova, assim brilhantemente esclarece Andrey Borges de Mendonça²:

Portanto, em obediência ao princípio do contraditório, necessário que os elementos informativos produzidos no inquérito sejam judicializados, ou seja, sejam repetidos 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 isso a nova legislação deixou claro que o magistrado deve se guiar, na fundamentação, pela prova produzida em contraditório judicial. Inclusive, o legislador demonstra que somente pode ser considerado “prova” aquilo que foi produzido em contraditório. Em outras palavras, o contraditório passa a ser elemento essencial do conceito de provas, relegando-se a expressão “elementos informativos” para tudo o que fora produzido sem a observância do contraditório.

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

2 MENDONÇA, ANDREY BORGES. **Nova reforma do código de processo penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 149.

Não é outro o posicionamento da jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. PROVA INDICIÁRIA INSUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO, UNANIMEMENTE. 1. **O conjunto probatório não demonstra, com suficiência, a existência do crime de atribuído ao apelante.** 2. **Existem nos autos duas versões, sem que, no cotejo de provas, haja prevalência de uma delas, razão pela qual a absolvição se impõe por obediência ao princípio do in dubio pro reo.** 3. Ainda que os indícios sejam considerados como meio de prova, eles não estão nem em quantidade nem em qualidade suficientes para autorizar a certeza da condenação. 4. Recurso provido, à unanimidade para absolver Vandeilson Dias da Silva, nos termos do art. 386, II, do CPP, da acusação que lhe foi dirigida. (TJ-PE - APL: 3002664 PE, Relator: Roberto Ferreira Lins, Data de Julgamento: 03/09/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/09/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CONFISSÃO NA FASE DE INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. I - AS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE DE INQUÉRITO SOMENTE PODEM SE UTILIZADAS SE CONFIRMADAS POR AQUELAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, NÃO PODENDO SERVIR COMO ÚNICA PROVA A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO, NOS TERMOS EXPRESSOS DO ART. 155 DO CPP II - **APLICA-SE O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO, E, POR CONSEQUÊNCIA A ABSOLVIÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DIANTE DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO CAPAZES CONFIRMAR OU APOIAR A CONFISSÃO DO RÉU FEITA NA FASE DE INQUÉRITO.** III - **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (TJ-DF - APR: 954611520098070001 DF 0095461-15.2009.807.0001, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO, Data de Julgamento: 15/03/2012, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: 26/03/2012, DJ-e Pág. 253)

Visto isso, **deve-se aplicar em benefício das Apelantes ENIARA DOS SANTOS SOUZA e ELENITA DOS SANTOS o Princípio *in dubio pro reo*, norteador do Direito Penal, com esteio no art. 386, inciso VII, do CPP**, pois não se admite uma condenação baseada em meros indícios.

Sob outro viés, o arcabouço de provas demonstra, estreme de dúvidas, que a autora da lesão que ocasionou a perda de parte da orelha direita da vítima foi a Acusada CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA.

Saliente-se por oportuno que – muito embora o Laudo de Exame de Lesões Corporais n.º 2010 12 PV 334 01 tenha concluído que a vítima Tamaris Machado Gomes foi lesionada com uma “arma branca” no *polo inferior do pavilhão auricular direito*, causando-lhe *debilidade permanente* do membro – as demais provas colacionadas aos fôlios, sobretudo a fotografia de fl. 37 e os supradestacados depoimentos firmados na mídia de fl. 63, dão conta de que a lesão gravíssima foi perpetrada através de uma mordida efetivada pela Acusada CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA.

É cediço que o Magistrado não está adstrito ao exame pericial, de modo que, em harmonia com o Princípio do livre convencimento motivado, o Julgador pode aceitar ou rejeitar os resultados da perícia, desde que o faça de forma fundamentada. O art. 182 do Código de Processo Pe-

nal, inclusive, de maneira expressa, preceitua: “*o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte*”.

Nessa linha intelectual, posiciona-se a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores (grifos acrescidos):

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTIGOS 157, § 2º, INCISO I, 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL). INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. LAUDO ANULADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APRESENTAR QUESITOS. EIVA NÃO CARACTERIZADA. [...]

LAUDO PERICIAL ELABORADO NA VIGÊNCIA DO ARTIGO 159 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 8.862/1994. EXAME REALIZADO POR UM ÚNICO PERITO NÃO OFICIAL. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR VÁLIDO O PRIMEIRO LAUDO PERICIAL, COMO PRETENDIDO PELO IMPETRANTE. ORDEM DENEGADA. [...]

5. Por fim, vale destacar que, conquanto tenha sido considerado nulo durante o curso do processo, o primeiro laudo, cuja validade o impetrante pretendia que fosse reconhecida por esta Corte Superior, foi efetivamente considerado e apreciado na sentença condenatória, sendo o seu resultado afastado pelo Juiz de Direito em observância ao princípio do livre convencimento motivado, por meio do qual se confere ao julgador a liberdade de formar as suas convicções ponderando as provas que desejar, valorando-as conforme o seu entendimento, desde que o faça fundamentadamente, não estando, outrossim, vinculado às conclusões formuladas no laudo pelo perito, nos termos do artigo 182 do Código de Processo Penal.

6. Ordem denegada.

(STJ - HC 113.471/MS. Ministro Relator: Jorge Mussi. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgado em 03/02/2011. Publicação: DJe 28/03/2011)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA QUE REJEITOU LAUDO DE EXAME DE INSANIDADE MENTAL. NULIDADE. HABEAS-CORPUS DENEGADO. I - **O artigo 182 do Código Processual Penal é hialino - ao não vincular o Magistrado à conclusão dos peritos. Contudo a decisão que rejeitar os laudos produzidos pelos peritos deve ser fundamentada.** II - **Ratifica tal preceito a posição do Magistrado como peritum peritorum, formando sua convicção na livre apreciação das provas.** III - **Decisum que rejeitou o laudo de insanidade mental devidamente fundamentado, esclarecendo, o Juiz do feito que a depressão constatada em tal laudo ocorreu após o fato delituoso. Além disso, como prova de plena capacidade de discernir o caráter ilícito de seu ato, o paciente - aproveitando-se da ausência de policiamento - fugiu do manicômio judiciário.** IV - Ordem denegada.

(TJ-MA - HC: 35362003 MA. Desembargador Relator: Júlio Araújo Aires Data de Julgamento: 25/04/2003)

Deste modo, concernente à Apelante CLÉCIA DOS SANTOS SOUZA, dessume-se que não merece guarida a alegação de falta de arcabouço probatório hábil a sustentar o Édito condenatório, eis que o Magistrado *a quo* analisou pormenor e acertadamente o conjunto probatório para, ao final, concluir por sua responsabilidade penal ante o cometimento do delito de Lesão corporal gravíssima praticado contra a vítima Tamaris Machado Gomes.

Ante todo o exposto, **CONHECE-SE e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso

de Apelação somente **para absolver as Rés ENIARA DOS SANTOS SOUZA e ELENITA DOS SANTOS**, com fulcro no art. 386, inciso VII do CPP, mantendo-se a Sentença guerreada em todos os seus demais termos.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0300604-70.2013.8.05.0080, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Des. João Bôsko de Oliveira Seixas, julgado em 17.06.2014.

APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. LEI Nº 11.340/2006. EM PRIMEIRO GRAU, ACOLHIDA A RETRATAÇÃO DA VÍTIMA E DECLARADA A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL; POR OUTRO LADO, CONDENAÇÃO PELO DELITO DESCRITO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL, A UMA REPRIMENDA DE 5(CINCO) MESES DE DETENÇÃO, A SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO. RECONHECIDA A DETRAÇÃO E SUBSTITUÍDA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

PRETENSÃO DEFENSIVA:

1.1) ALEGAÇÃO DE QUE NÃO RESTOU SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO O CRIME DE LESÃO CORPORAL IMPUTADO AO APELANTE. NÃO ACOLHIMENTO. PALAVRA DA VÍTIMA, EXAME PERICIAL E ELEMENTOS INDICATIVOS COLHIDOS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL QUE EMBASAM O ÉDITO CONDENATÓRIO.

1.2) PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA BASE. DESARRAZOADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA EM APENAS 2(DOIS) MESES. APELANTE QUE INVADIU A RESIDÊNCIA DA VÍTIMA E PRATICOU AS LESÕES REFERIDAS NO LAUDO PERICIAL. MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA QUE SE IMPÕE.

PRETENSÃO MINISTERIAL:

2.1) PLEITO DE AFASTAMENTO DA RETRATAÇÃO DA VÍTIMA COM A CONSEQUENTE CONDENAÇÃO DO APELADO COMO INCURSO NO CRIME PREVISTO NO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI 11.340/2006 E IMPOSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA VÍTIMA APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. PROVAS CARREADAS AOS AUTOS SUFICIENTES A AMPARAR A CONDENAÇÃO DO APELADO TAMBÉM PELO CRIME DE AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA QUE POSSUI ESPECIAL RELEVÓ.

2.2) DOSIMETRIA DA PENA: 2.2.1) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOPESADAS NOS TERMOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. VALORADAS NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA BASE FIXADA EM 2(DOIS) MESES DE DETENÇÃO. **2.2.2) CONSIDERANDO A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO**

II, LETRA “F”, DO CÓDIGO PENAL, PENA AGRAVADA EM 1/6 (UM SEXTO), QUE, EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE ATENUANTES, CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO DA PENA, RESULTA EM DEFINITIVA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA E AUMENTO EM 1/6 (UM SEXTO). PENA TOTAL ARBITRADA EM 2(DOIS) MESES E 21(VINTE E UM) DIAS DE DETENÇÃO.

2.3) APLICAÇÃO DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL, EM FUNÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL. PENA FINAL QUE RESULTA EM 7(SETE) MESES E 21(VINTE E UM) DIAS DE DETENÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO NO ABERTO. OBSERVÂNCIA DA REGRA INSERIDA NO ART. 33, §2º, LETRA “C”, DO CÓDIGO PENAL. AINDA QUE SE VISLUMBRE NÃO SER CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO, MANTENHO A REFERIDA SUBSTITUIÇÃO CONCEDIDA PELA DOUTA A QUO, POIS TAL MATÉRIA NÃO FOI OBJETO DO PRESENTE APELO.

APELO DEFENSIVO CONHECIDO E IMPROVIDO. APELO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA VERGASTADA REFORMADA PARCIALMENTE PARA AFASTAR A RETRATAÇÃO DA VÍTIMA E A DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, E, ASSIM, CONDENAR EDMILSON DE JESUS COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0300604-70.2013.8.05.0080, oriundos do Juízo de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, tendo simultaneamente como apelantes e apelados **Edmilson de Jesus e Ministério Público do Estado da Bahia**.

Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER DAS APELAÇÕES, JULGANDO IMPROVIDO** o apelo defensivo e **PROVIDO o apelo ministerial**, de acordo com o voto do Relator, que foi vertido nos seguintes termos:

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Simultâneas interpostas contra a sentença de fls. 84/90, cujo relatório adoto e acrescento que a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, após a devida instrução processual, julgou procedente em parte a Denúncia de fls. 39/41, acolhendo a preliminar suscitada pela defesa para declarar a extinção de punibilidade de **EDMILSON DE JESUS** em relação à imputação do crime previsto no art. 147 do Código Penal, mas, entretanto, condenando-o como incurso nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal, a uma reprimenda de 05 (cinco) meses de detenção, que foi substituída por restritiva de direitos, assim como observada a detração.

Irresignada, a Defesa interpôs Apelo às fls. 98, arrazoando que: **I)** Não restou suficientemente demonstrado o crime imputado ao apelante, tendo em vista inexistir vontade e consciência de lesionar a vítima, assim como a inexistência de prova incontestada quanto à lesão corporal, diante da ausência do exame pericial exigido para tanto; **II)** A pena base aplicada na sentença

verbastada foi exacerbada e, logo, destoante das circunstâncias judiciais, que, no seu sentir, são todas favoráveis ao apelante. Requereu, portanto, conhecimento e provimento do recurso (fls. 154/157).

Em contrarrazões de fls. 184/188, o Ministério Público refutou os argumentos, pugnando pelo improvimento do apelo defensivo.

Simultaneamente, o *Parquet* interpôs Apelação, arrazoando basicamente a inexistência de obrigatoriedade da audiência do art. 16 da Lei 11.340/2006 e a impossibilidade de retratação da vítima após o recebimento da denúncia. Pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo para reformar parcialmente a sentença no sentido de cassar a declaração da extinção da punibilidade quanto à imputação do crime previsto no art. 147 do Código Penal, e, assim, condenar o apelado pela referida conduta delitiva, nos moldes do que foi pedido na exordial acusatória. Prequestionou os artigos 4º e 16 da Lei 11.340/2006 e o art. 5º, incisos II e XXXV da Constituição Federal (fls. 135/148).

Em contrarrazões de fls. 150/153, a Defesa pleiteou o conhecimento e improvimento do recurso do Ministério Público, ressaltando o direito líquido e certo da vítima quanto ao que dispõe o art. 16 da Lei Maria da Penha.

Remetidos os Autos a esta Egrégia Corte de Justiça, foram oportunamente remetidos à douta Procuradoria de Justiça, que, instada a se manifestar, opinou pelo conhecimento e improvimento do Apelo Defensivo e pelo conhecimento e provimento do Apelo do Ministério Público, de maneira a reformar a sentença para condenar Edmilson de Jesus também nas iras do art. 147, caput, do Código Penal (fls. 192/197).

Encontrando-se conclusos a este relator, e por não dependerem de revisão, conforme observância do quanto disposto no art. 166 do RITJBA, pedi a inclusão em pauta para julgamento.

Relatados os Autos, decido:

VOTO

Devidamente observados requisitos de admissibilidade recursal, conheço de ambos os Apelos.

In casu, constam dos documentos colhidos durante o inquérito policial e da exordial acusatória de fls. 39/41 que, no dia 05.11.2012, Edmilson de Jesus teria invadido a residência de sua ex-companheira, apertando o pescoço desta e ameaçando-a de morte, sendo, entretanto, impedido de prosseguir no seu intento pela intervenção dos vizinhos. Dias após, precisamente, em 22.12.2012, houve a reiteração da conduta anteriormente descrita, só que, desta vez, atacando a vítima com socos e chutes, lesionando-a com um “pedaço de pau”. Outros episódios similares foram registrados em 26.12.2012 e 12.01.2013, quando as ameaças foram efetivadas com armas brancas, tipo “faca” e tipo “peixeira”.

Acerca desse contexto, o Ministério Público ofereceu Denúncia contra Edmilson de Jesus como incurso nas sanções do art. 147 (por três vezes) e art. 129 c/c o art. 69, todos do Código Penal, com incidência da Lei 11.340/2006.

Em audiência de instrução e julgamento, a douta magistrada sentenciante acolheu a retratação da vítima quanto à imputação da conduta tipificada no art. 147 do Código Penal, condenando Edmilson de Jesus apenas pela prática delitiva prevista no art. 129, §9º, do Código Penal, a uma pena de 05 (cinco) meses de detenção, que foi substituída por restritiva de direitos, assim como sendo observada a detração de 3(três) meses e 15(quinze) dias.

APELAÇÃO DEFENSIVA

Como visto, insurge-se a Defesa contra a r. sentença de fls. 84/90, inicialmente argumen-

tando que não restou suficientemente demonstrado o crime previsto no art. 129, §9º, do Código Penal, tendo em vista inexistir vontade e consciência do apelante em lesionar a vítima, assim como a inexistência de prova inconteste quanto à lesão corporal, diante da ausência do exame pericial exigido para tanto. Entretanto, tal pretensão não merece ser acolhida, uma vez que a referida alegação mostra-se insubsistente e não se coaduna com a realidade trazida no bojo probatório que lastreia o édito condenatório.

Diferentemente do que aduz a Defesa, a materialidade delitiva é firme a indicar ocorrência do delito de lesão corporal, conforme demonstra o laudo pericial acostado às fls. 72, ratificando que das agressões sofridas pela vítima em 22.12.2012, precisamente de “(...) *edema discreto em região malar direita; escoriação cotovelo direito; Ferimento linear superficial em região do calcâneo direito; Ferimento superficial em região palmar direita*”, resultou, através de ação corto contundente, ofensa à integridade corporal ou à saúde desta.

Por outro lado, a autoria delitiva imputada ao apelante, assim como o dolo de lesionar a vítima, encontra respaldo nas declarações da vítima, tanto na fase de investigações, quanto em juízo. Ressalta-se, inclusive, que, perante a douta magistrada *a quo*, a vítima tentou amenizar a situação narrada na Delegacia, demonstrando nítido temor de prosseguir com a ação penal. Senão vejamos dos seguintes trechos:

“(…)Que Edmilson não aceita a separação e no dia 31.10.2012, estava em casa, quando Edmilson chegou, bêbado, invadiu o Condomínio e começou a lhe gritar, lhe xingando de puta, vagabunda, descarada, proferindo ameaças; Que dias depois, Edmilson invadiu o Condomínio e a residência da declarante, arrombando a porta da mesma, no momento em que dormia; Que assustou-se com Edmilson dentro de casa, momento em que este passou a lhe agredir com murros, falando que iria lhe matar, arrastando-a para o banheiro, tentando lhe enforcar, que começou a gritar, momento em que a sua sobrinha de 14 anos acordou e saiu pedindo socorro; Que Edmilson ainda quebrou vários objetos da declarante dentro de casa; Que após a chegada de populares, Edmilson, ao avistar uma viatura, pegou a bicicleta da declarante e fugiu (...) Que na madrugada de 22.12.2012, estava dormindo quando Edmilson invadiu novamente o condomínio, arrombou a porta da sua casa e adentrou na mesma, passando a lhe agredir com vários socos e chutes; Que Edmilson portava uma faca e tentou desferir golpes na declarante, porém não conseguiu, momento em que foi surpreendido por um vizinho, conhecido por Marcelo, o qual pôs Edmilson para fora; Que na data de hoje, Edmilson invadiu mais uma vez a casa da declarante e lhe agrediu com pontapés e chutes, momento em que entrou em luta com o mesmo; Que Edmilson portava uma faca, porém a declarante conseguiu tomá-la das mãos do mesmo, saindo correndo em seguida; Que ligou e pediu uma viatura; Que Edmilson permaneceu em casa, jogando os objetos no chão; Que passados mais ou menos uma hora, os Policiais chegaram e levaram Edmilson (...) Que DESEJA REPRESENTAR CRIMINALMENTE CONTRA O EX-COMPANHEIRO EDMILSON DE JESUS (...)” (Termo de declarações da vítima Adenise dos Santos Neri, perante a autoridade policial, fls. 09/10)- grifos nossos.

“(…) Que o acusado não aceitava a separação de iniciativa da vítima; Que quando o acusado entrou na residência da vítima falou palavrões contra esta; Que a depoente se sentiu ameaçada com a afirmação do acusado que dizia que sabia onde a vítima estava, que sabia onde a vítima andava e da vida desta; Que o acusado durante a discussão chegou a apertar a vítima, sacudindo-a; Que o pedaço de pau descrito na denúncia o acusado teria utilizado para quebrar a porta da residência; Que os braços da depoente ficaram um pouco roxo devido à agressão;

Que o acusado realmente retornou à casa da depoente no dia 26/12/2012, lá aparecendo com uma faca na cintura, sendo que a vítima quando perguntou a ele, que aparentava estar embreagado, sobre a intenção dele estar com aquela faca, este respondeu que era porque portava a faca para se proteger; Que a declarante ficou com medo do acusado estar portando aquela faca; Que o fato ocorreu pela noite; Que efetivamente no dia 12/01/2013 o acusado procurou a vítima quando esta disse que precisava trabalhar para sustentar a si e os filhos, sendo o serviço na feirinha da estação nova, logo onde tem contato com vários clientes; Que desta forma o acusado retrucou dizendo que se a visse pegando na depoente não saberia a sua reação, tendo a vítima tomado isso como uma ameaça (...) Que a depoente fez o exame no DPT em relação às lesões sofridas; Que reconhece a assinatura de fls. 10 do inquérito policial como sendo suas; Que na época também pediu medidas protetivas (...) Que a depoente esteve três vezes na delegacia relatando agressões do acusado (...) Que reconhece que o acusado tem histórico de agressão e ameaça contra sua pessoa, muito embora tenha manifestado desinteresse em prosseguir com a ação em razão dos filhos que choram e pedem em favor do pai (...)". (Termo de declarações da vítima Adenise dos Santos Neri, em juízo - fls. 91/92)- grifos nossos.

Aliado a isso, tem-se também o depoimento testemunhal de fls. 19/20, o qual, embora tenham sido realizado apenas na fase do inquérito, mostra-se em perfeita consonância aos fatos apontados pela vítima e, por isso, deve ser considerado como mais um elemento indicativo a apoiar o lastro probatório do crime em comento. Ressalta-se que a mencionada testemunha, identificada com o prenome de Marcelo, foi, inclusive, expressamente referida nas declarações da vítima como sendo uma das pessoas que interveio em um dos momentos de fúria e agressões do apelante, conforme se atesta do seguinte trecho:

"(...)o depoente diz que estava e, casa e ouviu ADENISE gritando por socorro; que o depoente diz que foi até a casa de ADENISE e que EDIMILSON DE JESUS estava na residência agredindo fisicamente ADENISE; que a mesma estava muito machucada; que o depoente diz que EDIMILSON estava de posse de um pedaço de pau investindo contra ADENISE; que o depoente segurou EDIMILSON para que o mesmo não agredisse mais ADENISE (...) que o depoente acrescenta que quando EDMILSON esta sob efeito de bebida alcoólica é muito violento; que o depoente diz que já ouviu EDMILSON falar bêbado para ADENISE "se a mesma arranjar outro homem que a mata" (...)" (Termo de depoimento da testemunha Marcelo Cardoso da Paz, prestado perante a autoridade policial – fls. 19/20)- grifos nossos.

Ora, em crimes desse jaez, a palavra da vítima assume um relevo especial, motivo pelo qual vem entendendo a doutrina e jurisprudência que pode ser considerada como sendo suficiente à condenação do crime imputado ao réu. Recomenda-se observar a coerência e firmeza apresentada na narrativa dos fatos, assim como ponderar o contexto e os demais elementos indicativos da aludida conduta delitiva constante nos Autos. Nesse sentido, colhem-se recentes arestos dos Tribunais pátrios:

"APELAÇÃO CRIME. ARTIGO 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, A PALAVRA DA VÍTIMA ASSUME ESPECIAL RELEVÔ, MORMENTE QUANDO CORROBORADA PELA PROVA TÉCNICA. PENA

FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DOS VETORES DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DERAM PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO"(TJ-RS - ACR: 70045402427 RS , Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Data de Julgamento: 09/05/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/05/2012)- grifos nossos.

"APELAÇÃO CRIMINAL - LESÃO CORPORAL E AMEAÇA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PALAVRA DA VÍTIMA - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - CONDENAÇÃO - VIABILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Em delitos ocorridos no âmbito doméstico, há de se prevalecer a palavra da vítima sobre a negativa do acusado, máxime quando a mesma se apresenta firme e coerente com a dinâmica dos fatos e demais provas."(TJ-MG - APR: 10026120021477001 MG , Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 01/10/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/10/2013)- grifos nossos.

In casu, portanto, através da análise do teor das declarações da vítima e do depoimento testemunhal invocado, juntamente com o exame pericial, restou claro que o dolo do apelante foi o de ameaçar a vítima, utilizando a força física e as consequentes lesões advindas desta para conseguir tal intento e, logo, incidindo na tipificação do art. 129, §9º, do Código Penal³.

No tocante à dosimetria, especificamente a alegação de que a pena base aplicada na sentença vergastada foi exacerbada e, logo, destoante das circunstâncias judiciais, que são todas favoráveis ao apelante, também se mostra desarrazada.

Consoante as razões expendidas na sentença vergastada, observa-se que o Juízo primevo fixou a pena base de 5(cinco) meses de detenção, considerando em desfavor do apelante a personalidade e as circunstâncias do crime; em seguida, diante da inexistência de atenuantes ou agravantes, assim como de causas de aumento ou diminuição, totalizou-a como pena definitiva a ser cumprida em regime aberto. Em função do reconhecimento da detração, abateu 3(três) meses e 15(quinze) dias, considerando o que restava para substituir por uma pena restritiva de direito.

Sopesando as circunstâncias judiciais, cujas diretrizes encontram-se reguladas pelo art. 59 do Código Penal, vislumbra este relator que a basilar de 5 (cinco) meses de detenção mostra-se razoável e adequada ao caso em tela.

Ainda que se considere equivocada no que se refere à avaliação da personalidade, pois, para tanto, seria necessário um estudo aprofundado das características psicológicas do apelante, a ser realizado por laudo psicossocial firmado por profissional habilitado⁴, ressalta-se, entretanto, que as circunstâncias dos crimes justificam o aumento da pena base em 2(dois) meses, pois o apelan-

3 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

() § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

4 Sobre o assunto, oportunamente elucida Ricardo Augusto Schmitt, no sentido de que "() não restam dúvidas que se torna uma tarefa impossível, ou melhor, tecnicamente inviável e perigosa. A análise dessa circunstância judicial se revela como sendo de alta complexidade, por isso defendemos a impossibilidade de ser atribuída tal valoração tão somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, bem como por não estar habilitado tecnicamente em promover a melhor análise e valoração" (in "Sentença Penal Condenatória". 7ed., Salvador: Jus Podivm, 2012.,p. 133).

te, consoante destacou a juíza sentenciante, “(...)invadiu a residência da vítima para praticar sua investida criminosa”.

Ressalta-se que a pena base abstrata cominada ao crime *sub judice* pode variar de 3(três) meses a 3(três) anos de detenção, o que implicaria reconhecer, se levado em conta um critério objetivo, uma média aproximada de 4(quatro) meses para cada circunstância valorada negativamente.

Existem, portanto, razões para manter a condenação do apelante como incurso nas sanções do art. 129, §9º, do Código Penal, assim como a reprimenda a ele imposta, motivo pelo qual deve o recurso defensivo ser CONHECIDO E IMPROVIDO.

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como brevemente relatado, a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana julgou procedente em parte a Denúncia de fls. 39/41, acolhendo a preliminar suscitada pela defesa para declarar a extinção de punibilidade de **EDMILSON DE JESUS** em relação à imputação do crime previsto no art. 147 do Código Penal. Restou claro, segundo o teor da sentença de fls. 84/90, que a douta a quo considerou a retratação da vítima formalizada por declaração com reconhecimento de firma (fls. 60), ponderando que não foi oportunizada àquela a retratação em sede judicial.

Entretanto, sustentou o *Parquet* a inexistência de obrigatoriedade da audiência do art. 16 da Lei 11.340/2006⁵ e a impossibilidade de retratação da vítima após o recebimento da denúncia. E, de fato, assiste razão a alegação ministerial.

Interpretando o mencionado artigo da Lei Maria da Penha, parte da doutrina e da jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, a audiência preliminar, a que se refere tal legislação, não é obrigatória, devendo ser realizada apenas quando a vítima manifestar o interesse de se retratar e isso, desde que seja antes do recebimento da denúncia. Para quem assim se posiciona, a obrigatoriedade de tal audiência redundaria em ratificação da representação, como uma nova condição de procedibilidade da ação penal, fato que certamente contraria a *mens legis* e as próprias regras do direito penal e processual penal.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE AMEAÇA E DE LESÃO CORPORAL PERPETRADOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO OU FAMILIAR. ART. 16 DA LEI N.º 11.340/2006. AUDIÊNCIA DE RETRATAÇÃO DESIGNADA PELO MAGISTRADO SINGULAR, DE OFÍCIO, ANTES DE ANALISAR A ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. REALIZAÇÃO CONDICIONADA À PRÉVIA EXPRESSÃO DE VONTADE DA VÍTIMA EM SE RETRATAR ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, EXPRESSA OU TÁCITA, DO SUJEITO PASSIVO DO DELITO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é firmado no sentido de que a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n.º 11.340/06 deve ser realizada se a vítima demonstrar, por qualquer meio, interesse em retratar-se de eventual representação antes do recebimento da denúncia.

2. A contrario sensu, se a vítima não toma a iniciativa de levar ao conhecimento da autoridade policial ou judiciária sua vontade em se retratar, deve o Magistrado proceder à admissibilidade da acusação. A designação de ofício dessa audiência redonda no implemento de uma condição de procedibilidade não prevista

5 Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

na Lei Maria da Penha, qual seja: a ratificação da representação, o que inquina o ato de nulidade. Precedentes.

3. Recurso especial provido”(STJ, REsp 1259012/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)- grifos nossos.

“HABEAS CORPUS. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. NECESSIDADE. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. ART. 16 DA LEI 11.340/06. NÃO REALIZAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE.

1. O art. 16 da Lei Maria da Penha determina que deverá ser designada uma audiência, antes do recebimento da denúncia, na qual será admitida renúncia da vítima em casos de ação penal pública condicionada à representação.

2. Contudo, tal ato processual não se reveste de caráter obrigatório, sendo providência excepcional, cuja realização deverá ocorrer se a parte manifestar interesse expresso ou tácito em renunciar à representação feita, antes do recebimento da denúncia, o que não ocorreu na espécie.

3. Habeas corpus denegado”(STJ, HC 167.898/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 18/06/2012)- grifos nossos.

“PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA RETRATAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO PROVIDO.

I. A audiência do art. 16 da Lei 11.430/2006 deverá ser designada especialmente para fins de retratação, tão somente após concreta manifestação da vítima nesse sentido, para formalização do ato.

II. A designação de ofício da referida audiência, sem qualquer manifestação anterior da vítima, contraria o texto legal e impõe à vítima a necessidade de ratificar uma representação já realizada.

III. Entender pela obrigatoriedade da realização da audiência sempre antes do recebimento da denúncia, e sem a manifestação anterior da vítima no sentido vontade de se retratar, seria o mesmo que criar uma nova condição de procedibilidade para a ação penal pública condicional que a própria provocação do interessado, contrariando as regras de direito penal e processual penal.

IV. Audiência que deve ser entendida como forma de confirmar a retratação e não a representação.

V. A Lei Maria da Penha, dada à própria natureza das relações por ela tuteladas, passou a exigir maior solenidade e formalidade para a retratação ou renúncia, como forma de proteção à própria vítima e não ao agressor.

VI. Deve ser reformado o acórdão a quo, concedendo-se a segurança para determinar o cancelamento do ato impugnado, diante da não obrigatoriedade da realização da audiência do art. 16 da Lei 11.430/2006, dada a ausência de qualquer manifestação da vítima no sentido da retratabilidade.

VII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator” (STJ, RMS 35.566/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 13/12/2011)- grifos nossos.

Ainda, especificamente sobre o artigo em discussão, leciona Guilherme Nucci sobre a exigência da mencionada audiência como forma de conscientizar a vítima acerca da retratação e suas consequências:

“(...)De toda forma, o art. 16 da Lei 11.340/2006 procura dificultar essa renúncia ou retratação da representação, determinando que somente será aceita se for

realizada em audiência especialmente designada pelo juiz, para essa finalidade, com previa oitiva do Ministério Público. (...) O encaminhamento do pedido de desistência pode ser feito pela autoridade policial, que, provavelmente, será procurada pela mulher vítima, podendo esta comparecer diretamente ao fórum, solicitando que seja designada data para tanto. Portanto, o que se pretende, em verdade, e atingir um maior grau de solenidade e formalidade para o ato, portanto, busca-se alcançar maior grau de conscientização da retratação da mulher, que afastará a punição do agressor. Na audiência, o magistrado deve tornar bem claro à desistente as consequências do seu ato, advertindo-a novamente dos benefícios e medidas de proteção trazidas por esta Lei (...)” (in “Leis penais e processuais penais comentadas”. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 1176)

No caso em testilha, atesta-se que a vítima, quando prestou declarações perante a autoridade policial, deixou claro a sua intenção em prosseguir com as acusações perante o juízo criminal, conforme se comprova no documento de fls. 09/10. Oferecida a denúncia (fls. 39/40), foi devidamente recebida em 22.08.13, sendo determinada a citação do acusado (fls. 46/47). Entretanto, somente em 10.09.13, a vítima acostou aos Autos (fls. 60) uma declaração manifestando o interesse de desistir da ação penal e fazendo constar que

“(...) o prejuízo sofrido pelos seus filhos, em razão da simples ameaça, não justifica uma segregação por tempo muito longo, o motivo ensejador já foi superado, agiu naquele momento sob o calor dos fatos, no entanto, visando a preservação da família, em especial o vínculo fraternal entre seus filhos e o genitor, que, no momento se vê comprometido, e, como sabido que as relações familiares são volúveis, momentâneas ocasionadas por desequilíbrios emocionais, eivados de arrependimentos, razão por demais imperiosa não ter mais interesse no prosseguimento da ação penal e, por consequência, seja marcada audiência de conciliação para nesta reiterar o fatos aqui expostos (...)”.

Diante de tais circunstâncias, infere-se, portanto, a nítida apreensão sofrida pela vítima com o prosseguimento da ação penal, coincidentemente ou não, em momento posterior ao recebimento da denúncia e, mais precisamente, quando o apelado já havia apresentado sua resposta à acusação (fls. 50/54). Aliado à extemporaneidade de tal manifestação, mostra-se indubitável, portanto, a inconsistência das mencionadas declarações.

Em sendo assim, deve-se entender pela prejudicialidade da retratação apresentada pela vítima, afastando-se a declaração de extinção da punibilidade para considerar os fatos imputados na denúncia acerca do crime de ameaça cometido pelo apelado.

Tendo em vista que a realização da audiência de instrução e julgamento foi feita em relação à imputação do crime de lesão corporal e também referente ao crime de ameaça (fls. 84/90), atesta-se que a causa se encontra madura para julgamento, a teor da regra inserta no art. 3º do Código de Processo Penal c/c o art. 515, §3º, do Código de Processo Civil, motivo pelo qual passo a adentrar na análise quanto à imputação deste último delito imputado ao apelado.

Como cediço, o crime de ameaça se consuma com o temor revelado pela vítima com as simples palavras proferidas pelo acusado, delineando em fundado receio de um mal injusto e grave. Essa é a conclusão que se permite obter, inclusive, da simples leitura do quanto previsto na tipificação contida no art. 147 do Código Penal⁶.

Sobre o assunto, pontua, com maestria, Rogério Greco, ressaltando que

6 Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa

“(...)Segundo o diploma repressivo, a ameaça pode ser praticada por meio de palavras, escritos ou gestos. Como regra, o delito de ameaça é mais comumente praticado por meio de palavras. O autor, por exemplo, diz à vítima que irá matá-la quando ela menos esperar. Entretanto, também não é incomum a ameaça feita por escritos (...)

Exige a lei penal, para fins de configuração do delito de ameaça, que o mal prenunciado pelo agente seja injusto e grave.(...)

Além de ser injusto, o mal deve ser grave, ou seja, deve ser capaz de infundir temor à vítima, caso venha a ser efetivamente cumprida a promessa (...) Crime formal, a ameaça se consuma ainda que, analisada concretamente, a vítima não tenha se intimidado ou mesmo ficado receosa do cumprimento da promessa do mal injusto e grave. Basta, para fins de sua caracterização, que a ameaça tenha a possibilidade de infundir temor em um homem comum e que tenha chegado ao conhecimento deste, não havendo necessidade, até mesmo, da presença da vítima no momento em que as ameaças foram proferidas (...)” (in “Código Penal Comentado”. pp.426/428)

Do exame dos Autos, encontram-se consubstanciadas a materialidade e autoria do crime de ameaça imputado ao apelado, conforme se comprova das declarações da vítima perante a autoridade judicial:

“(...) Que o acusado não aceitava a separação de iniciativa da vítima; Que quando o acusado entrou na residência da vítima falou palavras contra esta; Que a depoente se sentiu ameaçada com a afirmação do acusado que dizia que sabia onde a vítima estava, que sabia onde a vítima andava e da vida desta; Que o acusado durante a discussão chegou a apertar a vítima, sacudindo-a; Que o pedaço de pau descrito na denúncia o acusado teria utilizado para quebrar a porta da residência; Que os braços da depoente ficaram um pouco roxo devido à agressão; Que o acusado realmente retornou à casa da depoente no dia 26/12/2012, lá aparecendo com uma faca na cintura, sendo que a vítima quando perguntou a ele, que aparentava estar embriagado, sobre a intenção dele estar com aquela faca, este respondeu que era porque portava a faca para se proteger; Que a declarante ficou com medo do acusado estar portando aquela faca; Que o fato ocorreu pela noite; Que efetivamente no dia 12/01/2013 o acusado procurou a vítima quando esta disse que precisava trabalhar para sustentar a si e os filhos, sendo o serviço na feirinha da estação nova, logo onde tem contato com vários clientes; Que desta forma o acusado retrucou dizendo que se a visse pegando na depoente não saberia a sua reação, tendo a vítima tomado isso como uma ameaça (...) Que a depoente fez o exame no DPT em relação às lesões sofridas; Que reconhece a assinatura de fls. 10 do inquérito policial como sendo suas; Que na época também pediu medidas protetivas (...) Que a depoente esteve três vezes na delegacia relatando agressões do acusado (...) Que reconhece que o acusado tem histórico de agressão e ameaça contra sua pessoa, muito embora tenha manifestado desinteresse em prosseguir com a ação em razão dos filhos que choram e pedem em favor do pai (...)”. (Termo de declarações da vítima Adenise dos Santos Neri, em juízo - fls. 91/92)- grifos nossos.

Aliado à isso, e da mesma forma que se alicerçou o crime de lesão corporal imputado ao apelado, tem-se também o depoimento testemunhal de fls. 19/20, o qual, embora tenham sido realizado apenas na fase do inquérito, mostra-se em perfeita consonância aos fatos apontados pela vítima e, por isso, deve ser considerado como mais um elemento indicativo a apoiar o lastro

probatório. A mencionada testemunha, identificada com o prenome de Marcelo, foi, inclusive, expressamente referida nas declarações da vítima como sendo uma das pessoas que entrevistou em um dos momentos de fúria e agressões do apelado, presenciando, inclusive, quando este ameaçava aquela, conforme se atesta do seguinte trecho:

“(...)o depoente diz que estava e, casa e ouviu ADENISE gritando por socorro; que o depoente diz que foi até a casa de ADENISE e que EDIMILSON DE JESUS estava na residência agredindo fisicamente ADENISE; que a mesma estava muito machucada; que o depoente diz que EDIMILSON estava de posse de um pedaço de pau investindo contra ADENISE; que o depoente segurou EDIMILSON para que o mesmo não agredisse mais ADENISE (...) que o depoente acrescenta que quando EDMILSON está sob efeito de bebida alcoólica é muito violento; que o depoente diz que já ouviu EDMILSON falar bêbado para ADENISE “se a mesma arranjar outro homem que a mata” (...)” (Termo de depoimento da testemunha Marcelo Cardoso da Paz, prestado perante a autoridade policial – fls. 19/20)- grifos nossos.

Ora, em que pese a negativa de autoria pelo apelado às fls. 95/96, sabe-se que em crimes desse jaez, a palavra da vítima assume uma relevância diferenciada, motivo pelo qual vem entendendo a doutrina e jurisprudência que pode ser considerada como sendo suficiente à condenação do crime imputado ao réu. Recomenda-se observar a coerência e firmeza apresentada na narrativa dos fatos, assim como ponderar o contexto e os demais elementos indicativos da aludida conduta delitiva constante nos Autos.

Nesse sentido, colhem-se recentes arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. ART. 147 DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PALAVRA DA VÍTIMA. 1. O réu foi condenado à pena de 1 mês de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade. Postula a absolvição por insuficiência probatória, aduzindo que a prova cingiu-se à palavra da vítima. 2. O crime de ameaça é formal, consumando-se, independentemente de resultado, desde que provado o temor da vítima. 3. A palavra da vítima assume especial relevância nos crimes de violência doméstica, ainda mais quando ancorada em outros elementos de convicção. RECURSO IMPROVIDO”(TJ-RS - ACR: 70052357241 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 27/03/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/04/2013)- grifos nossos.

“APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. Nos crimes de violência doméstica, em que, geralmente, não há testemunhas, a palavra da vítima assume especial relevância. Neste caso, ainda, o relato da ofendida mostrou-se bastante coeso, suficiente para um édito condenatório. Também não restou comprovado que esta possuísse qualquer razão para imputar ao réu falsa conduta delitiva. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, haja vista o caráter recidivante do acusado. RECURSO IMPROVIDO”(TJ-RS - ACR: 70054765516 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 03/10/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/10/2013)- grifos nossos.

Por tais razões, condeno o apelado como incurso nas sanções do art. 147 do Código Penal, passando a realizar a dosimetria, nos termos do art. 68 do mesmo Códex:

Considerando a regra inserta no art. 59 do mencionado Estatuto Repressivo, atesta-se negativamente contra o apelado o fato de ter adentrado na residência da vítima, fazendo as ameaças a esta e utilizando de instrumentos cortantes e contundentes para tanto (circunstâncias do crime), sendo que, no que pertine às demais circunstâncias judiciais, nada mais se tem a valorar, seja porque são normais à espécie, comuns ao próprio tipo penal ou, ainda, porque nada resta comprovado nos Autos. Em sendo assim, fixo a pena base em 2(dois) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria, observa-se claramente evidenciada a agravante prevista no art. 61, inciso II, letra “f” do Código Penal (violência contra a mulher na forma da lei específica), motivo pelo qual, com fulcro no art. 385 do Código de Processo Penal e pelo fato de não se tratar de recurso exclusivo da Defesa, agravo a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 2(dois) meses e 10(dez) dias de detenção, a qual, por não existirem atenuantes, causas de aumento ou diminuição, resulta em definitiva.

Todavia, em observância ao quanto disposto no art. 71 do Código Penal e, logo, considerando a continuidade delitiva pelas ameaças seguidas, indicadas no número de três vezes, aumento em 1/6 (um sexto), implicando uma reprimenda de 2(dois) meses e 21(vinte e um) dias de detenção.

Por fim, tendo em vista a manutenção da condenação relativa ao crime de lesão corporal em 5(cinco) meses de detenção, aplico a regra inserta no art. 69 do Código Penal, resultando numa pena total de 7(sete) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, com fulcro no art. 33, §2º, letra “c”, do mesmo Estatuto Repressivo.

Ainda que se vislumbre ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em decorrência de restar provada a grave ameaça e a violência usada pelo apelado, mantenho a substituição procedida pela douta *a quo*, pois tal matéria não foi objeto deste apelo. Ressalto, entretanto, que o Juízo de Execução deve observar a detração oportunamente reconhecida nos presentes Autos em 3(três) meses e 15 dias de pena.

Evidenciada, portanto, a prova quanto ao crime de ameaça, voto no sentido de CONHECER E DAR PROVIMENTO ao apelo ministerial, afastando o reconhecimento da retratação da vítima e, logo, a declaração de extinção da punibilidade referente a este crime, para, assim, condenar EDMILSON DE JESUS como incurso nas sanções do art. 147 do Código Penal, a uma pena de 2(dois) meses e 21(vinte e um) dias de detenção. Tendo em vista a condenação ao crime de lesão corporal em 5(cinco) meses de detenção, e observando a regra inserta do art. 69 do Código Penal, a pena imposta resulta no total de 7(sete) meses e 21 (vinte e um) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, devendo ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito concedida pela douta magistrada *a quo*.

Ex positis, acolhe esta 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se **CONHECE E JULGA IMPROVIDO** o apelo defensivo, assim como se **CONHECE E JULGA PROVIDO** o apelo ministerial, nos termos ora proferidos.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0194463-46.2008.8.05.0001, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator (a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 13.08.2015.

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. FATO TÍPICO. COMPROVADA A NEGLIGÊNCIA E A OMISSÃO DO MÉDICO NO ACOMPANHAMENTO DO PÓS-OPERATÓRIO DO PACIENTE. CONDENAÇÃO.

APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA . REFORMA DA SENTENÇA.

I – Considerando que o médico assume a posição de garantidor quando consente em assistir o paciente, a ele pode ser atribuído o resultado morte, se presentes a negligência e/ou omissão e o nexo de causalidade entre sua conduta e o evento danoso.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal Nº: 0194463-46.2008.8.05.0001, da Comarca de Salvador, sendo Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO e Apelado CARLOS ROBERTO SANTIAGO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E DAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação apresentado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO tendo em vista a irrisignação com o conteúdo de sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, que absolveu o Réu CARLOS ROBERTO SANTIAGO pela prática do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, *caput* e seu § 2º, “b”, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais (fls. 735/748), o Representante do *Parquet* estadual afirmou que restou comprovada a materialidade e a autoria delitivas, uma vez que a conduta omissiva do apelado foi relevante para a evolução do quadro da vítima, que veio a falecer. Assim, requereu a reforma da sentença para que o Acusado seja condenado nas penas do art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, *caput* e seu § 2º, “b”, ambos do Código Penal.

Em suas contrarrazões (fls. 750/764), o Réu defendeu a manutenção da sentença guerreada, uma vez que coerente com todo o conjunto probatório trazido aos autos, não havendo provas de que o apelado praticou qualquer conduta imprudente, negligente ou imperita que pudesse embasar algum decreto condenatório. Na hipótese de não ser acolhida a tese de absolvição, a defesa pugnou pela aplicação da pena em seu patamar mínimo, uma vez que o apelado é possuidor de bons antecedentes, primariedade e boa conduta perante a comunidade em que reside.

Houve abertura de vista à Procuradoria de Justiça Criminal, ocasião em que se manifestou pela condenação do acusado em razão do cometimento do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, *caput* e seu § 2º, “b”, ambos do Código Penal, afirmando que “sendo o robusto conjunto probante no sentido de indicar a negligência médica, a condenação é medida que se impõe”, muito embora tenha, ao final, pugnado pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação (fls. 776/786).

Os autos vieram, então, conclusos (p. 786 verso).

É o relatório.

VOTO

I – RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESSUPOSTOS RECURSAIS CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO APELO.

O Ministério Público foi intimado, pessoalmente, em **06/10/2014** (fl. 730), tendo interposto o Recurso de Apelação no dia **13/10/2014** (fl. 731), restando, portanto, assentada a tempestividade do apelo.

Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na espécie, impõe-se o conhecimento do Recurso interposto pela assistente de acusação.

II – DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

O Ministério Público denunciou CARLOS ROBERTO SANTIAGO pela prática do delito descrito no art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, *caput* e seu § 2º, “b”, ambos do Código Penal, narrando os seguintes fatos:

“(…) Foi apurado que o paciente Mário Veiga Chaves de Aguiar era portador de isquemia de membro inferior esquerdo (arteriopatia periférica), por esse motivo foi admitido no Hospital Português, localizado nesta Capital, no dia 17 de outubro de 2001, por volta das 08h00min, a fim de ser submetido à cirurgia de revascularização (enxerto fêmuro-poplíteo), indicada e realizada pelo denunciado, que teve início às 17h00min e término por volta das 21h00min, tendo evoluído durante a realização do bloqueio anestésico com angina cardíaca, que foi revertida com medicação (fls. 56 e 61). Após o procedimento cirúrgico, a vítima foi admitida na Unidade Coronariana do Serviço de Cardiologia, onde apresentou alteração do pulso periférico e dor intensa no membro operado. permaneceu naquela unidade até o dia 19 do mês, quando foi transferida para a enfermaria aos cuidados de denunciado (fls. 60 e 95), entretanto evoluiu com algia intensa, cianose, temperatura fria no membro operado e impossibilidade de sua movimentação, além dos níveis séricos de creatina fosfoquinase (CPK) elevados, o que demonstrava a obstrução da prótese e a ocorrência de trombose do enxerto ou no segmento arterial operado, bem como a evolução gradativa da isquemia que culminou com a necrose tecidual do membro inferior esquerdo (Rabdomiólise). Entre os dias 18 e 19 de outubro, a vítima foi avaliada pelo denunciado, contudo não registrou no prontuário o estado circulatório do membro operado, muito embora o exame Duplex Scan Arterial, realizado no dia 19 (fl. 61), visto por ele por volta das 20h30 min daquele mesmo dia (fl. 71), já indicasse a trombose do enxerto, entretanto, não adotou qualquer intervenção imediata para minorar o quadro do paciente, omitindo-se quanto à resolução da complicação. Segundo consta, o denunciado ausentou-se da Cidade a partir do dia 20 de outubro, para participar de um Congresso no Rio de Janeiro, já ciente da complicação apresentada pelo paciente, entretanto não registrou no prontuário que se ausentaria, nem quais médicos lhe substituiriam. Os cirurgiões vasculares Antônio Carlos do Vale Dória e Antônio Alves Sobral Bentes que foram delegados informalmente pelo denunciado (por telefone) para observar a vítima, limitaram-se a manter as prescrições médicas angiológicas anteriores, pois o paciente estava sob responsabilidade dele (denunciado) e não possuíam autonomia para decidir quais medidas adotar acaso houvessem complicações. o quadro do paciente continuou se agravando, tendo o denunciado sido acionado pela enfermagem do dia 19 a 24 de outubro, porém em todos os registros do prontuário constam o aguardo de providência pelo médico assistente (denunciado), conforme provam as anotações de fls. 98, 100, 102, 104, 106, 112/113 (grifo nossos), sem que nenhuma medida efetiva tivesse sido tomada para reverter a situação. Somente na madrugada do dia 24, em novo contato da enfermagem por volta da 01h00min, o denunciado resolveu solicitar a transferência do paciente para UTI (fl. 06 - grifo nossos), onde foi admitido com pressão arterial elevada, níveis elevados de CPK, insuficiência renal aguda, dispnéia e rebaixamento do nível de consciência, devido ao quadro de Rabdomiólise, tendo sido avaliado pela cirurgia vascular Maria de Fátima Guimarães, CRM 7818, que diagnosticou a grave isquemia no membro operado, indicando a amputação na raiz da coxa a depender das condições hemodinâmicas (fl. 85 - grifos nos-

sos). O procedimento cirúrgico, entretanto, não chegou a ser realizado, pois a vítima veio a óbito por volta das 19h30min daquele mesmo dia, em decorrência de choque circulatório refratário, conforme prova a certidão de óbito acostada aos autos (fl. 10). Os dados do prontuário revelam que a vítima sofreu trombose imediata do enxerto sintético (prótese), retornando ao estado de isquemia anterior ao procedimento, com a agravante da cirurgia recente, entretanto o acompanhamento no pós-operatório pelo denunciado, médico assistente, foi precário e negligente, pois não cumpriu os padrões básicos para monitoramento do paciente, tais como dor, temperatura cutânea, coloração do membro, cianose, avaliação da atividade motora, além do controle de pulsos periféricos e/ou fluxometria do Doppler, que são procedimentos de rotina entre os cirurgões vasculares.

(...)

Nessas circunstâncias, o denunciado faltou com o dever legal de cuidado, proteção e vigilância para com a vítima, uma vez que não adotou as medidas tempestivas para solucionar as complicações ocorridas. Desta forma, tornou-se penalmente responsável pelo desfecho ocorrido, que era previsível ante o histórico clínico do paciente, pois, possuía setenta e seis anos de idade, era portador de cardiopatia isquêmica, arteriopatia obstrutiva periférica, havia sofrido acidente vascular cerebral em 1991, tinha sido submetido à cirurgia de revascularização do miocárdio em outubro de 1988, cateterismo, arteriografia e prostatectomia em 1996, angioplastia e ortografia em 1997, de safena e mamária, cineangiocoronariografia em maio de 2001 (fl. 59 - grifos nossos, 94, 97 e 115), caso em que o pós-operatório deveria ter sido rígido, seguindo-se à risca os protocolos para monitoramento do membro operado (...). (fls. 02/06)".

Os elementos fático-probatórios trazidos para o processo autorizam a **modificação** do comando sentencial que **absolveu** o Réu CARLOS ROBERTO SANTIAGO, por atipicidade do fato, nos termos do art. 386, III, do CPP.

A prova da materialidade do delito é farta e encontra-se demonstrada pela certidão de óbito de fl. 17, Parecer da Câmara Técnica de Angiologia e Cirurgia Vascular de fls. 33/35, Perícia Técnica elaborada pelo Assistente-Técnico-Médico do Ministério Público de fls. 207/219 e demais documentos colacionados aos autos.

Da mesma forma, encontra-se presente o requisito da autoria, embora o apelado negue a responsabilidade pelo óbito de Mário Veiga Chaves, mencionando que deu toda a assistência à vítima e que esta estava sendo acompanhada por médicos de sua equipe.

O cerne da questão é saber se o apelado agiu de forma a impedir o resultado morte do seu paciente, já que a MM. Juíza de primeiro grau absolveu o acusado considerando que sua conduta foi desleal, mas atípica.

Nesse contexto, convém ressaltar que o ato cirúrgico é fator de preocupação para o médico, pois exige concentração, capacitação e integração entre a equipe, fatores fundamentais para o êxito do procedimento. Não se pode perder de vista que por mais simples que possa ser, o procedimento contém riscos previsíveis, havendo, por conseguinte, obrigação de evitá-los. Não se exige, entretanto, exceto no caso de cirurgia plástica, resultado certo, mas é obrigatória a utilização dos meios técnicos disponíveis e dos cuidados fundamentais à manutenção da incolumidade do paciente.

Entende-se, portanto, que a obrigação médica é uma obrigação de meio e não de resultado, o que não quer dizer que o profissional de medicina não deva se comportar dentro da ética e utilizar todos os recursos disponíveis a fim de atingir a cura. Se utilizados todos os meios disponíveis e sua atividade não atingir o resultado de cura, não há descumprimento do contrato; mas, ao contrário, a inadimplência se projetaria se lhe faltassem as condições éticas e contratuais assinala-

das, isto é, o cuidado, a atenção e a diligência, porque, mesmo na obrigação de meio, existe uma outra obrigação tácita que diz respeito a uma cláusula de incolumidade.

Igualmente, o pós-operatório é fundamental para se definir a eventual responsabilidade do médico pela ocorrência de eventos danosos. O acompanhamento da evolução do paciente submetido a ato cirúrgico e a supervisão de seu quadro clínico, às vezes relegada a segundo plano, é tão importante quanto o ato cirúrgico em si, levando em consideração que, após a cirurgia, o paciente está fragilizado, e o acompanhamento médico sério é fundamental para a sua recuperação.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o pressuposto da relação médico-paciente é a confiança, sobretudo quando se trata de escolha de profissional para a realização de uma cirurgia, uma vez que tal procedimento envolve risco de morte. Assim, quando o médico consente em tratar o paciente, assume a postura de garantidor, sendo que a sua responsabilidade perdura até que seja finalizado o tratamento.

Sobre o tema leciona Juarez Tavares⁷:

"(...) Os médicos, uma vez que tenham assentido a tratar o paciente, incluem-se na posição de garantidor. Não importa, para tanto, que o tenham feito pessoalmente ou por telefone. Aqui, diante da relevância do exercício profissional e dos fundamentos de confiança neles depositada pelo paciente, a assunção de responsabilidade já se inicia com a promessa de atendimento. O dever de garantidor cessa apenas quando o tratamento estiver concluído ou quando o contrato se tenha desfeito por iniciativa do próprio paciente, ou quando entre o médico e o paciente se tenha estabelecido uma insuperável ruptura de relacionamento. (...)".

O referido autor prossegue⁸ afirmando que:

"Em todos os delitos omissivos culposos há elementos comuns. Como a forma de condita está, aqui, condicionada à natureza da norma, de modo que o que se incrimina é a não realização da ação mandada, o primeiro elemento do injusto desses fatos é constituído da omissão de uma ação determinada, quer seja descrita como tal no respectivo delito (omissão própria), quer resulte da violação de um dever imposto a um sujeito garantidor (omissão imprópria). Em decorrência das particularidades da estrutura normativa, a omissão deve vir associada, nesses delitos, à violação de uma norma de cuidado, cujo conteúdo é preenchido por disposições regulamentares ou regras gerais da experiência destinadas a delimitar o alcance do risco permitido. Atendendo, ademais, ao comando normativo, outro elemento essencial na configuração do tipo de injusto diz respeito à capacidade de agir. O sujeito deve estar em condições, conforme o exija a respectiva norma, de realizar a ação mandada. uma vez que os delitos omissivos, o tipo de injusto está alicerçado na ação devida individual, e não em uma ação qualquer, a medida da capacidade é aferida segundo as condições, habilidades, deficiências ou especial informação do sujeito omitente e não de um suposto homem prudente. (...)". (Grifo nosso).

No caso em tela, segundo se infere da denúncia e das informações coletadas no caderno processual, no dia 17 de outubro de 2001, a vítima Mário Veiga Chaves de Aguiar, portadora de isquemia de membro inferior esquerdo (arteriopatia periférica), foi admitida no Hospital Português, localizado nesta Capital, para realização de uma cirurgia de revascularização (enxerto fêmuro-poplíteo) previamente acertada com o Apelado.

De observar-se que, além desse quadro de isquemia do membro inferior esquerdo, a ví-

7 TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. 2012. São Paulo: Marcial Pons, p. 329.

8 *ibidem* p. 423.

tima portava angina instável III/A1, arteriopatia periférica, cardiopatia isquêmica, sofreu acidente vascular encefálico em 1991, foi submetida a revascularização miocárdia em 1988, cineangiografiografia em 2001, angioplastia transluminal coronária, protastectomia em 2005, além de ter, à época dos fatos, 76 (setenta e seis) anos de idade, conforme se verifica do Relatório de Internamento adunado às fls. 66/67.

Consta ainda nos autos, segundo informações do próprio réu, que a vítima teria sofrido um enfarto no momento da cirurgia além de, logo após, ter se queixado de dor no membro operado. A despeito da saúde frágil e da gravidade das enfermidades que acometiam a vítima naquela oportunidade, o apelado, médico cirurgião responsável pelo procedimento, não observou os devidos cuidados no pós-operatório, ao viajar para um congresso no Rio de Janeiro, sem informar no prontuário e sem deixar formalmente um médico responsável, fato que inviabilizou a tomada de decisões por parte dos outros médicos.

Como já mencionado alhures, o médico, quando consente em tratar o paciente, assume uma postura de garantidor, devendo, até que o tratamento tenha finalizado, agir de forma prudente e perita a fim de salvaguardar a vida do paciente, e, como se observa no presente caso, o acusado não cumpriu com o seu dever, ao deixar a vítima sem acompanhamento após a realização da cirurgia, violando o dever de cuidado exigido pela profissão consoante verifica-se dos arts. 29, 31 e 36 do Código de Ética Médica, *in verbis*:

“Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.”

“Art. 31 - Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente. “

“Art. 36 - Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.”

Nesse diapasão, o próprio Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, por meio da 3ª Câmara do Tribunal de Ética, puniu com censura pública o acusado por entender, consoante acórdão de fls. 37/41, que a sua conduta teria configurado “um pós-operatório precário, negligente, em uma situação com alta morbidades, que necessitaria de um acompanhamento médico conforme os protocolos disponíveis na literatura, para estes casos”.

Vale salientar que a responsabilidade somente seria excluída, caso ficasse comprovada alguma exculpança, o que não ocorreu nos autos.

A alegação da defesa de que o apelado viajou para um congresso no Rio de Janeiro, mas que teria deixado dois médicos de sua equipe para assistir o paciente, não encontra amparo nos autos, bastando para isso apenas que se observe o prontuário médico adunado às fls. 59/189

Folheando o prontuário, não se verifica, em nenhum momento, a informação de que o apelado - médico responsável pela vítima - se ausentaria para viajar a fim de participar de um congresso de angiologia no Rio de Janeiro, tampouco consta a designação de outros médicos de sua equipe para acompanhar a vítima enquanto ele estivesse fora.

Ora, se é correta a expressão “o que não está nos autos, não está no mundo jurídico”, é certo que também o que não está no prontuário não está no mundo dos médicos.

É consabido que os profissionais de saúde devem consignar todas as intercorrências no prontuário médico do paciente, que é um meio de prova fundamental, exatamente para demonstrar como o profissional agiu. O registro de cada detalhe, evolução e reação medicamentosa deverá ser feito no prontuário, que servirá de espelho da atuação do profissional da medicina naquele caso concreto.

Nessa perspectiva, o depoimento prestado pelo filho da vítima ganha especial relevo, quando informa que a família não sabia da viagem do apelado e que não houve a designação de médico assistente para acompanhar a vítima no tratamento pós-cirúrgico (fls. 667/668):

“(…) Que o declarante é filho da vítima e a vítima na data da sua cirurgia da perna ela entrou andando e bem no hospital. Que quando a vítima saiu do Centro cirúrgico perceberam que a vítima estava com o rosto inchado. Que o médico acusado falor (sic) com o declarante e disse que tinha (sic) ocorrido um problema na cirurgia, mas que estava tudo bem. Que a vítima foi para a CTI e quando o declarante chegou para visitar a vítima, pela manhã a mesma estava toda suja de mingau porque estava muito trêmula e com a fala embargada. Que a enfermagem informou que aquele quadro poderia decorrer do efeito da anestesia. (...) Que o pai do declarante foi transferido no dia seguinte (sic) para o apartamento. Que já no apartamento a perna da vítima estava completamente roxa e a vítima muito agitada. Que ligaram para o acusado e o mesmo dizia que já estava indo, contudo quando apareceu no hospital foi muito tempo depois, cerca de 11:00 hs da manhã. Que o acusado passou (sic) a mão pela perna da vítima e disse que estava errado, mas que aconselhava a não abrir a cirurgia porque poderia ser pior. Que no mesmo dia a tarde o quadro de piora da vítima evoluiu e os filhos da vítima ligaram para o acusado. Que o irmão do declarante de nome Maurício conseguiu falar com o acusado e tomou conhecimento de que o acusado estava em um congresso no Rio de Janeiro. Que o acusado disse que havia deixado dois médicos para cuidar do caso, o Dr. Urbano e o Dr. Dórea. Que o Dr. Dórea informou desconhecer que o acusado havia viajado e que ia ligar para o mesmo para saber o que poderia ser feito. Que o acusado disse a Dórea, por telefone para observar a vítima. Que Dr. Urbano disse a família do declarante que se dependesse dele ele já teria mandado a vítima para o Centro Cirúrgico. Que nem o Hospital nem pacientes tinha conhecimento da viagem do acusado. Que o tempo passava e a vítima piorava. (...) Que a vítima foi para a UTI e lá chamaram uma méduca (sic) para ver o quadro da vítima e a médica disse que o quadro era crítico e que não poderiam fazer mais nada e que que (sic) não sabia como deixaram a vítima chegar naquele estado. Que isso ocorreu cerca de 4 dias após o internamento. Que no quarto dia por volta das 16:00/17:00 hs, o acusado esteve no Hospital, entrou pela porta lateral, não chamou os familiares, não levou lá nem 10 minutos e foi embora. Que a vítima veio a óbito no mesmo dia (...). Que o acusado entrou no apartamento da vítima de posse de uns papéis que parecia ser um prontuário médico e naquela oportunidade pegou na perna da vítima. Que naquela oportunidade também, a vítima chegou a conversar com o acusado. Que no final a vítima não mais reconhecia os familiares. (...) Que depois que Dr. Urbano examinou a vítima os familiares continuaram tentando entrar em contato com o acusado pelo número de celular por ele fornecido a família (sic) e as vezes o acusado desligava sem atender. (...) Que o hospital tentou localizar o acusado, sem êxito. (...)”. (Grifo nosso).

O mesmo se diga do depoimento dos médicos que, segundo o apelado, faziam parte de sua equipe e foram por ele designados para acompanhamento da vítima enquanto esteve viajando:

“(…) exerce suas funções profissionais como médico na especialidade de Angiologia e Cirurgia Vascular desde 1992 no referido hospital, fazendo parte do corpo clínico quanto ao atendimento de sobre aviso concernente aos atendimentos de cirurgia vascular. Perguntado se fazia parte ou não da equipe médica do Dr. Carlos Roberto Santiago à época da cirurgia do Sr. Mario Veiga Chaves de Aguiar para correção de obstrução vascular periférica do referido paciente no Hospital Portugueses. Respondeu

negativamente, porem o mesmo informa que, na data do dia 17/10/01 num termino de uma cirurgia que o mesmo realizava em sua paciente no hospital Portugues (por volta das 19:15h) foi solicitado pelo medico Carlos R. Santiago a comparecer na sala cirúrgica onde o mesmo se encontrava para que o ajudasse a controlar o quadro de sangramento que ocorria com o paciente que Dr. Carlos Roberto santiago opeava naquele momento, informa ainda que ao entrar na sala o Dr. Carlos já havia realizado uma anastomose arterial distal, tendo conluido esta etapa, porem, havia ainda um sangramento mais acima do mesmo membro inferior que, embora já estava pinçado o mesmo interveio (o Dr. Carlos Santiago) realizando a anastomose proximal, com isto controlando o sangramento que havia ocorrido. Com isto, o mesmo retornou a outra sala cirurgica onde se encontrava a sua paciente para fechar seu relatorio cirurgico e prescrição médica. (...) Relata ainda, que neste caso do paciente Sr. Mario Chaves de Aguiar não teve participação pre-operatória como também não o conhecia a indicação inicial da cirurgia proposta para o mesmo pelo Dr. Carlos Roberto Santiago. Perguntado se tem conhecimento que o Dr. Carlos Santiago sairia de Salvador para participar de congresso de cirurgia vascular. Respondeu realizado no Rio de Janeiro, tendo o mesmo participado do proprio congresso. Perguntado se diante dessa informação o Dr. Carlos Santiago o convidou para o acompanhamento do paciente quando de sua ausencia. Respondeu negativamente, pois o mesmo teria que ir para o congresso.(...). (*ipsis verbis*). (Grifos nossos). **(Declaração do Dr. Antônio Urbano Ferreira Filho perante o Conselho Regional de Medicina - fls. 486/487).**

“(...) Perguntado se fazia parte do Corpo Clínico do Hospital Português a partir do ano de 2001. Respondeu afirmativamente e que desde a partir do ano de 2001 já realizava algumas cirurgias no Hospital Português. Perguntado se fazia parte ou não da equipe medica do Dr. Roberto Santiago à época da cirurgia do Sr. Mário Veiga Chaves de Aguiar para correção de obstrução vascular periférica do referido paciente no Hospital Português. Respondeu negativamente. Esporadicamente era convidado para prestar ajuda cirúrgica quando convidado pelo Dr. Carlos Roberto Santiago. Se participou do ato cirúrgico realizado por Dr. Roberto Santiago relativo ao paciente Sr. Mário Veiga Chaves de Aguiar. Respondeu negativamente. Perguntado se no pós operatório (Entre 17/10 a 24/10/2001) do paciente em tela, foi comunicado por Dr. Roberto Santiago que devido a sua ausência de Salvador, participar de Congresso fora do Estado da Bahia, iria avaliar e prescrever o paciente Sr. Mário Veiga Chaves de Aguiar no Hospital Português. Respondeu negativamente, porem se recorda que recebeu uma ligação do seu celular ou do próprio Dr. Carlos Roberto Santiago ou Dr. Sobral, solicitando para que o mesmo prescrevesse o paciente em tela, no pós operatório oportunidade em que o mesmo pelo menos uma vez esteve no hospital realizando visita e prescrição do paciente (...). Informa que não tinha conhecimento, inclusive que o Dr. Carlos Roberto estivesse participando do congresso fora de Salvador. (...)”. (*ipsis litteris*). (Grifo nosso). **(Declaração de Dr. Antônio Carlos do Vale Dória perante Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia - fls. 504/505).**

Como se percebe, não havia ciência por parte dos familiares da vítima, nem dos médicos que trabalhavam no Hospital Português, acerca da viagem do apelado. Tal informação era de suma importância, pois, sabendo que o médico responsável não acompanharia o pós-operatório, a família e a vítima poderiam optar pela realização do procedimento em outra data, considerando que se tratava de cirurgia eletiva.

Constitui obrigação do médico informar ao paciente todos os aspectos que envolvem o ato cirúrgico, não somente no que tange ao procedimento em si e aos seus riscos como também com relação ao acompanhamento, inclusive o pós-operatório. Só de posse dessas informações, o

paciente estaria apto a consentir com a realização do procedimento. É o que se denomina consentimento informado.

O consentimento informado é uma condição indispensável da relação médico-paciente e também da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos.⁹

Sobre o assunto, discorre Maria Celeste Cordeiro dos Santos¹⁰:

“(...) Dessarte, o consentimento informado passa a ser um elemento central na relação médico-paciente no novo modelo de assistência médica. Ele é o resultado de um processo de diálogo e colaboração, que tenta ter em consideração a vontade e os valores do paciente. (...)”.

Nessa linha de intelecção, adverte Manoel da Costa Andrade¹¹ citando a doutrina estrangeira:

“(...) «Só posso consentir numa intervenção - refere ENGLISH - quando conheço claramente o seu significado e alcance e, sobretudo, os riscos que ela comporta. Antes de consentir na intervenção quero saber se e porquê ela é necessária, que riscos lhe estão associados e que possibilidades lhe assistem debelar a lesão ou os perigos para a saúde por causa dos quais eu decidi submeter-me a um tratamento médico» (170). Na mesma linha considera BOCKELMANN: «A eficácia do consentimento pressupõe a representação correcta de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa de uma intervenção do género da indicada» (171). Pouco sobrar, acrescenta o mesmo autor, «do direito à autodeterminação do paciente se se lhe recusasse o necessário esclarecimento sobre a indicação, os resultados previsíveis, os riscos da operação planeada, como já antes Hipócrates recomendara» (172).

Dessarte, percebe-se, portanto, que a vítima e sua família tinham o direito de saber que o médico cirurgião responsável pela cirurgia não iria acompanhar o pós-operatório, sendo que sem tal informação, o consentimento em realizar a cirurgia não seria válido.

De outra sorte, também os médicos que supostamente estariam substituindo o apelado afirmaram que não faziam parte da sua equipe e que não o estavam substituindo.

Assim, na medida em que o apelado não constou no prontuário que estaria viajando no período que sucedeu a cirurgia, nem deixou um médico para assistir o paciente durante a sua ausência, pode-se afirmar que este se omitiu no que diz respeito ao dever legal de cuidado, violando, com sua conduta, o Código de Ética Médica e o Código Penal.

Não bastasse isso, ao ver piorar o quadro da vítima, seus familiares procuraram o apelado, sem saber que este teria viajado, mas ele não prestou o devido atendimento, e nem poderia, uma vez que não se encontrava na cidade para avaliar o paciente e os sintomas que estava apresentando.

Por outro lado, os médicos que visitavam a vítima não tinham poder decisório, uma vez

9 SAUNDERS CM, BAUM M, HOUGHTON J. Consent, research and the doctor-patient relationship. In: Gillon R, editor, 1994:457 -70.

10 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei – implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 98.

11 ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal. 1991. Coimbra: Editora Limitada, p. 421.

que no prontuário constava o nome do apelado como responsável, sendo, portanto, o único legitimado a tomar as decisões de transferência para UTI, realização de amputação ou qualquer outra prática que implicasse assunção de um novo risco para a vítima. Vale dizer, somente o apelado tinha o domínio da situação em apreço.

Discorrendo sobre o tema, Juarez Tavares¹² leciona que:

“(…) Assim, nas relações de proteção e vigilância impostas por lei, ou na assunção de responsabilidade, ou na ingerência, deve vigorar, por parte do omitente, um poder de controle sobre o resultado e sobre as fontes produtoras do perigo. (...)”

Saliente-se, ainda, que resta provado que a gravidade do quadro da vítima demandava uma decisão rápida e eficiente sobre o melhor tratamento a ser aplicado: se a transferência do paciente para a UTI ou se a realização da amputação do membro enxertado para salvaguardar a sua vida.

O parecer da Câmara Técnica do Conselho Regional de Medicina, adunado às fls. 33/35, que segue abaixo transcrito, afirma que o paciente já apresentava trombose agravada pela cirurgia:

“a análise dos dados no prontuário indica de forma clara a trombose imediata do enxerto sintético e o retorno do paciente ao estado de isquemia anterior, agravado pela cirurgia recente”.

E a própria testemunha da Defesa, o médico cirurgião geral e cardiovascular, Mário César Santos de Abreu, às fls. 677/678, confirmou que já era necessária a tomada de alguma decisão:

“(…) no caso da vítima, com a apresentação do quadro narrado na denúncia já era necessário o mesmo ser encaminhado para a UTI. (...)”

Entretanto, o apelado postergou a tomada da necessária decisão para o momento em que chegaria do congresso, sendo que, quando o fez, já era tarde demais e o quadro da vítima já tinha evoluído para a irreversibilidade.

Acerca da importância na celeridade da decisão do médico, afirma Jordi Beltrán¹³:

“(…) Está claro también que la decisión que el médico debe adoptar está condicionada por importantísimas limitaciones temporales y también (contingentemente) de recursos materiales y humanos (BRD-LEY, 1993:120SS.). Si en el derecho se dice que una decisión tardía no hace justicia, en la clínica el tiempo es aún más relevante: de la celeridad en la adopción de una decisión, además de la corrección de la misma, depende de la salud del paciente. (...)”.

Dai poder-se dizer, portanto, que a morte da vítima foi provocada por complicações decorrentes da falta de acompanhamento pós-operatório digno, da omissão e da negligência do apelado, tendo a certidão de óbito atestado que a morte de Mário Veiga Chaves de Aguiar decorreu de “choque circulatório refratário”

Prosseguindo-se com a análise dos elementos fáticos, tem-se o quanto informado pelo médico Jehorvan Lisboa Carvalho, CRM 2033, em parecer técnico elaborado para o Ministério Público do Estado da Bahia:

12 TAVARES, Juarez. Teoria dos Crimes Omissivos. 2012. São Paulo: Marcial Pons, p.p. 423/424.

13 BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. 2007, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, p. 51.

“(…) A indefinição de um médico especialista e incumbido da responsabilidade para tomar decisões, ausência do médico assistente, criou situações de conflito que acabaram por adiar atitudes necessárias, mesmo que mais radicais, como a conduta de amputar o membro atingido, por exemplo. Apesar de não se poder afirmar com certeza, a atitude de amputar a perna do paciente se tivesse sido tomada no dia 19 ou 20/10, provavelmente teria salvado sua vida. O acompanhamento pela neurologista, ficou mais restrito aos sintomas de cunho neurológico que na verdade, não eram tão graves como o demonstraram as duas TCs, mas que desviaram a atenção do foco principal que era a grave isquemia da perna esquerda. tanto que durante o internamento na enfermaria, apesar do scanner ter revelado ausência de fluxo na área do enxerto, não houve monitoramento enzimático da ocorrência de necrose e nem foi chamado outro angiologista para avaliação, o que só ocorreu no dia 24/10, quando se encontrava na UTI e já em estado agônico. a rhabdomiólise progressivamente vinha comprometendo as condições metabólicas de um paciente crônico que sofria de arterosclerose generalizada comprometendo cérebro, coração, etc. **Se a cirurgia era eletiva e esta informação não se encontra registrada em prontuário e á havia a programação Lpara sua viagem ao Congresso, o Dr. Carlos deveria ter adiado a operação para a semana seguinte. Se era de emergência, também não há qualquer registro justificando sua necessidade, e ele deveria viajar em seguida, deveria passar, oficialmente, o acompanhamento do paciente para outro angiologista, registrando no prontuário e comunicando à família. A nosso ver não se justifica o acompanhamento à distância nem a atitude de deixar indefinido o acompanhamento do seu paciente como o que de fato ocorreu. Isto, por si só, pode ser configurado como negligência.** (...)” (fls. 207/219 - ípsis litteris). (Grifo nosso).

Assim, demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e negligente do apelado e o resultado morte, resta configurada a adequação típica ao quanto descrito no art. 121, §§ 3.º e 4.º, c/c o art. 13, “b”, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, considerando que as provas produzidas são suficientes, que os fatos foram devidamente esclarecidos na instrução e que não há, no caso em comento, qualquer dúvida quanto à materialidade e à autoria do delito, nem quanto à tipicidade da conduta, dou provimento ao recurso ministerial para **CONDENAR** o Acusado nas penas do art. 121, §§ 3º e 4º c/c o art. 13, caput e seu § 2º, “b”, ambos do Código Penal.

III – DOSIMETRIA

No tocante à dosimetria da reprimenda, levando-se em consideração o modelo trifásico de atribuição da penalidade, passa-se ao exame pormenorizado da situação em apreço.

O Magistrado deve fixar a pena-base no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao Réu ou não existirem elementos para a aferição. No caso em tela, percebe-se que o réu agiu com **culpabilidade** normal à espécie e não possui **antecedentes**. Com relação à **conduta social** e à **personalidade**, não há nos autos elementos que possam negativar. Quanto aos motivos, também não há nos autos qualquer elemento capaz de justificar a negatização dessa circunstância. No que tange **às consequências do delito**, no caso a morte, e **às circunstâncias**, também não extrapolam o tipo penal. Por fim, não se pode cogitar acerca do **comportamento da vítima**, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano de detenção.

Na segunda fase, deverão ser aplicadas as atenuantes e/ou agravantes. No caso em comento, por não existirem atenuantes ou agravantes, mantenho a pena em 01 (um) ano de detenção.

Na terceira fase de aplicação da pena, não existem causas de diminuição, mas encontra-se presente a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121 do CP, uma vez que o delito foi pratica-

do com inobservância de regra técnica de profissão, motivo pelo qual aumento a pena na fração determinada pelo dispositivo legal, ou seja, em 1/3 (um terço), restando apurada a pena de **01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção**, a qual torno definitiva em razão da inexistência de outras causas de aumento.

Regime de Cumprimento de Pena

Quanto ao regime de cumprimento da pena, levando em consideração a pena fixada, deve o regime inicial ser o **aberto**, a teor do que dispõe o art. 33, caput e § 2º, “c”, do Código Penal Pátrio.

Substituição da Pena

Do exame da pena aplicada e em observância do quanto preceitua o art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por **02 (duas) restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juiz da Execução Penal**.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação interposto, **DANDO-LHE PROVIMENTO** para, reformando a sentença guerreada, condenar o Réu **CARLOS ROBERTO SANTIAGO**, pelo cometimento do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º c/c o art. 13, caput e seu § 2º, “b”, ambos do Código Penal, à pena de **01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção**, fixando o regime inicial no **aberto** e substituindo a pena privativa de liberdade por **02 (duas) restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juiz da Execução Penal**.

TJBA, Apelação Criminal n.º 0000007-55.2002.8.05.0212, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator (a): Juíza Convocada Janete Fadul de Oliveira, julgado em 04.08.2015.

APELAÇÃO CRIMINAL – ILEGITIMIDADE DE PARTE – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO POR PESSOA ESTRANHA À RELAÇÃO PROCESSUAL – RÉU QUE, QUANDO DA PRISÃO, APRESENTOU-SE COM O NOME DO APELANTE, PARA SE ESQUIVAR DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL – NECESSIDADE, A UM SÓ TEMPO, DE QUALIFICAÇÃO DO VERDADEIRO AUTOR DO FATO, COM EXCLUSÃO DO REGISTRO DO APELANTE, SEM PREJUÍZO DA VALIDADE DOS ATOS PRECEDENTES, NOS TERMOS DO ART. 259 DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO DE OFÍCIO – EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO APELANTE

1 – Constatou-se, através das argumentações apresentadas pelo Recorrente, em cotejo com os documentos colacionados ao caderno processual, que o verdadeiro nome do condenado é Valdecirio Madeiro de Araújo, que se utilizou dos documentos pessoais do seu irmão, Aldeci Madeiro de Araújo, no momento da sua prisão em flagrante (fls. 20/49), oportunidade em que aquele foi reconhecido como sendo um dos perpetradores dos crimes descritos na peça de incoação (vide Auto de Reconhecimento de fl. 18).

2 – A utilização indevida do documento do Recorrente encontra-se demonstrada, principalmente, pelo Laudo Pericial de fls. 1527/1590, conclusivo no sentido de que as rubricas e/ou assinaturas atribuídas a Aldeci Madeiro de

Araújo no Auto de Prisão em Flagrante (fls. 20/49), Nota de Culpa (fl. 55), Termo de Qualificação e Interrogatório (fls. 186/187) não foram produzidas pelo mesmo punho subscritor em relação àquelas contidas nas procurações judiciais (fls. 1287, 1359 e 1406), em declarações (fls. 1349, 1383 e 1407), bem como, especialmente, no documento de identidade do Recorrente (fl. 1290).

3 – Pontue-se ainda que, conforme o bem fundamentado opinativo Ministerial, à fl. 247, o patrono de alguns dos integrantes da equipe criminosa, inclusive do suposto Aldeci Madeiro de Araújo, enquanto estes ainda se encontravam custodiados, apresentou petição ao juízo primevo em nome da pessoa de Valdecirio Madeiro de Araújo, manobra que se repetiu à fl. 1236, já trazendo, muito antes, elementos que, possivelmente, identificariam a fraude precocemente. Por outro lado, a genitora do Recorrente, mãe também do verdadeiro condenado, Valdecirio Madeiro de Araújo, declarou à fl. 1443 que “Aldeci é inocente, estava no estado de São Paulo na ocasião do crime” e que “quem de fato esteve no local do crime foi meu outro filho, Valdecirio Madeiro de Araújo, o qual usou uma cópia do documento dele” (sic).

4 – Demonstrado que o verdadeiro condenado se chama Valdecirio Madeiro de Araújo, imperioso é o reconhecimento de que falta ao Recorrente um dos pressupostos subjetivos para a interposição de recurso, porquanto não se enquadra como efetivo processado, razão pela qual o apelo não há de ser conhecido. Entretanto, em que pese o não conhecimento do recurso, emerge evidente o constrangimento ilegal a que esta sendo submetido o Recorrente, eis que se trata de pessoa diversa da que foi condenada, razão por que este injusto deve ser sanado por meio de imediata expedição de alvará de soltura em favor do Sr. Aldeci Madeiro de Araújo, ora Apelante, cancelando-se ainda todos os registros, anotações e comunicações em seu nome, sobretudo as decorrentes da sentença condenatória recorrida.

5 – Com vistas ao integral cumprimento do comando contido no referido art. 259 do CPP, determina-se a remessa dos autos ao juízo de piso, para que, sem prejuízo da validade dos atos processuais já praticados, proceda-se à correção do nome do verdadeiro autor do fato, Valdecirio Madeiro de Araújo, além da sua intimação, para fins de interposição de recurso em face da sentença penal condenatória, cabendo ao Órgão Ministerial de piso a verificação dos elementos indiciários em relação à suposta prática de crime contra a fé pública.

6 – Parecer Ministerial no sentido de provimento parcial do Apelo.

APELO NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO EM FAVOR DO RECORRENTE E DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DO CONDENADO VALDECIRIO MADEIRO DE ARAÚJO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Criminal de nº 0000007-55.2002.8.05.0212**, da Vara Criminal da Comarca de Riacho de Santana/Ba, sendo Apelante Aldeci Madeiro de Araújo e Apelado o Ministério Público.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em não conhecer do recurso, em

virtude da ilegitimidade de parte para a sua interposição, com determinação de devolução dos autos à origem, para fins de retificação do registro e posterior intimação do efetivo condenado, Valdecirio Madeiro de Araújo, pessoalmente ou por edital, conforme o caso, acerca da sentença penal condenatória, decidindo nos termos do voto condutor.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia, por seu representante, o Bel. Beneval Santos Mutim, ofereceu denúncia em desfavor dos acusados Pedro de Oliveira Costa, Manoel Sales Nunes, Valdesirio Madeiro de Araújo, Weles Santos Aguiar, Aldeci Madeiro de Araújo e Marcondes Ferreira da Silva em razão da prática, em concurso material, dos crimes de latrocínio, roubos qualificados, ocultação de cadáver e quadrilha.

Dentre os inculpadados que foram presos em flagrante delito (fls. 20/49), encontrava-se um indivíduo que se declarou como sendo Aldeci Madeiro de Araújo, deixando de apresentar, no entanto, documento próprio (fl. 85), comprobatório de sua identificação.

Todos os denunciados custodiados foram validamente citados (fl. 175) e interrogados (fls. 180/191), inclusive o indivíduo inicialmente nominado Aldeci Madeiro de Araújo, que, em sede judicial (fls. 186/187), ratificou a sua identificação.

Apresentada a defesa prévia (fls. 195/222), procedeu-se ao início da instrução processual, com oitiva das testemunhas de acusação, transcritas conforme termos de fls. 318/325, 351/358 e 366/374, e de defesa, elencadas às fls. 485/497 e 505/514.

Em 10.07.2002, o Coordenador Regional da 24ª COORPIN, em Bom Jesus da Lapa, comunicou ao MM. Juízo *a quo* acerca da fuga dos inculpadados (fl. 474), dentre eles, o indivíduo que se declarou como sendo Aldeci Madeiro de Araújo.

Derradeiras alegações Ministeriais foram apresentadas às fls. 546/560, estando acostados às fls. 619/621 os memoriais do acusado denominado Aldeci Madeiro de Araújo.

Em sentença (fls. 777/840), o MM. Juízo primevo, acolhendo os termos da denúncia, condenou, dentre outros, Aldeci Madeiro de Araújo em razão da prática dos crimes previstos nos arts. 157, §3º, e 157, §2º, incs. I, II e IV, ambos do Código Penal, estabelecendo a reprimenda estatal definitiva em 26 (vinte e seis) anos e 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa.

À fl. 871, consta informação acerca do trânsito em julgado da sentença, em relação ao denunciado Aldeci Madeiro de Araújo, com determinação de expedição de mandado de prisão (fl. 894).

Em 02.10.2012, a Autoridade Policial de Mogi das Cruzes/SP encaminhou ofício, solicitando o recambiamento de Aldeci Madeiro de Araújo, em virtude da existência de mandado de prisão referente ao processo em epígrafe, ressaltando a inexistência de outros feitos criminais em seu desfavor (fl. 1283).

Na mesma oportunidade (fls. 1285/1286), o Apelante peticionou, junto ao Juízo de piso, informando que, em verdade, o delito *sub judice* havia sido perpetrado por seu irmão, Valdecirio Madeiro de Araújo, que teria se utilizado de seus documentos pessoais no ato de uma identificação policial, bem como que a prisão que sofrera foi decorrente da sua tentativa de esclarecer os fatos perante a Autoridade Policial, razão pela qual a sua custódia haveria de ser considerada ilegal, com a consequente expedição de alvará de soltura.

Para comprovar suas alegações, apresentou os documentos de fls. 1288/1313.

Em decisão de fl. 1314, o MM. Juízo *a quo* reconheceu a necessidade de intimação pessoal do condenado, tornando sem efeito a certidão de trânsito em julgado, anteriormente lavrada, in-

deferindo, no entanto, o pleito libertário, ao argumento de que “tanto Aldeci Madeiro de Araújo quanto Valdecirio Madeiro de Araújo foram condenados” (sic).

Intimado da referida decisão, Aldeci Madeiro de Araújo apresentou recurso de apelação (fl. 1350/1351). Em razões acostadas às fls. 1418/1426, pugna o Recorrente pela reforma do édito condenatório, considerando que, em verdade, o crime teria sido praticado por seu irmão, Valdecirio Madeiro de Araújo, o qual, no momento da prisão em flagrante, teria se utilizado dos seus documentos pessoais. Não houve impugnação quanto à tipicidade dos fatos delituosos ou ainda no que pertine à dosimetria.

Em contrariedade (fls. 1456/1461), o Ministério Público refutou os argumentos do Recorrente, pugnando, ao final, pela negativa de provimento à insurgência, com manutenção da sentença condenatória por seus próprios fundamentos. Subsidiariamente, pleiteou o recambiamento do Apelante, com fito de que fosse procedido o seu reconhecimento pelas testemunhas, em especial, o Sr. Delmício Souza de Oliveira, a fim de comprovar a sua identificação.

Nesta Superior Instância, colheu-se o Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, inicialmente, pelo conhecimento e improvimento do apelo, para que a sentença fosse confirmada, em todos os seus termos (fls. 1464/1467).

Remetendo-se os autos conclusos para julgamento ao Eminentíssimo Desembargador Nilson Soares Castelo Branco, relator originário do presente feito, diligentemente, determinou a realização urgente de exames periciais grafotécnicos nas assinaturas constantes dos autos, relativas tanto ao indivíduo que foi inicialmente custodiado e que foragiu quanto àquele que, atualmente, encontra-se segregado à disposição do Juízo (fls. 1510/1511), a fim de que fosse averiguada a informação apresentada pelo Apelante, no sentido de utilização indevida dos seus documentos no ato da identificação criminal.

Laudo pericial acostado às fls. 1527/1590.

Oportunizada a manifestação das partes, acerca da peça elaborada pelos peritos criminais, a defesa ratificou o pleito absolutório, tendo o *Parquet* opinado pelo provimento parcial do recurso, a fim de que o nome do Apelante seja excluído do rol dos culpados, expedido alvará de soltura em benefício dele, bem como retificação dos registros do processo.

Após o exame destes autos, na qualidade de Juíza Convocada, elaborei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Des. Revisor, que pediu dia de julgamento.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, entendo que não se fazem presentes os requisitos mínimos de admissibilidade recursal, sendo inviável o conhecimento da apelação interposta.

Como visto, trata-se de recurso de Apelação em que Aldeci Madeiro de Araújo, custodiado à disposição do Juízo primevo, insurge-se contra a sua custódia, ao argumento de que o crime teria sido praticado por seu irmão, Valdecirio Madeiro de Araújo, que, no momento da prisão em flagrante, utilizou-se dos seus documentos pessoais, não havendo qualquer impugnação quanto à tipicidade dos fatos delituosos ou, ainda, no que tange à dosimetria.

O Eminentíssimo Desembargador Nilson Soares Castelo Branco, após se debruçar sobre os autos, com a humanidade que permeia a sua pessoa, o qual tenho a imensa honra de substituir, inquieto com a violação de direitos fundamentais do cidadão, resguardados pela Carta Magna, nesta oportunidade, determinou, de forma percuciente e de modo a buscar a verdade real, a realização de perícias grafotécnicas, a fim de que fossem comparadas as assinaturas constantes dos autos, relativas tanto ao indivíduo flagrantado, e que posteriormente, em 10.07.2012, logrou

empreender fuga da carceragem (fl. 474), quanto àquele que, atualmente, encontra-se segregado, à disposição do Juízo, ora Apelante.

Assim, constatou-se, através das argumentações apresentadas pelo Recorrente, em cotejo com os documentos colacionados ao caderno processual, que o verdadeiro nome do condenado é Valdecirio Madeiro de Araújo, o qual se utilizou dos documentos pessoais do seu irmão, Aldeci Madeiro de Araújo, no momento da sua prisão em flagrante (fls. 20/49), oportunidade em que aquele foi reconhecido como sendo um dos perpetradores dos crimes descritos na peça de incoação (Auto de Reconhecimento, fl. 18).

Destarte, a utilização indevida do documento do Recorrente encontra-se demonstrada, principalmente, pelo Laudo Pericial de fls. 1527/1590, conclusivo no sentido de que as rubricas e/ou assinaturas atribuídas a Aldeci Madeiro de Araújo no Auto de Prisão em Flagrante (fls. 20/49), Nota de Culpa (fl. 55), Termo de Qualificação e Interrogatório (fls. 186/187) não foram produzidas pelo mesmo punho subscritor em relação àquelas contidas nas procurações judiciais (fls. 1287, 1359 e 1406), em declarações (fls. 1349, 1383 e 1407), bem como, e especialmente, na cédula de identidade do Recorrente (fl. 1290).

Pontue-se ainda que, conforme o bem fundamentado opinativo Ministerial, à fl. 247, o patrono de alguns dos integrantes da equipe criminosa, inclusive do suposto Aldeci Madeiro de Araújo, enquanto estes ainda se encontravam custodiados, apresentou petição ao juízo primevo, em nome da pessoa de Valdecirio Madeiro de Araújo, censurável manobra que se repetiu à fl. 1236, já trazendo, muito antes, elementos que, possivelmente, identificariam a fraude precoce-mente.

Por outro lado, a genitora do Recorrente, Maronita Alves de Araújo, mãe também do verdadeiro condenado, Valdecirio Madeiro de Araújo, declarou, à fl. 1443, que “Aldeci é inocente, estava no estado de São Paulo na ocasião do crime” e que “quem de fato esteve no local do crime foi meu outro filho, Valdecirio Madeiro de Araújo, o qual usou uma cópia do documento dele” (sic).

Não obstante outras testemunhas tenham identificado Aldeci Madeiro de Araújo como sendo um dos indivíduos que praticou as ações criminosas descritas na denúncia, não se pode extrair de tais declarações a convicção plena de que, de fato, a pessoa reconhecida tenha sido o Apelante.

Acrescente-se mais que a credibilidade das afirmações da testemunha Patrícia Francisca Guedes encontram-se comprometidas, isso porque, além de ter afirmado que apenas conhecia de vista o denunciado denominado Aldeci Madeiro de Araújo, incorreu, conforme ata de audiência, em crime de falso testemunho, reconhecido pelo Juízo primevo (fls. 483/484), ante a divergência de versões apresentadas na assentada instrutória.

Sob outro vértice, muito embora a testemunha Gleidina Cristina Alves, prima do Apelante, tenha informado, em seu depoimento, que o conhece, no momento em que prestou suas declarações, os denunciados não se faziam presentes, razão pela qual não se pode validar o reconhecimento (fl. 511), o mesmo valendo-se para o testemunho da Sra. Maria Rita dos Santos, ex companheira do denunciado Valdesívio.

De todos os ângulos, percebe-se que, malgrado o Apelante tenha buscado esclarecer o fato perante a autoridade policial, deparou-se com a existência de mandado prisional em aberto, o que ensejou a sua imediata e indevida custódia (fls. 1432/1433), sendo, então, encaminhado à Cadeia Pública de Mogi das Cruzes, situação absurda que perdura há, aproximadamente, 03 (três) longos anos.

Ressalte-se que o fatídico e lamentável incidente decorreu, salvo melhor juízo, de desídia da Autoridade Policial, porquanto, conforme se percebe da análise dos autos, no momento do flagrante (fl. 85), o condenado Valdecirio Madeiro de Araújo não apresentou qualquer documento

de identificação, declinando o nome de terceira pessoa, sem que tenham sido adotadas quaisquer cautelas ou providências no sentido de confirmação de suas declarações.

Sobre a possibilidade e razoabilidade de se proceder à identificação criminal do acusado, bem anota o Ilustre Procurador de Justiça, Dr. Rômulo de Andrade Moreira, em seu Curso Temático de Direito Processual Penal¹⁴:

No art. 3º., dispõe que, nada obstante o indiciado ou acusado possuir um documento de identificação civil, poderá (não deverá) ser também identificado criminalmente se o respectivo documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação ou for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; ou se ele portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; ou se constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; ou o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais [03]. Nada impede que a identificação criminal seja feita após o início da ação penal.

Tais hipóteses estão em perfeita harmonia com a Constituição Federal, sob o ponto de vista do princípio da razoabilidade. Como afirma Luiz Flávio Gomes, “se existe dúvida fundada (séria) sobre a identificação civil do sujeito, nada mais ponderado que proceder à sua identificação criminal”. Importante alertar, porém, que “não existe poder discricionário da autoridade de identificar ou não (aliás, raciocinar-se assim, pode-se chegar a atos arbitrários). **Seu ato é vinculado: cabe-lhe examinar os pressupostos fáticos da situação e agir dentro da lei, conferindo sempre ao interessado o prazo de 48 horas para a comprovação de sua identificação civil, a não ser que seja patente, por exemplo, a inexistência de qualquer identificação.** (grifo nosso)

Não fosse a determinação de realização de perícias, para a confirmação das alegações do Apelante, refutadas por todos as autoridades precedentes, a justiça se renderia à verdade processual, até então colhida, ainda porque o que não está nos autos se torna alheio ao mundo jurídico.

Neste particular, aproveito o ensejo para apresentar as lições do Professor Doutor Auri Lopes Junior¹⁵, quando questiona “a serviço de quem está o juiz”:

Quando se questiona a serviço de quem está o juiz, transferimos a discussão para outra esfera: das garantias orgânicas da magistratura. FERRAJOLI chama de garantias orgânicas aquelas relativas à formação do juiz e sua colocação funcional em relação aos demais poderes do Estado (independência, imparcialidade, **responsabilidade, separação entre juiz e acusação**, juiz natural, obrigatoriedade da ação penal etc.). Considera como garantias processuais aquelas relativas à formação do processo, isto é, à coleta da prova, exercício do direito de defesa e à **formação da convicção do julgador** (contraditório, correlação, carga da prova etc.).

Dentro das garantias orgânicas, nos centramos, agora, na independência, pois **para termos um juiz natural, imparcial e que verdadeiramente desempenhe sua função (de garantidor) no processo penal deve estar acima de quaisquer espécies de pressão ou manipulação política.** Não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão **um juiz independente; alguém que realmente possua condições de formar sua livre convicção. Essa liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas.**

A independência deve ser vista como a sua exterioridade ao sistema político e, num

¹⁴ Moreira, Rômulo de Andrade, Curso Temático de Direito Processual Penal, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 54

¹⁵ Lopes Jr., Auri, Direito Processual Penal, 9 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176/177

sentido mais geral, como a exterioridade a todo sistema de poderes. **O juiz não tem por que ser um sujeito representativo, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo**, nem sequer o interesse da maioria, ou, inclusive, a totalidade dos lesados. Ao contrário do Poder Executivo ou do Legislativo, que são poderes de maioria, **o juiz julga em nome do povo – mas não da liberdade das minorias.** (grifo nosso)

Não por acaso, o opinativo Ministerial (fls. 1601/1604), exarado pela Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha, Procuradora de Justiça, apresentado nos seguintes termos, enaltece a diligência do nobre Desembargador:

Chegando os autos às mãos do competente desembargador, foi ordenado, ex officio, a produção de prova pericial grafotécnica, no intuito de elucidar se a pessoa que respondeu ao processo e fora condenada na sentença corresponde à mesma pessoa que efetivamente está presa.

(...)

O exame pericial grafotécnico (fls. 1527/1539) indicou divergências entre as assinaturas dos documentos firmados pelo suposto Valdecirio e os firmados pelo apelante. Os peritos concluíram que as grafias não coincidem e, portanto, não foram produzidas pela mesma pessoa. (sic)

Assim, uma vez demonstrado que o verdadeiro condenado se chama Valdecirio Madeiro de Araújo, imperioso é o reconhecimento de que falta ao Recorrente um dos pressupostos subjetivos para a interposição de recurso, uma vez que não se enquadra como legítimo processado. Consequentemente, entendo que o apelo não deve ser conhecido.

Nesta mesma linha intelectual, vem decidindo a jurisprudência:

HABEAS CORPUS – AÇÃO PENAL – PACIENTE CONDENADO POR FURTO SIMPLES – ALEGADO ERRO NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA – **DOCUMENTOS TRAZIDOS NA INICIAL QUE COMPROVAM O EQUÍVOCO NA IDENTIFICAÇÃO DO VERDADEIRO AUTOR DO DELITO - IRMÃO QUE, FLAGRADO QUANDO DO COMETIMENTO DO ILÍCITO, IDENTIFICOU-SE COMO SENDO O PACIENTE** – CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO DE PLANO, SEM NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA OU APROFUNDAMENTO NO EXAME DOS ELEMENTOS COLACIONADOS – CABIMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ELEITO – **RETIFICAÇÃO DOS AUTOS PRINCIPAIS QUE SE FAZ DEVIDO - EXEGESE DO ART. 259 DO CPP** – ORDEM CONCEDIDA.

(TJ/SC - HC 121381, Segunda Câmara Criminal, Rel. Jorge Mussi, J. 24.04.2007)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE QUE A **INSTRUÇÃO SE PROCEDEU EM FACE DE DETERMINADO NOME E CONDENÇÃO EM FACE DE OUTRO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IDENTIDADE FÍSICA INCONTROVERSA.** NULIDADE INOCORRENTE.

1 – “A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for **descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.**” (artigo 259 do CPP).

2 – Ordem denegada.

(STJ - HC 17621/PA, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, J. 13.11.2001, DJ 25.02.2002, p. 450)

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DE ILEGITIMIDADE DA PARTE – ACOLHIMENTO – **CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO** – CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – **RETIFICAÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO DO RÉU NOS AUTOS DO PROCESSO CRIMINAL PRINCIPAL – NECESSIDADE – REGRA DO ART. 259 DO CPP.**

1 – Nos termos do art. 623 do Código de Processo Penal, são legitimados para propor a revisão criminal o réu ou, no caso de sua morte, o cônjuge, ascendente ou descendente, rol que não abarca o peticionário.

2 – **Concede-se em ‘habeas corpus’ de ofício a determinação para que o juiz proceda à retificação da identificação do verdadeiro autor do crime constante da capa dos autos originais, na forma do art. 259 do CPP.**

(TJ/MG - Revisão Criminal 1.0000.11.063113-2/000, 1º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des.Catta Preta, J. 13.01.2014, P. 15.01.2014)

Em que pese o não conhecimento do recurso, emerge evidente o indevido e injusto constrangimento a que esta sendo submetido o Apelante, em razão da sua segregação, eis que se trata de pessoa diversa da que foi condenada, motivo pelo qual a ilegalidade deve ser sanada, por meio de imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, cancelando-se ainda todos os registros, anotações e comunicações em seu nome, sobretudo as decorrentes da sentença condenatória recorrida.

De outro vértice, nos termos do art. 259 do Código de Processo Penal¹⁶, os autos hão de ser baixados à origem, a fim de que a qualificação do denunciado Valdecirio Madeiro de Araújo seja retificada, sem prejuízo dos autos processuais precedentes, procedendo-se a sua intimação, pessoal ou por edital, caso não localizado, para fins de interposição de recurso, em face da sentença penal condenatória.

Caberá ao Órgão Ministerial de piso a verificação dos elementos indiciários em relação à suposta prática de crime contra a fé pública.

CONCLUSÃO

Do exposto, em consonância parcial com o entendimento da d. Procuradoria de Justiça, o voto é no sentido de não conhecimento do apelo, em virtude da ilegitimidade de parte para a sua interposição, com determinação de devolução dos autos à origem, para fins de retificação do registro do condenado Valdecirio Madeiro Araújo e posterior intimação deste, pessoalmente ou por edital, acerca da sentença penal condenatória, a fim de que, querendo, possa interpor recurso.

Expeça-se, com a máxima urgência, alvará de soltura em favor de Aldeci Madeiro de Araújo, cabendo ressaltar que ele se encontra custodiado na Comarca de São Paulo, Juízo que deverá ser comunicado, imediatamente, da presente decisão.

16 Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

TJBA, Recurso em Sentido Estrito n.º 0301567-89.2013.8.05.0141, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Relator (a): Des^a. Ivone Bessa Ramos, julgado em 03.03.2015.

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECORRENTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 121, § 2º, INCISOS II E IV, C/C O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA POR EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. SIMPLES EMPREGO DE TERMOS MAIS INCISIVOS E ENÉRGICOS EM TRECHOS ISOLADOS E PONTUAIS QUE NÃO MACULAM A LEGALIDADE DO DECISUM.

MÉRITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE LESÕES CORPORAIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA CAPAZ DE ATESTAR O ALCANCE DO ELEMENTO SUBJETIVO MOTRIZ DO ACUSADO. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DO RECORRENTE A JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA SOB PENA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDADA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.

PLEITO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. NÃO ACOHLIMENTO. ELEMENTOS QUE APONTAM A PRESENÇA DAS QUALIFICADORAS DO DELITO DE HOMICÍDIO CIRCUNSTANCIADO PELO MOTIVO FÚTIL E MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. DEFESA QUE NÃO COMPROVOU SUA IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA. IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXCLUSÃO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Recurso em Sentido Estrito n.º 0301567-89.2013.8.05.0141**, da Comarca de Jequié/Ba, tendo como Recorrente **PAULO ALMEIDA BRANDÃO** e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso interposto, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

PAULO ALMEIDA BRANDÃO, qualificado nos autos, foi denunciado pelo Ministério Público Estadual pela suposta prática do delito previsto no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (*vide* Denúncia de fls. 01/02 e Reti-ratificação de fls. 86/88).

Narra a Denúncia em epítome que, no dia 09.05.2013, o Denunciado adentrou a residên-

cia da vítima, sua ex-companheira Elenice Pereira da Silva, e, sendo solicitado que o mesmo se retirasse do local posto não ser bem-vindo, o Acusado levantou-se de surpresa, sacou uma faca que se encontrava escondida em suas costas e desferiu golpes embaixo da axila esquerda da vítima, momento em que teria afirmado “*se eu não te matar agora eu volto para acabar com o serviço*” (fl. 02).

Descreve ainda a Inicial Acusatória que o motivo ensejador dos fatos revelou-se fútil, posto que consistiu no inconformismo do Recorrente com o término do relacionamento amoroso com a vítima, e que esta não veio a óbito por motivos alheios à vontade do agente.

Corroborando a Inicial Acusatória no que se refere à tentativa, consta dos autos que os fatos narrados ocorreram na presença da Sra. Lucineide de Jesus Andrade, nora da vítima, que gritou pela janela da casa pedindo socorro, oportunidade em que o Acusado fugiu do local, como se vê do Termo de Declarações de fls. 24/25.

Encerrado o sumário de culpa, foi prolatada a Sentença de Pronúncia em 24.03.2014, tendo sido o Réu pronunciado como incurso na sanção prevista no art. 121, § 2º, incisos II (motivo fútil) e IV (supresa), c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, nos termos da Decisão de fls. 151/157.

Irresignado, o Denunciado, através da Defensoria Pública do Estado da Bahia, representada pela Nobre Defensora Itanna Assis de Souza, interpôs Recurso em Sentido Estrito (fl. 161), pugnando, em suas Razões recursais de fls. 162/175, pela desclassificação do delito para o disposto no art. 129, *caput*, do Código Penal, afirmando tratar-se de lesões corporais, ao argumento de que existiria nos autos “*carência probatória acerca do dolo de matar e do perigo de vida no desenrolar da instrução criminal*” (fl. 174). Destacou que as armas brancas encontradas em poder do Acusado – “*duas facas, uma pequena com o cabo preto e um canivete sem ponta*” – possuiriam baixa potencialidade lesiva, razão pela qual sustenta a inexistência de animus necandi.

Subsidiariamente, requereu a “*exclusão das qualificadoras e a reformulação da decisão de pronúncia atinente aos requisitos legais do art. 413, § 1º do CPP, livre de qualquer excesso de linguagem sobre a materialidade delitiva e indícios de autoria*” (fl. 175). Exemplificou o excesso na linguagem com a utilização, pela Juíza de Primeiro Grau, da expressão “*facão*”, quando, na verdade, o crime foi cometido com uma “*faca*”, como se vê à fl. 169:

É importante salientar que jamais houve “*facão puxado contra a vítima*”. As partes nos depoimentos e a perícia referem-se apenas a faca. Em verdade, a transcrição faz crer que a própria magistrada podia estar pensando na palavra faca, posto que usa o termo mais abaixo.

Por sua vez, o Ministério Público Estadual apresentou Contrarrazões recursais às fls. 181/188, pugnando pela confirmação da Pronúncia efetivada pelo Juízo *a quo*, refutando in totum a tese defensiva. Registrou ainda que o Réu, no curso da instrução, após ter sido beneficiado com a liberdade provisória, proferiu ameaças de morte em face da vítima, fato que ensejou a instauração de outro procedimento em face do Acusado que culminou com a aplicação de medidas protetivas à vítima e a autorização judicial para mudar de cidade.

O *Decisum* combatido foi mantido em todos os seus termos na oportunidade do juízo de retratação (fl. 189).

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, por sua Ilustre Representante, Dra. Tânia Regina Oliveira Campos, opina pelo conhecimento e desprovimento do Recurso manejado (fls. 204/213).

É o Relatório.

VOTO

Observa-se que a Sentença de Pronúncia foi publicada na data do dia 24.03.2014 (fls. 151/157), sendo o Acusado PAULO ALMEIDA BRANDÃO intimado do teor do Decisum em 08.04.2014 (fl. 159). Considerando que o Recurso foi interposto na data do dia 14.04.2014, à fl. 161, preenchidos estão os pressupostos de admissibilidade, ao que se impõe o conhecimento presente Recurso.

Os argumentos trazidos ao accertamento jurisdicional pelo Recorrente assentam-se, sobretudo, na ausência do *animus necandi* no que tange ao delito de Homicídio qualificado tentado em desfavor da vítima Elenice Pereira da Silva, aduzindo, ainda, que são inexistentes as qualificadoras apontadas e que a Decisão de Pronúncia teria ocorrido em excesso de linguagem capaz de comprometer o convencimento dos Jurados.

Inicialmente, não obstante a ordem dos argumentos contidos nas Razões Recursais, crê-se pertinente a análise da suscitada preliminar de nulidade do Decisum, em decorrência de suposto excesso de linguagem cometido pelo Magistrado de Piso.

Neste sentido, observa-se que a fundamentação defensiva reside, dentre outros argumentos, na utilização, pelo Juiz a quo, da palavra “facão” em seu Decisum, embora o delito tenha sido em tese cometido com uma “faca”. Todavia, de logo, constata-se que tal argumentação é amenizada pelo próprio Recorrente, que afirma, em seguida, que “*Em verdade, a transcrição faz crer que a própria magistrada podia estar pensando na palavra faca, posto que usa o termo mais abaixo*”.

Ainda sobre o suposto excesso de linguagem, sustentou a “*quebra da igualdade entre acusação e defesa diante das afirmativas proferidas pela Exa. Julgadora, acima transcritas, as quais confirmam a versão da acusação, o que por consequência lógica influenciará a análise dos jurados*” (fl. 170), pelo que pretende a reformulação da Sentença de Pronúncia.

Ocorre que, como é sabido, a Pronúncia do Acusado requer a análise, ainda que superficial, dos elementos narrados na Denúncia, a fim de verificar, no caso concreto, a prova da materialidade e os indícios da autoria criminosa, além da provável intenção do agente em praticar o fato típico e da incidência de eventuais qualificadoras narradas na Inicial Acusatória, de modo a inexistir ofensa ao art. 413, § 1º do CPP. Ademais, para que fosse declarada a pleiteada nulidade, seria necessária a demonstração do prejuízo, o que não se vislumbra no caso concreto.

Quanto ao mérito recursal, é cediço que a pronúncia refere-se a mero juízo de admissibilidade da acusação, devendo, portanto, ser consubstanciada somente na probabilidade de ser o Réu o responsável pela prática do delito, sem adentrar, entretanto, no *meritum causae*, consoante dispõe o art. 413 do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. § 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Esta previsão legal visa preservar a competência atribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil ao Tribunal do Júri, ao tempo que determina que o Juiz deve, na Decisão de Pronúncia, privilegiar o Princípio *in dubio pro societate*, a fim de que a Sociedade, representada pelos Jurados do Tribunal do Júri, decidam pela condenação ou absolvição do réu, sob pena da usurpação de sua atribuição.

Nesse diapasão, a validade da Sentença de Pronúncia pressupõe o enfrentamento, pelo Magistrado, dos elementos de prova coligidos *in folio*, de modo a extrair deles indícios suficientes

de autoria e prova de materialidade delitivas, permitindo, com isso, a submissão do caso concreto ao Tribunal do Júri.

Da análise da Decisão vergastada (fls. 151/157), verifica-se que o Magistrado apontou a certeza da materialidade do crime, destacando-se o Laudo de Exame Pericial incluso às fls. 65/66, e, quanto à autoria do delito, demonstrou, através dos depoimentos da vítima e das testemunhas, e do interrogatório do próprio Acusado, existirem suficientes indícios de autoria para sujeitar o Recorrente ao julgamento pelo Conselho de Sentença. As razões de convencimento do Julgador e os fundamentos jurídicos necessários foram delineados, de forma apta a estabelecer a justa causa imprescindível à Pronúncia do Réu, sendo a motivação exposta na Decisão ora atacada idônea, em consonância com todos os requisitos legais necessários a sua validade.

Com efeito, da análise perfunctória dos depoimentos testemunhais, em cotejo com as demais provas produzidas nos autos, conclui-se pela existência de indícios veementes da autoria delitiva na pessoa do Recorrente, inexistindo, ao revés do quanto sustentado pela defesa, prova da ausência do *animus necandi*, razão pela qual deve ser o caso concreto apreciado pelo Conselho de Sentença. Corroborada desta linha intelectual a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores (grifos acrescidos):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DOLOSO. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE. DÚVIDA QUANTO À INTENÇÃO DO AGENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME CULPOSO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Restando incontroversas a materialidade e autoria do delito, ainda que existam dúvidas quanto à intenção do agente, o mesmo deve ser pronunciado, devendo o elemento subjetivo ser levado à apreciação do Conselho de Sentença, tendo em vista, que a pronúncia, constitui, mero juízo de admissibilidade para levar o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, que é o juízo natural do qual deriva a competência para apreciar o mérito da conduta do acusado.

2. Recurso conhecido e improvido, para manter a sentença de pronúncia em todos os seus termos. Decisão unânime.

(TJ-PI – RESE nº 201100010042776 PI. Desembargador Relator: Joaquim Dias de Santana Filho. Órgão Julgador: 2ª Câmara Especializada Criminal. Data de Julgamento: 03/04/2012)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECURSO DA DEFESA- ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - PELA INEXISTÊNCIA DE CRIME OU IMPRONÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO PARA CRIME DE LESÃO CORPORAL POR AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JÚRI.

1. A pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade, cujo objetivo é submeter o acusado a julgamento popular, que segundo o art. 413 do CPP é necessário apenas a existência de elementos que comprovem a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria.

2. A absolvição sumária por atipicidade da conduta e a impronúncia somente é possível mediante a presença de provas estremes de dúvidas da incorrência do fato criminoso, o que não restou caracterizado nos autos.

3. Impossível a desclassificação do delito, tendo em vista os elementos coligidos aos autos não descartam a possibilidade de ter o réu agido impulsionado pela vontade de matar (*animus necandi*). Na pronúncia vigora o princípio *in dubio pro societate*, que consiste na impossibilidade de subtração do Juízo Natural do Júri para julgamento dos crimes de sua competência, a não ser em hipóteses

inequívocas de ausência do elemento subjetivo.

4 Recurso conhecido e improvido.

(TJ-PI - RESE: 201000010037089 PI. Desembargador Relator: Joaquim Dias de Santana Filho. Órgão Julgador: 2ª Câmara Especializada Criminal. Data de Julgamento: 11/01/2011)

Observa-se do contexto fático descrito pela vítima e pela testemunha de acusação, frise-se, através de depoimentos harmônicos entre si, que não há dúvidas quanto ao elemento subjetivo da conduta perpetrada pelo Acusado, eis que, além das noticiadas ameaças durante e após o ato delituoso, as lesões provocadas na vítima são incompatíveis com mero *animus laedendi*.

Neste sentido, merece destaque o depoimento da Sra. Lucineide de Jesus Andrade em juízo:

“Que no dia dos fatos, Dona Elenice chegou em sua casa chamando a depoente, para que fosse até a casa da mesma pois o réu se encontrava no interior do imóvel e dona Elenice tinha medo de deixa-lo sozinho em companhia de seu filho, que tem distúrbio mental; que neste momento a depoente foi para a casa da vítima e segurou o réu e o acompanhou até o lado de fora de da casa; que o réu já tinha dito que ninguém sairia daquela casa; que neste momento o réu voltou-se contra dona Elenice aparentando que iria agredi-la, tendo a vítima munidose (SIC) de um pedaço de madeira e tentou golpear o acusado; que a depoente interferiu naquela discussão e continuou acompanhado o réu para fora da casa; que neste instante, o réu já do lado de fora sacou uma faca que estava escondida em suas costas e começou a golpear dona Elenice pela grade da porta; que a depoente e dona Elenice ficaram segurando o portão para o réu não entrar, entretanto este conseguiu deferir golpes de facas em dona Elenice; que o réu era muito ciumento; que o réu não se conformava com a separação e já viu o mesmo ameaçar a vítima de morte várias vezes; que o motivo das agressões foi por que o réu não aceitava a separação e queria que a vítima reatasse à força; que a depoente não viu a faca antes dos golpes, que foram pegas de surpresa e ambas não tiveram como se defender.” (fls. 131/132)

Ressalte-se que os referidos testemunhos, a prova documental e o Laudo de Exame de Lesões Corporais revelam que a quantidade (nove golpes de faca, conforme Guia de fl. 26) e a localização da maior parte dos ferimentos provocados na vítima (quadrante superior esquerdo) não se compatibilizam com o mero *animus laedendi*.

Ademais, há de se ter em mente que, nesta fase instrutória preliminar, se os fatos e provas não demonstram de forma irrefragável a ausência do dolo do Recorrente, seja ele direto ou eventual – ou seja, ausente a certeza de que não houve crime doloso contra vida – inviável a requerida desclassificação do crime de Homicídio tentado para Lesão Corporal, devendo ser mantida a pronúncia do Recorrente, posto que compete ao Tribunal Popular, juiz natural da causa, a análise aprofundada sobre a intenção do agente e o veredicto sobre tal questão.

No que pertine à desclassificação de crimes dolosos contra a vida, na primeira fase do processo, dilucida Guilherme de Souza Nucci:

O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do CPP (homicídio dolos, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio ou aborto). Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida. A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não

subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana”¹⁷.

Repise-se que o Recorrente não logrou demonstrar de forma incontestável a ausência do dolo específico de matar, ainda que tenha afirmado em seu interrogatório de fls. 136/137:

“... que a vítima pegou um pedaço de madeira, que serve para travar a porta da cozinha, e começou a bater no seu braço direito; que por causa dos golpes, o interrogado empurrou a vítima, que caiu em cima de uma mesa de vidro, que continha um faqueiro; que acredita que a vítima tenha se furado quando caiu por cima da mesa...”

É que tal assertiva, ainda que, numa análise hipotética, corresponda à realidade fática, não exclui a possibilidade de ter o agente agido com intento homicida frente à vítima, eis que dos depoimentos testemunhais foi possível inferir que o delito de homicídio apenas possivelmente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Neste desiderato, a narrativa apresentada pelo Recorrente no sentido de ter havido mera intenção de lesionar a vítima não se coaduna com qualquer outra prova constante nos autos.

É digno de nota que não se pretende afirmar que as provas colhidas no curso da instrução processual comprovam, estreme de dúvidas, a autoria delitiva imputada ao Denunciado, mas apenas que existem indícios suficientes da autoria, cabendo ao Conselho de Sentença, por imposição Constitucional (art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88), deliberar sobre todas as circunstâncias em que se deram os fatos.

No que concerne ao decote das qualificadoras, melhor sorte não socorre ao Recorrente, eis que ele não se desincumbiu do ônus de comprovar a inoccorrência das figuras descritas no artigo 121, § 2º, inciso II (motivo fútil) e inciso IV (motivo que dificulta a defesa da vítima) do CPB.

Como cediço, nesta fase processual, em virtude da competência constitucional exclusiva do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes. A jurisprudência dos Egrégios Tribunais Superiores é pacífica neste sentido (grifos acrescidos):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. DÚVIDA EM RELAÇÃO À EXCLUDENTE DE ILICITUDE DE LEGÍTIMA DEFESA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 07 DESTA CORTE. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2.º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. [...]

2. Só podem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes, uma vez que não se pode usurpar do Tribunal do Júri o pleno exame dos fatos da causa. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.249.874 – GO. Ministra Relatora: Lau-

17 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 750.

rita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data de Julgamento: 03/02/2011. Data de Publicação: DJe em 21/02/2011.

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. PERIGO COMUM. PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA DESCRITA NA INICIAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DE RECURSO ESPECIAL PARA DETERMINAR SUA INCLUSÃO. DECISÃO IMPUGNADA. REEXAME DE PROVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 7 DO STJ. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

I - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia, o que não acontece na hipótese dos autos. De todo modo, a análise da existência ou não da qualificadora do perigo comum deve ser feita pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural da causa.

[...]

VI - Ordem denegada.

(STF - *Habeas Corpus* nº 106.902 – DF. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de Julgamento: 29/03/2011. Data de Publicação: DJe 04/05/2011)

Ressalte-se que o Recorrente não trouxe ao accertamento jurisdicional qualquer elemento concreto capaz de demonstrar, de forma irrefragável, a inexistência das aludidas qualificadoras na hipótese; a seu turno, o conjunto fático-probatório que integra o caderno processual indica ter o agente, supostamente, praticado o crime na forma como narrada na Inicial acusatória, a saber: em razão de não se conformar com o término do relacionamento com a ofendida e mediante surpresa, já que teria sacado a faca de suas costas, para atingir a vítima de inopino.

Nesse desiderato, acertada, portanto, a pronúncia de PAULO ALMEIDA BRANDÃO, pelo Magistrado de piso, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro, bem assim imperativa a submissão do caso em espeque ao Tribunal do Júri, em conformidade com o Princípio do *in dubio pro societate*.

Ante todo o exposto, dá-se conhecimento e **IMPROVIMENTO** ao Recurso em Sentido Estrito, para manter incólume a Sentença exarada pelo Magistrado a quo.

TJBA, Revisão Criminal n.º 0010674-37.2014.8.05.0000, Seção Criminal, Relator (a): Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, julgado em 07.11.2014

REVISÃO CRIMINAL DE ACÓRDÃO. PECULATO. ART. 312 C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DESVIO, EM CONTINUIDADE DELITIVA, DE VALORES NO TOTAL R\$ 729.214,20 (SETECENTOS E VINTE E NOVE MIL, DUZENTOS E QUATORZE REAIS E VINTE CENTAVOS). CONDENAÇÃO À PENA DE 08 (OITO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 70 (SETENTA) DIAS-MULTA NO VALOR DE 1/2 SALÁRIO MÍNIMO CADA. PLEITO DE NULIDADE DA SENTENÇA SOB ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA FALTA DE ENVIO DE CARTA ROGATÓRIA E PRECATÓRIAS PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. CARTAS PRECATÓRIAS REITERADAS SEM ÊXITO. CARTA ROGATÓRIA QUE

DEMANDOU 4 ANOS PARA O SEU ENVIO. INSTRUÇÃO DEMASIADAMENTE ALONGADA, TENDO SIDO OUVIDAS 3 (TRÊS) TESTEMUNHAS DE DEFESA. ENCERRAMENTO DA FASE INSTRUTÓRIA JUSTIFICADO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE ERRO MANIFESTO NA DOSIMETRIA PENAL. REQUERIMENTO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE PARA O PATAMAR MÍNIMO; REDUÇÃO DO PERCENTUAL APLICADO AO CRIME CONTINUADO; DIMINUIÇÃO DA QUANTIDADE DE DIAS-MULTA E DO SEU VALOR. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA REAVALIADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME EXCLUÍDA, COM REDUÇÃO DA PENA-BASE. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. REGIME ALTERADO PARA O SEMIABERTO. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROCEDENTE, EM SINTONIA COM A DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, PARA FIXAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM 5 (CINCO) ANOS 7 (SETE) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, ALTERANDO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA, INICIALMENTE, SEMIABERTO.

Não se percebe a ocorrência da nulidade apontada pelo alegado cerceamento de defesa, no que se refere à testemunha PATRICK VAN DER GRAWTH, pela ausência de envio da Carta Rogatória para a sua oitiva, por ter sido tal indeferimento derivado de negligência da própria defesa que, conforme ressaltado no acórdão que se pretende rescindir, “passou 211 (duzentos e onze) dias com os autos sem providenciar a tradução das peças essenciais à sua expedição...”

A análise dos autos evidencia que foram ouvidas 3(três) testemunhas de defesa, às fls. 1122/1124, e que a Juíza envidou esforços, além do razoável, para proceder à oitiva das demais testemunhas arroladas, tendo agido com extremo zelo na condução do processo, sendo certo que a ausência da oitiva dessas testemunhas não tem o condão de, per si, invalidar o processo.

Ressalte-se, ademais, que não tendo havido demonstração do prejuízo advindo para a defesa pela falta de envio da Carta Rogatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, levando-se em consideração o princípio vigente na legislação penal do *pas de nullité sans grief*, reiteradamente proclamado pela jurisprudência pátria, “segundo a legislação penal em vigor, o reconhecimento da nulidade de ato processual impescinde da demonstração do prejuízo sofrido”. (STJ – HC 134478/Ba., T5, Min. Laurita Vaz, DJe 14/10/2011).

Quanto às circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, observa-se que a reiteração delitiva serviu de fundamento para a valoração negativa das circunstâncias do crime, devendo tal valoração ser afastada, porquanto a continuidade delitiva foi também utilizada para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, verificando-se a dúplice punição por idêntica circunstância, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Restando valoradas negativamente apenas duas circunstâncias judiciais, verifica-se que a quantidade de afastamento da pena-base foi exacerbada, pois é de 1/8 a fração considerada justa pela doutrina e jurisprudência, para cada circunstância, devendo ser reduzida a pena-base. Desta forma, fica a pena-

-base fixada em 4(quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, não merecendo prosperar a alegação de necessidade de sua fixação no mínimo legal.

A circunstância atenuante da confissão foi devidamente reconhecida, mas novamente não foi devidamente mensurada a quantidade de pena a ser aplicada à dosimetria, pois a redução da pena foi inferior a 1/6, fração considerada justa pela doutrina e jurisprudência. Desta forma, mantém-se o reconhecimento da circunstância atenuante do art. 65, III, “d” do Código Penal, e reduz-se a pena em 1/6, fixando-a em 3 (três) anos e 09 (nove) meses.

O aumento da pena pela continuidade delitiva no patamar de 1/2 se mostra adequado, considerando que, segundo a denúncia, os desvios cometidos duraram mais de 2 anos, pois foram detectados a partir de meados de 1995 e a Revisionanda só foi afastada em definitivo de suas funções em 01/08/1997.

Desta forma, fica a pena privativa de liberdade fixada definitivamente em 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias.

A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade e, no caso dos autos, caberia uma quantidade maior de dias-multa devido ao quantum de afastamento da pena-base privativa de liberdade de seu mínimo legal, o que se deixa de fazer, aplicando-se o princípio da proibição da reformatio in pejus, mantendo-a em 70 (setenta) dias-multa, não lhe assistindo razão nesse aspecto.

Quanto ao valor do dia-multa, verifica-se que a Revisionanda, na época do fato, trabalhava como caixa do Banco do Brasil, o que indica a razoabilidade do valor fixado, considerando a sua situação econômica e gradação legalmente prevista, possibilitando que o valor de cada dia-multa chegue a até 15 (quinze) salários mínimos, sendo fixado em 1/2 salário mínimo, o que se mantém.

Sendo a pena agora aplicada superior a 4 (quatro) anos e não excedendo a 8 (oito), conforme preceitua o § 2.º, b, do art. 33, do Código Penal e tendo sido desconsiderada uma circunstância judicial desfavorável, ficando a pena definitiva em 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias, merece prosperar a alegação recursal de necessidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, ficando fixado inicialmente o semiaberto.

PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REVISÃO CRIMINAL, em sintonia com a douta Procuradoria de Justiça, para excluir a valoração negativa das circunstâncias do crime e, refazendo a dosimetria, reduzir a pena privativa de liberdade aplicada à Requerente para 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, alterando o regime de cumprimento da pena para, inicialmente, semiaberto, mantendo, no mais, o acórdão, conforme lançado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0010674-37.2014.8.05.0000, de Cipó, em que figuram, como Requerente, AURISTELA ANUNCIAÇÃO NUNES MACHADO e, como Requerido, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Acordam os Desembargadores integrantes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em conhecer da Revisão Criminal, julgando-a PARCIALMENTE PROCEDENTE, para excluir a valoração negativa das circunstâncias do crime e, refazendo a dosimetria, reduzir a pena aplicada à Requerente para 5(cinco) anos 7(sete) meses

e 15 (quinze) dias de reclusão, alterando o regime de cumprimento da pena para, inicialmente, semiaberto, mantendo, no mais, o acórdão, conforme lançado, pelos motivos a seguir expostos.

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal, ajuizada por AURISTELA ANUNCIAÇÃO NUNES MACHADO, com fundamento no art. 621 *usque* 631 do Código de Processo Penal, contra o Acórdão, transitado em julgado, proferido na Apelação Criminal nº 0011946-47.2006.805.0000, que manteve a sua condenação pela prática do crime previsto no art. 312 c/c art. 71, ambos do Código Penal Brasileiro, reduzindo a sua reprimenda para 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.

A Revisionanda foi denunciada e condenada por ter desviado, em continuidade delitiva, no ano de 1995, valores pertencentes a correntistas do Banco do Brasil, onde figurava como funcionária e exercia a função de caixa, sendo apurado, em auditoria interna, o total de R\$ 729.214,20 (setecentos e vinte e nove mil, duzentos e quatorze reais e vinte centavos).

Consta da denúncia, à fl. 25, que a Requerente “falsificava as assinaturas dos titulares das contas, simulava o pagamento de duplicatas supostamente emitida pelos clientes, implantava limites e renovações de cheques especiais, utilizando os seus valores e, até, contraía empréstimos em nome de correntistas...”

Postula a Requerente, em sua peça exordial, que seja julgada procedente a presente Ação de Revisão Criminal, para desconstituir a coisa julgada.

Informa que o presente pedido de Revisão encontra arrimo na Lei Processual, consubstanciado no fundamento do erro manifesto na dosimetria penal e, também, no evidente cerceamento de defesa na coleta de provas da Revisionanda.

Requer seja rescindida a sentença de primeiro grau, secundada pelo acórdão que a confirmou, por evidente cerceamento de defesa, consistente no encerramento da instrução criminal. Pugna pela declaração da nulidade da sentença, reabrindo a instrução a partir do despacho de fl. 1.231, com escopo de ouvir testemunha arrolada e residente em outro país.

Requer, ainda, a verificação do erro manifesto na dosimetria penal para: 1) diminuição para o patamar mínimo da pena-base, em razão das circunstâncias judiciais serem em sua absoluta maioria favoráveis à Revisionanda; 2) Redução do quantum fixado a título de agravação da pena em razão da ocorrência do crime continuado; 3) Diminuição da quantidade de dias-multa e do valor que lhes foi atribuído na sentença condenatória; 4) Mudança do regime de cumprimento de pena.

Ressalta que a sua condenação destoava do quanto preconizado na legislação sobre o tema, gerando um verdadeiro abuso do poder de punir estatal sem justificativa concreta.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e pela procedência em parte da presente Revisão Criminal, para redimensionar a pena-base, com a consequente alteração do regime de cumprimento da pena.

Os autos vieram conclusos. (fl. 1981)

É o relatório.

VOTO

A ação manejada reúne os requisitos necessários ao Juízo de admissibilidade, eis que transitada em julgado a sentença condenatória proferida em desfavor da imputada, estando lastreada no art. 621 *usque* 631 do Código de Processo Penal, razão pela qual deve ser conhecida.

Da análise dos autos, vislumbra-se existir parcial plausibilidade nos argumentos defendidos pela Requerente, visando à procedência da Revisão ajuizada.

No intuito de demonstrar o acerto da afirmação acima externada, procede-se à apreciação das suas alegações.

Defende, inicialmente, a Requerente, a procedência desta Ação Revisional, visando seja rescindida a sentença de primeiro grau, secundada pelo acórdão que a confirmou parcialmente, desconstituindo a coisa julgada, para declarar a nulidade da sentença em razão do evidente cerceamento de defesa.

Pondera que a falta de oitiva da testemunha PATRICK VAN DER GROWTH, residente em outro país, por meio de carta rogatória, “constituiu clamoroso cerceamento de garantia CONSTITUCIONAL da sentenciada, sobretudo quando ausente de fundamentação idônea”.

Ressalte-se, inicialmente, que a desconstituição de sentença transitada em julgado deve ser compreendida como medida de exceção para as hipóteses de erro judiciário.

In casu, no entanto, não se percebe a ocorrência da nulidade apontada pelo alegado cerceamento de defesa, no que se refere à testemunha PATRICK VAN DER GROWTH, que, segundo informação da defesa, reside na cidade de Knoxville, Tennessee, Estados Unidos, por se verificar o acerto do acórdão que confirmou a decisão de primeiro grau que indeferiu a sua oitiva.

Com efeito, não se verifica a ocorrência de cerceamento de defesa derivado da ausência de envio da carta rogatória para a sua oitiva, por ter sido tal indeferimento derivado de negligência da própria defesa, que, conforme ressaltado no acórdão que se pretende rescindir, “passou 211 (duzentos e onze) dias com os autos sem providenciar a tradução das peças essenciais à sua expedição...” (fl. 51)

Ressaltou ainda o acórdão, à fl. 51, “o intento procrastinatório da defesa, levando-se em consideração, conforme restou demonstrado nos autos, que a referida testemunha sequer presenciou os fatos imputados à acusada, impende-se pela inocorrência de nulidade a ser declarada no presente processo.”

A análise dos autos evidencia que foram ouvidas 3(três) testemunhas de defesa, às fls. 1122/1124, e que a Juíza envidou esforços, além do razoável, para proceder à oitiva das demais testemunhas arroladas, tendo agido com extremo zelo na condução do processo, sendo certo que a ausência da oitiva dessas testemunhas não tem o condão de, per si, invalidar o processo.

O acórdão aponta que a Magistrada “chegou a intimar por 4 (quatro) vezes a defesa para que se manifestasse acerca das certidões negativas emitidas por não haver sido encontrada a testemunha Heloisa do Carmo, sendo que em todas as oportunidades a defesa insistiu em informar endereços incorretos, e em locais completamente distintos...” (fl. 49)

Merece ainda transcrição o seguinte trecho do acórdão à fl. 50:

Em relação às testemunhas Eronildes Agostinho e Eusébio Souza, supostamente residentes em Salvador-Ba, retornou a carta precatória expedida sem êxito, havendo o oficial de justiça certificado que as pessoas que residem no endereço fornecido desconhecem as referidas testemunhas.

A defesa foi intimada para que tomasse providências acerca do ocorrido, havendo substituído as testemunhas não localizadas por outras denominadas Vella da Silva Vila Nova Maciel e Vitor Vinícius Teixeira Lima, residentes respectivamente em Alagoinhas-Ba e Boquira-Ba, para onde foram expedidas novas precatórias, havendo todas retornadas sem cumprimento pelo fato de não terem sido encontradas nos endereços fornecidos pela defesa.”

Vale esclarecer que a não oitiva de algumas das testemunhas indicadas resultou exclusivamente do fato de não terem sido as mesmas encontradas nos endereços fornecidos pela própria Defesa, que, notificada do empecilho, não se desincumbiu do ônus de conseguir o local exato de suas moradias.

Ressalte-se que a douta Procuradoria de Justiça, à fl. 1989, considerou o acerto do acórdão ao não reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa ao dizer que “Desse modo, percebe-se que não merece prosperar a argumentação suscitada pela requerente no tocante à nulidade da sentença em razão do cerceamento da defesa.”

Verifica-se, ainda, que a oitiva da testemunha PATRICK VAN DER GROWTH, foi requerida por ocasião da defesa prévia em 30/08/1999, fls. 1034-v e 1035-v, e que, após praticar vários atos processuais na tentativa de viabilizá-la, somente em 02/03/2004, a Juíza decidiu pela necessidade de encerramento da instrução sem a sua oitiva, após requerimento do Ministério Público que se encontra às fls. 1227/1236.

Não é razoável que, após mais de 4 (quatro) anos sem conseguir a expedição da Carta Rogatória, se dilate mais ainda a instrução do feito quando já foram ouvidas 3(três) testemunhas de defesa e testemunhas de acusação, suficientes para formar o convencimento do magistrado sobre a materialidade e autoria delitiva, mormente quando há nos autos a confissão do crime, reconhecida pelo acórdão, inclusive, como circunstância atenuante.

Sobre a possibilidade de dispensa de oitiva de testemunha arrolada pela defesa, assim têm se manifestado nossos Tribunais Superiores:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o Tribunal de origem, considerando as provas já produzidas suficientes ao desate da lide, dispensa a oitiva de testemunhas.

2. Agravo improvido.(STJ – Sexta Turma.AgRg no Ag 623716 / SP. Rel. Min Paulo Gallotti. Julg. 04/11/2004. Pub. DJ. 12/12/2005).

Ressalte-se, ademais, que não tendo havido demonstração do prejuízo advindo para a defesa pela falta de envio da Carta Rogatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, levando-se em consideração o princípio vigente na legislação penal do pas de nullité sans grief, reiteradamente proclamado pela jurisprudência pátria, “segundo a legislação penal em vigor, o reconhecimento da nulidade de ato processual impede da demonstração do prejuízo sofrido”. (STJ – HC 134478/Ba., T5, Min. Laurita Vaz, DJe 14/10/2011).

Desta forma, não há como prosperar a alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa.

A Requerente sustenta ainda erro manifesto na dosimetria penal para: 1) diminuição para o patamar mínimo da pena-base, em razão das circunstâncias judiciais serem em sua absoluta maioria, favoráveis à Revisionanda; 2) Redução do quantum fixado a título de agravação da pena em razão da ocorrência do crime continuado; 3) Diminuição da quantidade de dias-multa e do valor que lhes foi atribuído na sentença condenatória; 4) Mudança do regime de cumprimento de pena.

A análise da matéria necessita de nova reavaliação da dosimetria, o que passo a fazer.

A MM. Juíza sentenciante, ao analisar os critérios inerentes ao sistema trifásico para a individualização da pena, apreciando e valorando subjetivamente, para a fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, considerou negativas as circunstâncias judiciais: motivo, consequências e circunstâncias do crime, fundamento que foi utilizado na sentença para a elevação da pena acima do mínimo, sendo fixada em 06(seis) anos de reclusão, circunstâncias mantidas pelo Relator do acórdão.

Tais circunstâncias, no parecer da douta Procuradoria de Justiça, restaram efetivamente

valoradas negativamente, pois a nobre Procuradora de Justiça opinou excluindo as que não foram valoradas negativamente ao afirmar que “não houve valoração negativa quanto à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade...” (fl. 1991). Desta forma, considerou valoradas negativamente as circunstâncias judiciais: motivo, consequências e circunstâncias do crime.

Quanto às circunstâncias do crime, a MM Juíza fundamenta que “a acusada teve um comportamento voltado para a prática de delitos”, por sua vez, o Relator do acórdão mantém a valoração acrescentando o fato de que a Recorrente “efetuiu diversos atos durante meses, configurando-se a prática de crime de peculato em continuidade delitiva.”

Observa-se que a reiteração delitiva serviu de fundamento para a valoração negativa das circunstâncias do crime, devendo tal valoração ser afastada porquanto a continuidade delitiva foi também utilizada para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria.

Nesse sentido opinou a douta Procuradoria de Justiça às fls. 1991/1992:

“...tal argumento foi utilizado para a exasperação da pena no tocante à continuidade delitiva, inviabilizando a sua utilização na primeira fase da aplicação da pena, em razão da proibição do *bis in idem*.”

Com efeito, realmente verificou-se a dúplice punição por idêntica circunstância o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Desta forma exclui-se a valoração negativa das circunstâncias do crime.

Quanto ao motivo do crime, a MM Juíza fundamenta que “restou evidenciado como sendo a utilização do produto dos delitos que ora são apurados para propiciar a prática de outro delito pela acusada, ou seja, a contravenção capitulada no art. 50 do Decreto-Lei 3.688/41”. Quanto às consequências acrescenta que “A consequência dos delitos foi o grande prejuízo causado, inicialmente aos correntistas e, posteriormente, ao Banco do Brasil, que teve de ressarcir as pessoas lesadas, que em nada colaboraram para o evento, assim como o próprio Banco do Brasil”, tendo, portanto, valorado-as negativamente.

Por sua vez, o Relator do acórdão mantém as valorações negativas ressaltando, quanto às consequências, que “embora tenham as vítimas correntistas sido ressarcidas pela instituição financeira, tal circunstância não diminui o enorme prejuízo pelo referido ente da administração indireta...” e, quanto ao motivo, que agiu “impulsionada por motivo de natureza torpe, abusando da confiança que detinha do seu superior hierárquico e dos próprios clientes do Banco”.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela impossibilidade de valoração negativa das consequências do crime, pelo prejuízo causado ao banco, argumentando que “é inerente ao próprio tipo penal já tendo sido considerado pelo legislador quando da cominação da pena em abstrato”

Ocorre que até o momento de o banco suportar o prejuízo através do ressarcimento dos valores aos seus correntistas esses passaram por muitos transtornos, trazendo consequências negativas de ordem psicológica e material em suas vidas, conforme se extrai dos depoimentos prestados na fase policial e judicial, destacando-se como exemplo o depoimento do correntista Antonio Dias Sobrinho, à fl. 592, declara que “solicita providência pois é pobre e precisa da citada importância.”

Foi apurado nos autos o desvio de valores em contas de 146 clientes, conforme relação de fls. 972/975, que ficaram por um período privados da utilização de seus recursos.

Desta forma, verifica-se o acerto na valoração negativa do motivo e das consequências do crime.

Restando agora valoradas negativamente apenas duas circunstâncias judiciais (motivo e consequências do crime), verifica-se que a quantidade de afastamento da pena-base foi exacerbada, pois é de 1/8 a fração considerada justa pela doutrina e jurisprudência, para cada circunstância, devendo ser reduzida a pena-base.

Desta forma, fica a pena-base fixada em 4(quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, não

merecendo prosperar a alegação de necessidade de sua fixação no mínimo legal.

Na segunda fase, o Relator do acórdão, acertadamente, reconheceu a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea e subtraiu da pena 06(seis) meses, reduzindo-a para 05(cinco) anos e 06 (seis) meses.

Percebe-se que a circunstância atenuante da confissão foi devidamente reconhecida, mas novamente não foi devidamente mensurada a quantidade de pena a ser aplicada à dosimetria, pois a redução da pena foi inferior a 1/6, fração considerada justa pela doutrina e jurisprudência.

Desta forma, mantém-se o reconhecimento da circunstância atenuante do art. 65, III, “d” do Código Penal e reduz-se a pena em 1/6, fixando-a em 3 (três) anos e 09 (nove) meses.

Na terceira fase, a Juíza reconheceu a existência da causa de aumento em face da continuidade delitiva, aumentando a pena em 1/2, percentual confirmado pelo Relator da Apelação Criminal.

O aumento da pena pela continuidade delitiva no patamar de 1/2 se mostra adequado, considerando que, segundo a denúncia, os desvios cometidos duraram cerca de 2 anos, pois foram detectados a partir de meados de 1995 e a Revisionanda só foi afastada em definitivo de suas funções em 01/08/1997.

Desta forma, fica a pena privativa de liberdade fixada definitivamente em 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias.

Não há como se reduzir a quantidade de dias-multa aplicada, devendo ser mantida em 70 (setenta) dias-multa.

É que a pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade e, no caso dos autos, caberia uma quantidade maior de dias-multa devido ao quantum de afastamento da pena privativa de liberdade de seu mínimo legal, o que se deixa de fazer, aplicando-se o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, não lhe assistindo razão nesse aspecto.

Pugna, também, a Requerente pela redução do valor atribuído a cada dia-multa, fixado pela Juíza em 1/2 salário mínimo, valor mantido pelo acórdão perseguido.

A fixação do valor do dia-multa, segundo a lição de Ricardo Augusto Schmitt, “está centrado na situação econômica do acusado (art. 60 do CP), como regra geral irá se submeter ao disposto nos artigos 49, § 1.º, do Código Penal (mínimo de 1/30 e máximo de 5 vezes o salário mínimo vigente à época do fato delituoso) e 60, § 1.º, do Código Penal (podendo ser triplicado caso, estabelecido no máximo, torne-se ineficaz).” (Sentença Penal Condenatória, 7.ª Edição, pág. 304, Editora Jus Podivm)

A Revisionanda, na época do fato, trabalhava como caixa do Banco do Brasil, o que indica a razoabilidade do valor fixado, considerando a sua situação econômica e gradação legalmente prevista, possibilitando que o valor de cada dia-multa chegue a até 15 (quinze) salários mínimos, sendo fixado em 1/2 salário mínimo.

Sem razão, portanto, nesse aspecto.

Quanto à fixação do regime inicial do cumprimento de pena, verifica-se plausibilidade na alegação de necessidade de sua alteração decorrente do redimensionamento da pena, conforme entendeu a douta Procuradoria de Justiça à fl. 1992.

A revisionanda tem direito à alteração do regime inicial de cumprimento de pena para, inicialmente, o semiaberto, posto que primária e condenada a pena inferior a oito anos.

Com efeito, a pena agora aplicada é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito), conforme preceitua o § 2.º, b, do art. 33, do Código Penal e foi desconsiderada uma circunstância judicial desfavorável, ficando a pena definitiva em 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias.

Merece prosperar, portanto, a alegação recursal de necessidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, ficando fixado o semiaberto.

Por outro lado, não se verifica a possibilidade de aplicar a detração prevista no § 2º, do

art. 387, do Código de Processo Penal, ante a ausência de elementos concretos e seguros aptos à efetivação da inovação legislativa. O acórdão rescindendo determina que a Requerente se recolha à prisão ante a falta de efeito suspensivo dos recursos cabíveis, mas não se tem certeza de que foi efetivamente presa e em que data. Desta forma, determino ao Juízo da Execução, em face do seu grau mais elevado de consolidação das informações, que, de imediato, afira a eventual detração penal da Revisionanda, em prestígio aos princípios da celeridade e segurança jurídicas, observando-se, para tanto, o disposto no art. 33, § 4.º, do Código Penal.

Por fim, não se verifica a necessidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois a Requerente não preenche o requisito objetivo do art. 44, do Código Penal, tendo sido ela condenada à pena definitiva de 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias, nos termos do inciso I, da referida norma processual.

Assiste razão parcial, portanto, a Requerente em suas irresignações.

Ante o exposto, voto, em sintonia com a douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento da Revisão Criminal, julgando-a PARCIALMENTE PROCEDENTE, para excluir a valoração negativa das circunstâncias do crime e, refazendo a dosimetria, reduzir a pena aplicada à Requerente para 5(cinco) anos 7(sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, alterando o regime de cumprimento da pena para, inicialmente, semiaberto, mantendo, no mais, o acórdão, conforme lançado.

TJBA, Revisão Criminal n.º 0012900-49.2013.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Lourival Almeida Trindade, julgado em 24.09.2013.

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/2003 (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO), C/C O ART. 184, §2º, DO CPB (VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTURAL). PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVAS HÁBEIS A ESTADEAREM A CONDENÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. AÇÃO QUE VISA À REDISCUSÃO DE MATÉRIA, JÁ EXAURIDA, NO PROCESSO DE ORIGEM, OPORTUNIDADE EM QUE O JUÍZO PRIMEVO CONDENOU O REQUERENTE, À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL, SEMIABERTO, E 20 (VINTE) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO, À ÉPOCA DO FATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE TRANSITOU, EM JULGADO, SEM A INTERPOSIÇÃO DE APELO PELAS PARTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL. ABSOLVIÇÃO, DE OFÍCIO, PELA PRÁTICA DO DELITO, INSCULPIDO NO ART. 184, §2º, DO CPB. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO, EX OFFICIO, DA SANÇÃO CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os autos da **Revisão Criminal n.º 0012900-49.2013.8.05.0000**, em que é requerente D.O.P, **ACORDAM** os Senhores Desembargadores,

componentes da Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, em **julgar o pedido revisional improcedente, absolvendo, de ofício, o requerente pela prática do crime, estampado no art. 184, §2º, do CP**, nos termos do voto do desembargador relator.

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal, aforada por D.O.P, em que se objurga sentença, proferida pelo juízo de direito da Vara Criminal da comarca de Itaberaba, no âmbito do processo n.º 0004190-97.2010.8.05.0112.

O revisionando foi condenado, monocraticamente, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo, à época do fato, pela prática dos delitos estampados no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), c/c o art. 184, §2º, do CPB (violação de direito autoral).

A sentença de origem transitou em julgado, sem que tenha havido a interposição de apelo pelas partes.

O requerente aforou revisão criminal, em a qual pugna pela proclamação da sua absolvição, ao argumento de que não haveria, nos autos, provas suficientes a estadear sua condenação.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do pleito revisional.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de revisão criminal, aforada por D.O.P, em face da sentença, prolatada pelo juízo de direito da Vara Criminal da comarca de Itaberaba, nos autos da ação penal n.º 0004190-97.2010.8.05.0112, que o condenou à pena de 05 (cinco) anos, de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo, à época do fato, pela prática dos delitos estampados no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), c/c o art. 184, §2º, do CPB (violação de direito autoral). A sentença de origem transitou em julgado, sem que tenha havido a interposição de apelo pelas partes.

Torna-se inteligível dos autos que, no dia 14 de outubro de 2010, aproximadamente às 09:00 horas, policiais civis encontraram, em poder do requerente, “[...] uma arma de fogo tipo revólver, niquelado, com numeração raspada e seis cartuchos intactos”, além de haverem sido encontrados, em sua residência, “DVDs ilegalmente copiados” (sic – fl.18).

Irresignado, o revisionando pleiteia seja proclamada a absolvição, ao argumento de que inexisteriam provas hábeis a servirem de escoras à sua condenação

Desvelando-se os autos, infere-se que esta revisão criminal veio estadeada, na hipótese estampada, no art. 621, I (segunda parte), do CPP.

Enfatize-se, de pronto, que a convicção do juízo de primeiro grau foi formada, com escoras, em material probatório plausível, produzido sob o crivo do contraditório. Não se haverá de excogitar, portanto, *in casu*, de decisão contrária à evidência dos autos.

Ponha-se, em relevo, ainda, que, *in hipotesis*, a julgadora a quo atribuiu especial valor aos depoimentos, prestados, em juízo, à fls. 101/104, pelos policiais militares que efetuaram a prisão do acusado, valorando ainda os demais elementos de prova, adunados aos autos (testemunhas ouvidas, judicialmente, à fl. 106/107), máxime porque tais declarações não transparecem estar mal paramentadas por vil desígnio que, só e somente, arquitetada fabulação sói engendrar.

Numa palavra, a prova para a condenação é, de proa a ré, abundante, tanto assim que o ma-

nancial probando logrou evidenciar, à maravilha, a autoria delitiva, de resto, utilizada pelo livre convencimento motivado do juízo primevo, em decisão que transparece vera artesanaria jurídica, tamanhos o zelo e senso de justiça com que foi editada.

Realce-se, outrossim, que o revisionando nada apresentou de novo, nos autos, no que pertine à alegativa de inocência.

Em verdade, toda a matéria, trazida à tela dos debates judiciais, na ação de impugnação, sob destreza, já foi apreciada pelo juízo de origem.

Há de se haurir conclusão inelutável, portanto, de que a presente revisão criminal colima, em verdade, a pretensão de rediscutir matéria já exaurida na sentença de origem, já trânsita em julgado. No particular, o discurso legislativo do parágrafo único do art. 622 do CPP, em esplendorosa nitidez, é impeditivo da mera reiteração de pedidos não escorados em provas novas.

Vale adiniciar-se que a revisão criminal não se presta, pura e simplesmente, a rediscutir o contexto fático-probatório, sem que haja qualquer comprovação da existência de fato novo ou de falsidade, aptos a alterarem a decisão judicial trânsita em julgado.

No particular, eis modelares julgados, catados, alhures, no figurino da jurisprudência:

“(...) REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. A revisão criminal não é meio próprio para o simples reexame de provas, a não ser quando a decisão se apresentar totalmente desarraigada do contexto probatório, conforme estabelece o inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal. Ademais, inadmissível a utilização dessa demanda de forma genérica, caso contrário o Poder Judiciário será obrigado a fazer a revisão de todas as suas decisões. Inviável, também, a utilização da mesma visando a nova análise de provas, máxime quando estas já foram devida e oportunamente analisadas tanto em Primeiro quanto em Segundo Grau de Juízo, sem que novos elementos tenham sido produzidos, ou que se tenha demonstrado a falsidade daqueles que embasaram a condenação. A reapreciação do acervo probatório é inviável, uma vez que atentaria contra os princípios do livre convencimento motivado, e do duplo grau de jurisdição, e das garantias constitucionais da coisa julgada. Em sede de Revisão Criminal, tão-somente se deve qualificar como contrária à evidência dos autos a decisão inteiramente despojada de lastro probatório, não estando incluídas neste conceito as decisões que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório, sob pena de se dilatar incurialmente as fronteiras desestabilizadoras sobre os domínios da coisa julgada. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.” (Revisão Criminal Nº 70019336585, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 03/10/2008 – grifos acrescidos).

“O juízo revisional não comporta nova avaliação da prova, devendo o tribunal limitar-se a verificar se a condenação tem base em algum dos elementos probatórios ou se é divorciada de todos eles”. (TJSC. RT. 624/348-9).

“A revisão não pode ter a natureza de uma segunda apelação, pela própria característica que apresenta de rescisão do julgado, caso contrário haveria uma superposição do recurso de apelação, objetivo não pretendido pelo legislador processual (...)”. (TJCRSP. RT 717/401 – grifos acrescidos).

Por sinal, a propósito da vera conceituação do vocábulo evidência, encartado, *in fine*, no inciso I, do art. 621, do digesto processual penal, os melhores escoliastas da matéria, assim, se têm manifestado:

“A evidência é a plena clareza com a qual a verdade aparece ao espírito e determina sua adesão ou convicção inabalável”¹⁸.

“significa a clareza exclusiva de qualquer dúvida, por forma a demonstrar de modo incontestável a certeza do que emerge dos autos em favor do condenado. A decisão que a contrariar é, portanto, injusta por ser dissonante do que resultou privado”¹⁹.

“... é que nunca se poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, deles constante, embora se choque com outros elementos, com a maioria destes, com a sua quase totalidade (...)”²⁰.

Ainda, em derredor da predita hipótese de cabimento, dilucida Guilherme de Souza Nucci:

“Entenda-se por evidência dos autos o conjunto probatório colhido. Para ser admissível a revisão criminal, torna-se indispensável que a decisão condenatória proferida ofenda frontalmente as provas constantes dos autos. Como ensina Bento de Faria, a ‘evidência significa a clareza exclusiva de qualquer dúvida, por forma a demonstrar de modo incontestável a certeza do que emerge dos autos em favor do condenado’ (Código de Processo Penal, v. 2, p. 345). Seria o equivalente a dizer que todas as testemunhas idôneas e imparciais ouvidas afirmaram não ter sido o réu o autor do crime, mas o juiz, somente porque o acusado confessou na fase policial, resolve condená-lo. Não tendo havido recurso, transitou em julgado a decisão. É caso de revisão criminal. Mas, a hipótese é rara. Afinal, no mais das vezes, o réu não se contenta com a condenação proferida em primeiro grau, que, quando absurda, acaba sendo reformada em segunda instância. (...) Há julgados que aceitam a revisão criminal para o fim de ‘reavaliar’ toda a prova, embora a decisão condenatória, com trânsito em julgado tenha analisado a matéria dentro de razoável interpretação da prova. O objetivo da revisão não é permitir uma ‘terceira instância’ de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário”²¹.

Resumindo-se, de um só lance, afiance-se, sem qualquer equivocidade, que o requerente não se desincumbiu, prestezmente, da demonstração probatória de haver sido a decisão revidenda prolatada em desalinho com a evidência dos autos.

Noutro giro de enfoque, é de rigor absolver, de ofício, o requerente, no que tangencia à prática do crime estampado no art. 184, §2º, do CP (violação de direito autoral).

Sublinhe-se, de logo, que direitos autorais, em consonância com a lição prestantíssima de Carlos Alberto Bittar²²:

18 ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3. ed. atualizada por Angelito A. Aiquele. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 737.

19 FÁRIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. 1942, v. 2, p. 215-216 apud Eduardo Espínola Filho. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5. ed. atual. de acordo com a legislação e a jurisprudência, abrangendo o processo por crimes eleitorais. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. VI, p.378.

20 EDUARDO, Espínola Filho. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5. ed. atual. de acordo com a legislação e a jurisprudência, abrangendo o processo por crimes eleitorais. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. VI, p. 379-380.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1066.

22 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.11.

“São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou sui generis, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.”

Nessa toada, é inteligível que o conteúdo dos direitos autorais entremostre-se multifacetário, conglomerando o aspecto moral e patrimonial.

A faceta moral do direito do autor, conformemente o escólio de Deise Fabiana Lange²³, afigura-se:

“[...] o aspecto pessoal do autor com relação à sua criação, ou seja, o direito ou prerrogativa que tem aquele que criou uma obra intelectual de defendê-la como atributo de sua própria personalidade (como autor), uma vez que ela é a emanção da sua mais íntima divagação, de seu pensamento manifestado e compartilhado com o mundo exterior [...]”

Nessa senda intelectual, levando-se em linha de conta que, no caso sob destre, o requerente, só e tão-somente, exercia atividade de vendedor ambulante de CDs e DVDs contrafeitos, sem que se apropriasse, intelectualmente, de obra de terceiro, mantendo, conseqüentemente, a obra intacta, não há que se excogitar de ultraje ao direito extrapatrimonial do autor.

Nessa mesmíssima trilha de raciocínio, dilucida Marcel Figueiredo Gonçalves²⁴:

“[...] a conduta do vendedor ambulante que, em regra, copia fielmente a obra do autor ou intérprete jamais poderia ser enquadrada como contrafação que atinge o direito extrapatrimonial ou moral do autor, pois não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra; muito pelo contrário, quanto mais seu trabalho intelectual for divulgado, maior prestígio social ele ganhará.”

Afinando-se pela mesmíssima clave, eis a voz de Túlio Lima Viana²⁵:

“A livre divulgação da obra em meio digital é extremamente interessante ao autor, pois lhe permite uma visibilidade muito maior, dando-lhe prestígio e valorizando-o como profissional no mercado. É este prestígio social que lhe garantirá a oferta de novos trabalhos na forma de palestras, shows, trabalhos por encomenda e outras atividades que indiretamente também remunerarão seu trabalho intelectual.”

Assim sendo, e assim o é, a venda de mídias contrafeitas, como *in casu*, vergastaria, em tese, só e somente, o interesse patrimonial do direito do autor, o qual lhe confere a **prerrogativa de explorar, economicamente, a obra, auferindo vantagens pecuniárias, com a utilização do seu trabalho intelectual.**

Sobreleve-se, outrossim, que “o interesse em limitar a reprodução da obra é tão-somente dos detentores dos meios de produção, que procuram manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzirem artificialmente uma escassez inexistente na era digital”²⁶.

Em senso contrário, seria não desvendar o discurso, falacioso e insincero, que envolve

23 LANGE, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos**, Editora Unisinos, 1996, São Leopoldo- RS, págs. 23/24

24 GONÇALVES, Marcel Figueiredo. **Vendedor ambulante, contrafação de mídias e acumulação: a discrepância de um fundamento.** In Revista Iob de direito penal e processual penal, vol. 62, p.235.

25 VIANNA, Túlio Lima. **A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor.** In revista síntese de direito penal e processual penal, vol. 33, p.15

26 VIANNA, Túlio Lima. op. cit. p. 18

a poderosíssima “indústria cultural”, representada pelas grandes produtoras e albergadas pelo manto protetor da ideologia da ‘propriedade intelectual’, em sua função encoberta de manter um duvidoso direito de reprodução de obra artística.

Sim, porque, redizendo-se, não se divisa, na hipótese sob comentário, nem com olhos de lince, ofensa, mínima que seja, aos direitos morais do autor, uma vez que este, em senso contrário, deseja que sua obra seja reconhecida, mais e mais, por um público cada vez maior.

Tanto assim que, diria, de novo, Túlio Lima Vianna²⁷:

“Não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra, muito pelo contrário, quanto mais seu ‘trabalho intelectual’ for divulgado, maior prestígio social ele ganhará.”

E exemplifica o autor²⁸:

“não só é de interesse de Picasso que o público saiba que Guernica foi pintado por ele, mas também é de interesse do público e de historiadores da arte ter conhecimento de que aquela obra provém das mãos desse artista. Da mesma forma, é do interesse não só do autor, mas do público, que a pintura permaneça no tom monocromático, adequado ao tema, e que ninguém a modifique com detalhes em dourado.”

Numa palavra, “[...] a criminalização da pirataria digital tem como única função garantir à ‘indústria cultural’ o monopólio do direito de reprodução da obra (copyright), mesmo contrariando os interesses do autor na maior divulgação possível de seu trabalho intelectual. O direito penal é travestido, pois, em instrumento de regulação do mercado econômico, garantindo um monopólio de direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção.”²⁹

Como corolário, mais que inelutável, não se afigurando lesão à esfera moral do autor, tampouco lesão significativa à esfera patrimonial deste, torna-se necessário proclamar a **atipicidade da conduta do requerente.**

Incontraditavelmente, *in casu*, não se vislumbram elementos estruturais, suficientes e bastantes, que compõem a moderna teoria do delito, dada a atipicidade material do fato incriminado.

Em derredor da teoria do delito, colhe-se da doutrina brasileira a lição de que:

“O sistema tripartido do fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define crime como ação típica, antijurídica e culpável...”³⁰.

No particular, eis a doutrina alienígena:

“Desse modo, o atual Direito Penal é reduzido a um catálogo de tipos delitivos. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível,

27 VIANNA, Túlio Lima. op. cit. p. 18

28 VIANNA, Túlio Lima. op. cit. p. 17

29 VIANNA, Túlio Lima. op. cit. p. 19/20

30 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível.** Cit. Baumann - Curitiba; Editora Forense, 2004, p.5

mas concorre com elas, como característica externa, a tipicidade (adequação ao catálogo) (...) A ação punível é apenas a ação tipicamente *antijurídica* e culpável.³¹

Nessa mesmíssima alheta, pontua Enrico Pessina³²:

“a) A tipificação de um ato não pode depender do arbítrio de particulares, ainda que sejam ofendidos, isto é, se pode depender de sua aprovação ou desaprovação.”

No que pertine à tipicidade material, explicitam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli “(...) não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja proibida pela norma (pelo “não matarás”, “não furtarás” etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado”³³.

Na mesma trilha, dilucida, em esplendorosa lucidez, Salo de Carvalho³⁴ que “se a função oficial (declarada) do Direito Penal passa a ser a estrita e necessária proteção do bem jurídico contra lesões ou perigos concretos de lesão, estariam excluídas por atipicidade material todas as condutas que geram dano insignificante aos valores (bens) protegidos pelos tipos penais. A tipicidade, nesse sentido, não se esgotaria no juízo lógico-formal de subsunção da conduta ao tipo legal de crime, mas, para além desta adequação necessária (requisito formal da tipicidade), o evento concreto em análise deve produzir efetiva ofensa (ou perigo concreto) ao bem jurídico protegido (requisito material da tipicidade). Resultariam atípicas, portanto, todas as condutas com baixo grau de lesividade, visto que é o bem jurídico que determina o grau e a extensão de incidência do tipo”.

Em igual sentir, pontua Jorge de Figueiredo Dias “o conceito material de crime vem assim a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’); ou, o que é dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena (...). A limitação da intervenção penal acabada de referir derivaria sempre, de resto, do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em *sentido amplo*”³⁵.

E arremata o autor “decerto que muitas vezes – porventura as mais das vezes – a insignificância da lesão do (ou do perigo da lesão) do bem jurídico-penal ou o ínfimo desvalor social da ação lesiva ou perigosa estarão conaturalmente ligados a uma *ausência de negação do sentido social contido no tipo de ilícito*, sendo este por conseguinte mais um caso – concretizador ou não

31 BELING, Ernst Von. **A ação punível e a pena**; [tradução: Maria Carbajal]. - 1. ed. - São Paulo: Rideel, 2007, p. 28

32 PESSINA, Enrico. **Teoria do Delito e da Pena**; tradução Fernanda Lobo. - São Paulo: Rideel, 2006, p. 23

33 Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p.394.

34 Salo de Carvalho et al, **Os critérios de definição da tipicidade material e as infrações de menor potencial ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.343/06**. Revista Jurídica, Ano 54. nº 346, p. 91

35 Jorge de Figueiredo Dias. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 114/128(grifos no original).

da cláusula de adequação social – em que a valoração global se reflectirá retrospectivamente no sentido da negação da tipicidade por ausência de ilícito material”³⁶.

Em síntese ligeira, dir-se-á, forte, em Luiz Flávio Gomes, que “sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a *tipicidade* entendida em sentido material, isto é, uma conduta, para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo legal senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em fato ofensivo típico”³⁷.

Na hipótese sob destreame, a conduta do revisionando, malgrado haja sido, formalmente, adequada ao delito do art. 184, §2º, do CP, não há que se excogitar de vera ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, d’onde se deduz a atipicidade dos fatos imputados a ele.

Sobreleve-se, por oportuno, que o tipo penal, sob deslinde, possui natureza complexa, porquanto tutela não apenas um mas inúmeros bens jurídicos, reunidos sob imprecisa denominação de ‘propriedade intelectual’.

Nessa trilha intelectual, estribilha Túlio Lima Vianna³⁸:

“O delito de ‘violação de direitos do autor’ é um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de ‘propriedade intelectual’ uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (copyright) e outros patrimoniais.”

Em derredor do tema solvendo, eis paradigmático julgado, catado, alhures, no repertório da jurisprudência:

“VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS – CD PIRATA. O princípio constitucional da legalidade é a garantia de que todo cidadão só poderá ser condenado criminalmente se houver lei prévia que permita a ele saber – ainda que potencialmente que a conduta é crime no ordenamento jurídico. A expressão ‘violar direitos autorais’ é demasiadamente vaga e até mesmo especialistas em direito penal não poderiam precisar o seu âmbito de significação, quanto mais um vendedor ambulante sem educação jurídica. O desconhecimento da lei é escusável se esta não for suficientemente clara para permitir que qualquer um do povo possa compreender, ainda que potencialmente, o seu significado.” (TJMG – Acr 1.0172.04.910501-5/001 – Terceira Câmara Criminal – Rel. Des. Erony da Silva – DJ 16/03/2005)

Por sem dúvida, o Direito Penal tem como bússola o princípio da ofensividade do fato (ou lesividade), segundo o qual não há crime sem ofensa a um bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). Dentre as funções do princípio da lesividade, Nilo Batista, em escorreita lição, elenca a de “proibir a *incriminação* de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”³⁹.

36 Ibidem, p. 676. (grifos no original).

37 Luiz Flávio Gomes. Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo; RT, 2002, p.116. Para o autor, o que se evidencia, então, dentro do juízo de tipicidade penal em sentido material ou, em outras palavras, o que lhe dá um “significado valorativo próprio” ou uma “dimensão lógico-valorativa” (e racional), não é evidentemente a subsunção formal do fato ao tipo, senão sua contradição com a norma de valor (antinormatividade material) à medida que se produz uma lesão ou perigo de lesão ao bem valioso para ius poenale. (Op. cit., p. 110)

38 VIANNA, Túlio Lima. **A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor**. In revista síntese de direito penal e processual penal, vol. 33, p.17

39 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1980, p.94.

Por oportuno, eis a lição modelar de Luiz Flávio Gomes em derredor do conceito de ofensividade, *in verbis*:

“Em que pese todas as *discrasias* do sistema, o princípio da ofensividade conta com importância capital precisamente porque representa, a *latere* de tantos outros limites formais e materiais, um dos conceitos mais essenciais para a demarcação do âmbito do punível. O fato, doravante, passa a ser punível quando (para além de sua adequação formal à letra da lei) a ele se agrega o *plus* da *ofensividade* (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem protegido pela norma penal).

A construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado, em consequência, deve partir da premissa de que *não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão* – a um bem jurídico. E se se considera que o bem jurídico integra a tipicidade (os enunciados legais revelam a norma e esta revela o bem jurídico que é o objeto da tutela – e da ofensa – penal), passa o delito a ser concebido como ‘fato ofensivo típico’. (...) Admitindo-se (como neste trabalho estamos admitindo) que o Direito penal (por razões de proporcionalidade), por ser o mais contundente meio de controle social de que dispomos, só deve intervir quando resulta absolutamente necessário (princípio da necessidade, que faz parte do princípio da proporcionalidade) e que uma das suas missões no atual Estado de Direito é a de proteger bens jurídicos) diante de condutas externas (princípio do fato ou da materialidade do fato), descritas prévia e inequivocamente numa lei penal (princípio da legalidade, taxatividade e anterioridade), com capacidade de causar, de modo intolerável (princípio da fragmentariedade), lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da ofensividade) ao bem jurídico protegido e sempre e quando não exista outro meio (de proteção desse bem) mais idôneo (princípio da subsidiariedade ou de *ultima ratio*), naturalmente resultam delineados os mais importantes princípios informadores da inseparável relação entre bem jurídico e ofensividade.

(...) É que o delito, em sua essência, não significa (desde a perspectiva do paradigma da ofensividade) tão somente a realização da literalidade legal ou a simples contradição “formal” (antinormatividade formal) com a norma (imperativa). (...) delito é a infração ao Direito, isto é, a violação da norma valorativa ou, simplesmente, afetação do bem jurídico valorado positivamente e protegido pela norma de direito”⁴⁰.

Linhas adiante, arremata o autor:

“Conclusão: o *ius puniendi* (o direito que está expresso no texto legal) nem sempre constitui o Direito penal definitivo. O *ius puniendi* é um projeto de uma obra que no final pode ter ajustes (constitucionais). A lei, em suma, é um projeto do Direito. E o Direito (reconhecido pelos juízes) é um projeto do Direito Justo. A lei pode no final até ser o próprio Direito, desde que afinada com todos os princípios constitucionais e penais. Quem vê a lei como projeto do Direito e não, desde logo, como a expressão (máxima) dele, é jurista do terceiro milênio. Quem lhe dá mais valor do que ela tem, não abrindo nenhum espaço para a própria atividade conformadora e constitucionalista do intérprete e do juiz, é jurista do século passado. Cientificamente já morreu, embora ainda não tenha sido sepultado”⁴¹.

Sobremais, *in casu*, não se pode lobrigar, na conduta do requerente, o dolo, a saber, o firme propósito de violar direito autoral.

No que tangencia ao dolo, eis, nesta mesma trilha argumentativa, os arquétipos escólios doutrinários de Roberto Delmanto Júnior⁴².

“No delito de violação de direito autoral do art. 184, §2º, é imprescindível a consciência de que a obra intelectual, fonograma ou videofonograma tenha sido produzida com violação de direito autoral, vale dizer, o agente precisa agir dolosamente.”

À vista desta farta messe doutrinária e jurisprudencial, infere-se que a conceituação de tipicidade pressupõe, hodiernamente, a realização formal da conduta penalmente relevante, a imputação subjetiva dessa conduta ao agente, a saber, dolo ou culpa, bem como a produção de um resultado penalmente relevante⁴³.

Nessa linha de ideias, Luiz Flávio Gomes assinala, em resumo, que, à luz da teoria constitucionalista do delito, para que haja fato típico, torna-se imprescindível:

1º) conduta humana voluntária (realização formal ou literal da conduta descrita na lei; concretização da tipicidade formal); 2º) resultado naturalístico (nos crimes materiais – exemplo homicídio); 3º) nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico); 4º) relação de tipicidade (adequação do fato à letra da lei); 5º) resultado jurídico desvalioso, que implica uma ofensa: a) objetivamente imputável à conduta); b) concreta ou real (lesão ou perigo concreto ao bem jurídico); c) transcendental (afetação de terceiros); d) grave (significativa); e) intolerável; e f) objetivamente imputável ao risco criado pelo agente (imputação objetiva do resultado jurídico, que significa duas coisas: 1) conexão direta do resultado jurídico com o risco proibido criado ou incrementado: 2) que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma); 6º) Nos crimes dolosos ainda se faz necessária a imputação objetiva⁴⁴.

A tipicidade penal, portanto, compreendida em sentido material e garantista, tem como requisito indissociável a ofensa ao bem jurídico. D’onde se pode também dessumir que “o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que concretamente chegam a ‘perturbar’ ou afetar o bem consagrado normativamente. Para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, além da materialização (exteriorização) de uma vontade criminosa, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um plus, que é precisamente a ofensa (a *iniúria*)”⁴⁵.

Novamente, no dizer lapidar do nunca bastante citado Luiz Flávio Gomes, “a afetação con-

42 DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código penal comentado**. 7ª ed. São Paulo: Editora Renovar, 2007, p.564/565

43 Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo; RT, 2002, p. 76. E continua o autor: O delito, portanto, não pode ser unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita. Segundo a perspectiva do Direito penal da ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão-só a que causa uma ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico. O delito não se fundamenta, por conseguinte, exclusivamente na ação, senão sobretudo no resultado (em sentido jurídico, não naturalístico). E se a ação lesiva (concretamente ofensiva) é a base do delito, não há dúvida que não pode constituir-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação. Para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia. (Op. cit., p.86)

44 Luiz Flávio Gomes. **Requisitos da tipicidade penal consoante a teoria constitucionalista do delito**. In: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Ano VII, nº 37, abril-maio 2006, p. 32-34.

45 Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo; RT, 2002, p. 95.

40 Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo; RT, 2002, p. 22/32/35.

41 Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo; RT, 2002, p. 29.

creta (lesão ou perigo concreto) para o bem jurídico é uma condição *sine qua non do ius poenale do ius libertatis*, isto é, é sua *ratio essendi*⁴⁶.

In hipotesis, malgrado se possa excogitar de uma contradição “formal”, com a norma incriminadora, consubstanciada em “violar direitos do autor”, não se vislumbra uma ofensa intolerável ao bem jurídico, protegido pela norma penal, máxime porque, a par de não haver agido com dolo, a conduta do revisionando não ocasionou lesão substancial ao titular da obra, seja sob o prisma moral, seja sob o aspecto patrimonial.

Resumindo-se, de um só lance, basta breve disquisição, sobre os fatos pré-aludidos, para se concluir, sem equivocidade alguma, que eles não se ajustam, nem por hipótese, ou mesmo por mera justaposição de conceitos, à moldura tipológica do art. 184, §2º, do CP.

Demais disso, pelo quanto coligido nos autos, razões de equidade, além das melhores regras de interpretação do direito, que albergam valores da melhor justiça, sinalizam, unidirecionalmente, no sentido da pronta aplicação do **princípio da adequação social**, de conteúdo descriminalizador, na hipótese sob deslinde, com a consequente absolvição do apelante.

De logo, é ponto correntio e apaziguado que **“os princípios jurídicos constituem as idéias centrais de um determinado sistema jurídico, dando-lhe um sentido lógico racional e coerente”**⁴⁷.

Também, ouça-se Bandeira de Mello⁴⁸, para o qual **“... o princípio é o mandamento nuclear de um determinado sistema; é aquele valor que orienta e repercute sobre todas as demais normas”**.

Juarez de Freitas⁴⁹ timbra em afirmar que “o jurista é aquele que, para além das regras, sabe manejar princípios”.

Como consectário, mais que inelutável, violar um princípio é muito mais grave do que violar uma simples regra jurídica. Velar pela aplicação de tais princípios, no processo penal, moderno, ético e justo, é função inarredável do Juiz garantidor da primazia dos direitos constitucionais e guardião da democracia substancial.

Enfatize-se, enfim, que, num Estado democrático de Direito, a Constituição assume um caráter cimeiro, de modo que o operador jurídico há de fazer uma “filtragem” das normas infraconstitucionais, para compatibilizá-las com a ordem constitucional. Por outras palavras, há de se constitucionalizar o direito penal e processual penal banhando-os e contaminando-os pelo vírus constitucional⁵⁰. Enfim, deve o operador “enxergar o direito pelos olhos da Constituição..., ver o direito à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade...”⁵¹.

Após estes prolegômenos, volva-se à *vexata quaestio*, qual seja, a aplicação do princípio da adequação social, no caso sob destecedura.

Em derredor do predito princípio, Hans Welzel⁵² assevera que este pressupõe que os tipos penais transparecem formas de conduta indicativas de infração grave, dentro da ordem social, no entanto, ainda que formalmente tipificadas, determinadas condutas não serão reputadas criminosas, se estiverem em consonância com a ordem social.

46 Luiz Flávio Gomes. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo; RT, 2002, p. 89.

47 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 37

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 299

49 Freitas, Juarez de. apud J.A. Paganella Boschi, in Revista Jurídica, n.º 287, p. 73

50 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Apelação Crime, n.º 70.000284455 - 5ª Câmara Criminal, TJRGS, Revista de Estudos Criminais**, Itac Notadez, n.º 01, 2001, p. 124-125

51 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204

52 WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 87/88

Nessa trilha argumentativa, conformemente os escólios de César Roberto Bittencourt⁵³, alguns comportamentos carecem de relevância, malgrado sejam objetos de tipificação penal, em razão das repetidas ocorrências no meio social, de modo a torná-los socialmente permitidos, ou tolerados, imunes, por conseguinte, à reprovação social.

Nesse evoluir, chega-se à conclusão incontraditável de que o comércio de produtos contrafeitos, embora formalmente típico, se tornou prática corriqueira no cotidiano, por isso mesmo, aceita e socialmente difundida, desenvolvendo-se livremente, estando em conformidade com a ordem social⁵⁴.

No discurso lapidar de Diogo H. Duarte de Parra⁵⁵, quando se trata de discutir adequação social, longe de incumbir ao Poder Judiciário encampar uma função moralizante, consistente em permitir que a conduta seja socialmente tolerável, cabe ao intérprete assumir uma postura de humildade, reconhecendo aquilo que a sociedade aceita.

Neste particular, Ivan Lira de Carvalho⁵⁶ leciona:

“A sociedade, destinatária final da ordem jurídica, tem a palavra, por suas caixas de ressonância, para dizer o que deseja que seja tido como crime. De nada adianta ao legislador tipificar essa ou aquela conduta, tisonando-a de criminosa, se o meio social, ainda que informalmente, acolhe com naturalidade o infrator dessas normas.”

Conclui-se, inelutavelmente, que a hipótese solvenda reclama a pronta aplicação do princípio da adequação social, dada a tolerância e aceitação social, em face da conduta praticada pelo revisionando, afastando-se, por corolário, a sua tipicidade, malgrado a literalidade da norma penal incriminadora.

Nesta senda intelectual, é de rigor que a mercancia de produtos contrafeitos, como *in casu*, seja elidida do âmbito de incidência do tipo estampado pelo art. 184, do Código Penal, máxime porque “[...] a sociedade, de um lado, não pode fomentar e aceitar determinadas condutas e, de outro, punir aqueles poucos que as praticam, sob pena de nos tornarmos uma sociedade de verdadeiros bodes expiatórios.”⁵⁷

Aliás, seria até risível, se não fosse trágico, - o processo em si já é uma tortura, porque aflige, no dizer carnellutiano - fazer ouvidos moucos e fechar os olhos diante de nossa realidade cotidiana, convocando o direito penal, com suas pompas e circunstâncias, para, num “*gran finale*” litúrgico, apenar um humilde vendedor ambulante por mercantilizar Cds e DVDs.

Diante de nossos olhos atônitos e tolerantes, aí, está o cotidiano, aqui mesmo, nesta velha Salvador, de camelôs e ambulantes, ao longo da antiquíssima Avenida Sete de Setembro e da Avenida Baixa dos Sapateiros, imortalizada pela canção de Caimmy, sem se olvidar ainda a célebre 25 de março, na grande São Paulo. Chamar o rapa, ou chamar o direito penal, eis a questão, eis o dilema shakespereano.

53 BITENCOURT, Cesar Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais do direito penal. Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 04, n.º 15, p.81-88, jul/set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 86

54 PARRA, Diogo H. Duarte. **Boletim IBCCRIM**. Ano 20. n.º 238, set - 2012, p. 1596

55 PARRA, Diogo H. Duarte. op. Cit. p. 1596

56 CARVALHO, Ivan Lira de. **O direito penal como instrumento inibidor da violência. Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 5, vol. 18, p.69-75, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 1997, p.70

57 PARRA, Diogo H. Duarte. **Boletim IBCCRIM**. Ano 20. n.º 238, set - 2012, p. 1596

Pois bem, se assim for, o operador jurídico, ao julgar, deixará de ser justo para ser justiceiro, segundo aquela distinção lapidar do Padre Antônio Vieira: *“ambos castigam; o justo por justiça; o justiceiro por inclinação”*⁵⁸.

Este relator não será justiceiro no caso solvendo, podem até dizer tratar-se de mera retórica garantista. E daí? A boa companhia de Delmas-Marty⁵⁹ serve de bálsamo e de socorro a este escrevinhador, exorcizando-lhe os demônios, quando ela grita e clama: *“Pedimos ao direito um pouco de ordem para nos proteger da desordem. Em primeiro lugar, que ele coloque marcos, que trace limites. E limites a si mesmo, ‘a fim de que não falem orlas ao mar’, dizia Portalis no célebre Discours préliminaire au projet de Code Civil (1804), cioso de não ‘regular tudo pela lei’ e de assim dar segurança à sociedade contra as flutuações da ciência. Pois a ciência, dizia ele, ‘abandonada à disputa, só oferece um mar sem orlas.’”*

Em epílogo, dir-se-á que este relator vê, com certa melancolia, a retórica antigarantista e conservadora, sempre, entoando o velho e revelho discurso “de lei e ordem” e sua ressonância, no imaginário social, cujos raios atingem, até mesmo, brilhantes operadores jurídicos.

Lenio Luiz Streck⁶⁰, oráculo da consulta obrigatória, já pontuou que “a Lei não deve servir de bálsamo para aliviar o nosso pânico coletivo, produzido no imaginário social por uma espécie de ideologia do repressivismo saneador”

O movimento *“law and order”*, de caráter conservador, emanado de um neorealismo de direita, é ideologia utilizada pelas elites e pelas classes dominantes, para que se faça esquecer que elas são as verdadeiras geradoras da violência. Para tanto, essas elites utilizam o direito penal, como seu braço armado, contra os setores mais débeis do sistema social. Sabidamente, o sistema penal está a serviço do sistema social/global e reproduz as suas desigualdades.

Há certo desalento, quando se vê, por parte de determinados operadores do direito, a visão do Direito Penal “como único instrumento eficaz de pedagogia político-social (...) expansão inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar”⁶¹.

Portanto, o sistema penal, para funcionar, segundo eles, precisa encontrar “bodes expiatórios”, nos criminosos comuns, razão pela qual o controle penal, com pompas e circunstâncias, é sempre exercido, sobre as populações mais débeis, ou os “marginais ao sistema”. Eis a sua seletividade, eis a sua eficácia invertida, eis o seu caráter simbólico. (cf. **teoria do labelling approach**).

Os velhos inimigos do sistema penal e do Estado de Polícia (os pobres, marginalizados, etc.) constituem sempre um “exército de reserva: são eles os encarcerados”⁶².

Certamente, o Direito Penal não será transformado, neste caso, por este relator e demais colegas da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em Direito Penal do inimigo.

O inimigo variará, apenas, segundo o contexto histórico. Na Idade Média, o inimigo do sistema penal eram os hereges e as bruxas. Durante o nazismo, os judeus, símbolos da degene-

rescência da raça. No recente passado brasileiro, o inimigo eram os comunistas. Agora, o sistema penal vem de eleger, como inimigos mortais, os pobres e infelizes.

Vem, daí, a crença, na sentença de maldição, que paira sobre o Direito Penal, chamado por Monreal de direito dos pobres e infelizes, “não porque os tutele e proteja, mas, sim, porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua força e seu dramático rigor”⁶³.

Aliás, parece saltar das páginas imortais de “Os Aldeões”, de autoria do escritor francês **Honoré de Balzac**, ecoando em nossos sofridos ouvidos, a frase: “A guilhotina vela o sono dos ricos contra a insônia dos pobres”⁶⁴.

Dos anos mais distantes do passado, tais palavras ressoam na acústica de nossa desesperança social.

Infelizmente, tem sido, assim, ao longo da história. A igualdade perante a lei não passa de um mito. O direito penal, então, é o mais desigual de todos, principalmente, como instrumento tutelar das classes dominantes.

Afinal de contas, “o processo ideal é o que combate o crime e resguarda o cidadão”⁶⁵.

Enfim, quando se tem uma visão jurídica mais pluralista, democrática e antidogmática, o moderno operador jurídico será sempre um crítico dialético do velho discurso de “lei e ordem” e de sua ideologia repressivista saneadora.

Como conseqüência mais que inconfutável, nem com o auxílio de “lupas aplanáticas” e até onde a vista alcança pode-se identificar vestígio, ou mesmo rumor, do crime de violação de direito autoral, irrogado ao requerente, hábil a estadear um édito condenatório, nesta querela criminal.

Pontofinalizando-se, não há que se excogitar de tipicidade do fato, de modo a subsumi-lo no discurso normativo do art. 184, §2º, do CP, evidenciando-se, assim, ser inarredável a absolvição, de ofício, do revisionando, neste particular, com fins, no art. 386, III, do CPP.

Corolariamente, subsistindo, só e tão-somente, a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, diante da quantidade de pena, fixada pelo a quo, no patamar mínimo legal (três anos, de reclusão), e dos ditames do art. 44, do CPB, mostra-se adequada a substituição, *ex officio*, da sanção corporal, imputada ao recorrente, por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução.

Ex positis, vota-se pela improcedência do pedido de revisão criminal, absolvendo, de ofício, o requerente pela prática do delito inculcado no art. 184, §2º, do CP, com escoras no art. 386, III, do CPP, dada a atipicidade material da conduta, que lhe foi imputada.

TJBA, Ação Penal - Procedimento Ordinário n.º 0005412-43.2013.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 28.01.2014

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO COLEGIADA QUE NÃO RECEBEU QUEIXA-CRIME. QUERELADA COM PRERROGATIVA DE FORO. NÃO CABIMENTO DO RECURSO, SOMENTE CABÍVEL CONTRA DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

63 MONREAL, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI Editores, 1975, p. 25.

64 Apud René Ariel Dotti. *Algumas reflexões sobre “O Direito Penal dos Negócios”* in Revista dos Tribunais. Ano 78 – Abril de 1989 – v.642, p.267

65 CHIAVARIO, Mário apud Lenio Luiz Streck, ob. cit., p. 142

58 Apud. Aloísio Sayol de Sá Peixoto. **Acusação de homicídio. Suicídio**. Goiânia: Livraria e Editora Cultura Goiana, p.134.

59 DELMAS-MARTY. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.3)

60 STRECK, Lenio Luiz. **As Intercepções Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Constituição - Cidadania - Violência. A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2ª ed. rev e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 14

61 SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **A Expansão do Direito Penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Série as ciências criminais no século XXI, vol. 11, p. 61

62 GOMES, Luiz Flávio. **Reação de Zaffaroni ao direito penal do inimigo in Síntese Jornal**. Novembro/2004 - ano 8 -n.º 93, p. 5.

1. é inadmissível a interposição de recurso em sentido estrito em face de decisão colegiada do Tribunal que deixou de receber a queixa-crime apresentada em função da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, pois, como se sabe, esta espécie recursal se aplica, somente, às decisões de primeira instância, conforme interpretação do art. 581, do CPP.

2. Os tipos recursais contra decisões no segundo grau estão previstos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e no Regimento Interno do Tribunal, neles não estando previsto o recurso em sentido estrito, consubstanciando-se em erro grosseiro a interposição desta espécie recursal contra a decisão colegiada, principalmente porque, conforme determinação constitucional expressa, o STJ possui competência recursal limitada e determinada pelo art. 105 da Carta Magna.

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Recurso em Sentido Estrito na Queixa Crime nº 0005412-43.2013.805.0000, no qual figura como Recorrente IVAN ALVES SOARES e Recorrida ANNA GUADALUPE LUQUINNI PINHEIRO DE AZEVEDO.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em não conhecer o recurso, pelas razões alinhadas no voto do relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso em Sentido Estrito interposto por IVAN ALVES SOARES contra o acórdão de fls. 454/464, o qual rejeitou, por unanimidade, a queixa crime ofertada em desfavor de ANNA GUADALUPE LUQUINNI PINHEIRO DE AZEVEDO.

Em suas razões recursais de fls. 467/473, alega o recorrente que a decisão recorrida deve ser reformada, uma vez que, diversamente do quanto ali contido, “foram narrados e tipificados todos os atos criminosos” supostamente praticados pela recorrida, que não receber a queixa-crime seria um contrassenso e levaria ao descrédito da justiça.

No mais, afirmou que houve caracterização do dolo específico por parte da recorrida, uma vez que assinou a ata de transição juntada aos autos, dando ciência do estado em que se encontrava o município para o qual foi eleita prefeita, vindo, logo após, a destilar “mentira e falsificação, imputando ao recorrente condutas e ações inverídicas”, pelo que requereu o provimento do recurso, a fim de que seja recebida a inicial acusatória.

Preparo recursal efetuado às fls. 474/477.

Intimada, a querelada apresentou as contrarrazões de fls. 481/490, arguindo, em preliminar, a inadequação da via eleita para reforma do julgado, uma vez que não cabe a interposição de recurso em sentido estrito contra decisão colegiada.

Ainda preliminarmente, alegou a inépcia do recurso, já que o mesmo se limitou a reiterar os argumentos postos na inicial, não combatendo, diretamente, os fundamentos da decisão combatida, requerendo, quanto ao mérito, o não provimento do recurso.

Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça, a mesma, por meio do parecer de fls. 499/501, pugnou pela inadmissão do recurso em razão da inadequação da via eleita.

É o que importa relatar.

VOTO

Nobres colegas, em razão da singularidade do recurso apresentado pelo Querelante, tenho que a questão merece ser apreciada pela Turma Julgadora, e não monocraticamente, a fim de evitar, inclusive, a oposição de agravo regimental.

Nessa vertente, acolhendo a primeira preliminar suscitada pela Querelada, ora recorrida, e a integralidade do parecer da Procuradoria de Justiça, tenho que o recurso em sentido estrito manejado não merece ser conhecido.

Com efeito, é inadmissível a interposição de recurso em sentido estrito em face de decisão colegiada do Tribunal que deixou de receber a queixa-crime apresentada em função da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, pois, como se sabe, esta espécie recursal se aplica, somente, às decisões de primeira instância, conforme interpretação do art. 581, do CPP.

É o que se colhe ainda do ensinamento de Espínola Filho:

“Recurso em sentido estrito se constitui (por ato da parte interessada ou em virtude de determinação legal) de novo exame da espécie selecionada em decisão de juiz de primeira instância, admitida somente nos casos taxativamente enumerados no código, e visando a manifestação do Tribunal Superior, se o prolator daquela decisão não a reconsiderar, no curso do mesmo recurso.” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado.)

Quanto ao particular, cumpre registrar que os tipos recursais contra decisões no segundo grau estão previstos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e no Regimento Interno do Tribunal, neles não estando previsto o recurso em sentido estrito, consubstanciando-se em erro grosseiro a interposição desta espécie recursal contra a decisão colegiada, principalmente porque, conforme determinação constitucional expressa, o STJ possui competência recursal limitada e determinada pelo art. 105 da Carta Magna, a saber:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os “habeas-corpus” decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

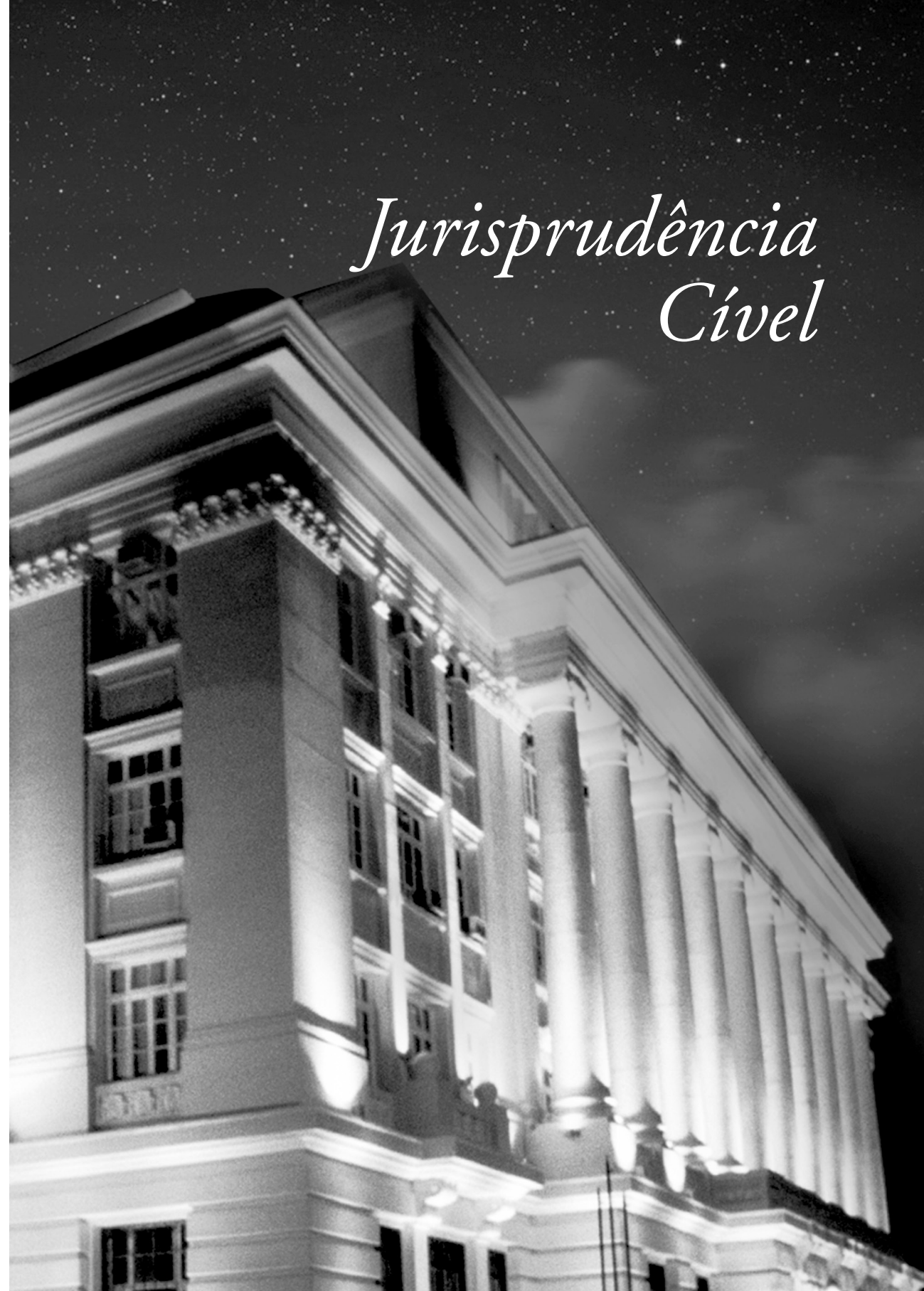
Assim, como a queixa foi rejeitada pelo Tribunal em feito de competência originária, deveria o Querelante interpor recurso especial, caso o feito se enquadrasse numa das hipóteses de cabimento do mesmo.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N.º 201/67 C/C OS ARTS. 29, 69 E 71 DO CÓDIGO PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. Do v. acórdão que recebeu denúncia contra Prefeito Municipal é incabível recurso em sentido estrito para o Superior Tribunal de Justiça. (Precedentes). Writ denegado.” (STJ - HC 35308/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2004, DJ 04/10/2004, p. 333)

Firme em tais considerações, deixo de conhecer/ admitir o recurso em sentido estrito manejado contra o acórdão de fls. 454/464.

*Jurisprudência
Cível*



TJBA – Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 0002497-84.2014.8.05.0000 e n. 0015228-15.2014.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator (a): Des. Nilson Castelo Branco, julgado em 13/05/2015

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI N. 2.995/2009, DO MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA – CONEXÃO – ACOLHIMENTO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA – NÃO ACOLHIMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VIOLAÇÃO AO ART. 2º, III; ART. 3º, II; ART. 164, *CAPUT*, E §1º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA – LESÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE RELIGIÃO, LIBERDADE DE INICIATIVA E LIBERDADE DE EMPRESA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0002497-84.2014.8.05.0000, PROPOSTA PELA FEDERAÇÃO NACIONAL DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES, JULGADA PROCEDENTE, COM DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 2.995/2009, DE FEIRA DE SANTANA. PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0015228-15.2014.8.05.0000, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, INDEFERIDA LIMINARMENTE, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, COM BASE NO ART. 295, III, DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM BASE NO ART. 267, I, DO CPC.

1 – A Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares e o Ministério Público do Estado da Bahia ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, que determinou o **fechamento de bares e proibição de venda de bebidas alcoólicas em restaurantes durante a Sexta-Feira da Paixão**. Reconheceu-se, portanto, a conexão entre ambas as ações, uma vez que há coincidência total de objetos, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 2995/2009, de Feira de Santana (arts. 103, 105 e 106 do Código de Processo Civil e art. 77-B do Regimento Interno do STF).

2 – Aduziu a Federação Nacional que o diploma legal viola o art. 12, V; art. 59, VIII, e art. 164, §1º, todos da Constituição do Estado, bem como art. 22, I; art. 24, V; art. 170, *caput*, IV; art. 173; e art. 174, todos da Constituição Federal; enquanto o Ministério Público do Estado da Bahia afirmou lesão ao art. 3º, II, e art. 164, §1º, da Constituição do Estado da Bahia.

3 – A Procuradoria-Geral do Estado, em Manifestação nos autos da ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000, suscitou preliminar de ilegitimidade ativa, afirmando que entidade de âmbito nacional não estaria legitimada para propor Ação Direta no âmbito estadual (art. 134 da Carta Estadual). O argumento não merece guarida. É que, muito embora o art. 134 da Constituição do Estado da Bahia não expresse a possibilidade de que uma entidade de âmbito nacional tenha legitimidade para ajuizar Ação Direta perante a Corte Estadual, é certo que, se ela possui legitimidade para propositura perante o Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, não se

mostra razoável impedi-la de ajuizar Ações Diretas no âmbito estadual, mesmo porque a Federação Nacional Proponente possui base territorial nacional, conforme denota o art. 1º do seu Estatuto, aposto às fls. 31/50. Precedentes jurisprudenciais.

ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000

4 – Quanto à ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, está presente a relação de pertinência temática entre o objeto da medida judicial intentada e os propósitos institucionais da Proponente – tendo em vista que seu objeto social é a “coordenação, defesa administrativa e judicial e ordenamento dos interesses e direitos dos integrantes da categoria e atividades congregadas: hotéis, restaurantes, bares e similares”.

5 – Considerando que o controle de constitucionalidade perante as Cortes Estaduais tem como parâmetro único a Constituição do Estado, analisa-se, tão somente, a possível colisão da lei impugnada com os dispositivos da Carta do Estado da Bahia.

6 – É de se afirmar, ainda, que, além dos dispositivos constitucionais apontados como violados na inicial de uma Ação Direta, a Corte poderá utilizar outras normas da Constituição do Estado como parâmetro de controle, tendo em vista a *causa patendi* aberta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

7 – No caso *sub oculis*, a Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, viola os seguintes dispositivos da Constituição do Estado da Bahia: art. 2º, III – protetor dos direitos e garantias individuais; o art. 3º, II – o qual veicula norma garantidora do direito fundamental à liberdade de religião; e o art. 164, *caput*, e §1º – que consagram a liberdade de iniciativa e o livre exercício de qualquer atividade econômica.

8 – A liberdade de religião protege a consciência de cada um contra qualquer ingerência religiosa do legislador, seja para lhe impor uma obrigação ou proibir algum ato. *In casu*, **a lei impugnada impõe, ao mesmo tempo, uma obrigação e uma proibição a todos**, mesmo àqueles que não seguem a religião católica. Obrigação e proibição estas, claramente decorrentes de um dogma cristão, uma vez que o feriado da Sexta-Feira da Paixão é a data em que **os cristãos** lembram o julgamento, paixão, crucificação, morte e sepultura de Jesus Cristo.

9 – **A lei impugnada fere o direito individual de cada um se autodeterminar, consagrado no art. 2º, III, da Carta Estadual, pois impõe verdadeira penitência.** Com efeito, como é consabido, penitências são atos como jejuns, vigílias e peregrinações que os fiéis de um determinado credo oferecem ao seu Deus como prova de que estão arrependidos dos seus pecados ou como agradecimento por uma dádiva recebida. **O jejum, espécie de penitência, engloba, inclusive, a proibição de ingerir bebida alcoólica.** A penitência constitui verdadeira forma de sacrifício pessoal. Por esta razão, não pode ser imposta a todos, pelo Estado, sob pena de violar a liberdade de escolha do indivíduo, sob a perspectiva laica.

10 – Ademais, o **Município de Feira de Santana, ao editar a Lei n. 2.995/2009, aderiu, inegavelmente, a uma fé – a fé cristã** –, uma vez que impôs a todos a forma típica com que os cristãos encaram o feriado da Sexta-Feira Santa. Deixou de lado, portanto, a necessária postura de neutralidade

que a Constituição impõe ao Estado quando se trata de direitos fundamentais individuais, como de fato é a liberdade de religião.

11 – A liberdade de crença conjuga-se à liberdade de consciência, permitindo e assegurando que o indivíduo creia no que quiser, expressando publicamente a sua crença, bem como que não creia em absolutamente nada, expressando, de igual forma, a sua descrença.

12 – Em se tratando do direito fundamental à liberdade de crença, o Estado se submete ao princípio da neutralidade em face dos segmentos religiosos. Esta neutralidade restou violada pela Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana.

13 – De outra senda, vislumbra-se **violação ao princípio da liberdade de iniciativa e da liberdade de empresa, insculpidos no art. 164, caput e §1º, da Constituição do Estado da Bahia.**

14 – Para que o legislador ordinário crie qualquer óbice, restrição ou exceção ao princípio da liberdade de iniciativa e seus desdobramentos, cuja liberdade de empresa é um deles, é necessário que esteja amparado em norma constitucional específica. Deve pautar-se, segundo doutrina do Min. Luís Roberto Barroso, nos princípios que regem a ordem econômica vigente, com o objetivo único de assegurá-la.

15 – No caso vertente, a atuação do legislador ordinário do Município de Feira de Santana, ao restringir a liberdade de funcionamento dos bares e a venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes, não foi amparada em nenhuma hipótese legitimada pelo texto constitucional com o fim de assegurar os princípios fundantes da ordem econômica vigente – livre iniciativa e valorização do trabalho. Isto, por si só, já demonstra sua inconstitucionalidade. Porém, o vício vai além: o fundamento da interferência na ordem econômica é a imposição de uma determinada crença, o que, conforme acima demonstrado, guarda vício de inconstitucionalidade material por lesionar a liberdade religiosa.

16 – Se tanto não fosse, se constitui violação a interdição completa do funcionamento de centenas de bares em Feira de Santana, na Sexta-Feira da Paixão, a pretexto de não ingestão de bebidas alcoólicas por parte de consumidores, quando é certo que o art. 164, §1º, da Constituição Estadual, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos. De mais a mais, as regras da experiência comum (art. 335 do CPC) informam que os bares não se limitam, tão somente, à venda de bebidas alcoólicas, como também de refrigerantes, águas minerais, lanches, doces e outras iguarias, atendendo à população de menor poder aquisitivo, e auferindo aos seus proprietários meio de subsistência econômica.

17 – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo arquivamento da ação, ante a ilegitimidade ativa da Proponente (Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares) e, ultrapassada esta preliminar, pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, por violação ao art. 3º, II, e art. 164, §1º, ambos da Carta Estadual.

ADI N. 0015228-15.2014.8.05.0000

18 – A Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada, posteriormente, pelo Ministério Público do Estado da Bahia encontra-se com o mérito prejudicado, uma vez que todos os fundamentos aduzidos na inicial já foram apre-

ciados no bojo da Ação Direta anterior, de n. 0002497-84.2014.8.05.0000, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares. Importa frisar que o Parecer da Procuradoria de Justiça, nesta ação, foi elaborado pelo próprio Procurador subscritor da inicial da ADI n. 0015228-15.2014.8.05.0000, sendo os mesmos os fundamentos utilizados tanto em um como na outra e sendo certo, ainda, que o objeto de ambas as ações é a declaração de inconstitucionalidade da mesma lei municipal de Feira de Santana, a Lei n. 2.995/2009.

19 – Esperar a formação da relação jurídica processual, nesta segunda e recente Ação Direta, proposta pelo Ministério Público Estadual, para só então julgar o mérito das duas ADIs, em conjunto, seria irrazoável, a uma, porque, na Ação proposta pela Federação, transcorreram mais de 07 (sete) meses para que se manifestassem a Câmara de Vereadores, o Prefeito de Feira de Santana, a Procuradoria Geral do Estado e a Procuradoria de Justiça; a duas, porque julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com indeferimento da petição inicial subscrita pelo Ministério Público, não acarreta prejuízo à Câmara Municipal e ao Município de Feira de Santana; a três, porque, prevalecendo o entendimento da Câmara Municipal de Feira de Santana – adiamento do julgamento até a apresentação das informações e pareceres nas ações subsequentes –, jamais será julgada a Ação Direta proposta inicialmente pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – cujo mérito se encontra maduro para julgamento –, uma vez que poderão ser ajuizadas, em sequência e sucessivamente, impugnando a mesma lei, tantas ações quantos forem os demais legitimados ativos previstos no art. 134 da Constituição do Estado da Bahia, a exemplo de inúmeros partidos políticos com representação na edilidade feirense, ao fundamento da ocorrência de conexão entre todas elas (ações).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0002497-84.2014.8.05.0000, PROPOSTA PELA FEDERAÇÃO NACIONAL DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES, JULGADA PROCEDENTE, COM DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM EFEITO *EXTUNC*, DA LEI N. 2995/2009, DO MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA. PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0015228-15.2014.8.05.0000, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, INDEFERIDA LIMINARMENTE, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR, CENTRADA NA AUSÊNCIA DE UTILIDADE E NECESSIDADE PARA A DUPLA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MESMA LEI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0002497-84.2014.8.05.0000, formulada pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0015228-15.2014.8.05.0000, formulada pelo Ministério Público do Estado da Bahia.

Acordam os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno deste Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade, em julgar procedente a ação n. 0002497-84.2014.8.05.0000, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, declarando a in-

constitucionalidade da Lei Municipal n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana/BA, em razão de contrariedade à Constituição do Estado da Bahia, e indeferir, liminarmente, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0015228-15.2014.8.05.0000, proposta pelo Ministério Público, por falta de interesse de agir, centrada na ausência de utilidade e necessidade para a dupla declaração de inconstitucionalidade da mesma lei.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de provimento liminar, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares (FNHRBS), **através de idôneo instrumento procuratório que confere ao Patrono da causa poderes específicos para ajuizar representação de inconstitucionalidade contra lei determinada (v. fl. 52)**. Fundamenta-se no art. 123, I, “d”, da Constituição do Estado da Bahia, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.995, de 17 de julho 2009, do Município de Feira de Santana.

A lei impugnada apresenta o seguinte teor:

Art. 1º - Fica proibido o funcionamento dos bares e a venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes do Município durante a Sexta-Feira da Paixão.

Art. 2º - O período do fechamento dos bares corresponderá da zero hora da sexta-feira até as 6 horas do sábado de Aleluia.

Art. 3º - O não-cumprimento desta Lei acarretará multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao estabelecimento infrator.

Art. 4º - A reincidência da infração acarretará o dobro da multa, ou seja, R\$ 2.000,00 (dois mil reais), podendo o estabelecimento infrator ter o seu funcionamento suspenso por 30 (trinta) dias.

Art. 5º - Os valores consignados nesta Lei serão atualizados no início de cada ano pelo INPC ou índice que venha a substituí-lo.

Art. 6º - A fiscalização do cumprimento das disposições desta Lei será feita pelos setores competentes designados pela Prefeitura Municipal.

Art. 7º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (Grifos do Relator.)

A Proponente – Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – alega violação ao art. 12, V; art. 59, VIII, e art. 164, §1º, todos da Constituição do Estado, bem como art. 22, I; art. 24, V; art. 170, *caput*, IV; art. 173; e art. 174, todos da Constituição Federal.

Afirma, ainda, violação à liberdade de mercado, livre iniciativa, livre concorrência, valor social do trabalho, desenvolvimento econômico e princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Aduz que a lei combatida ensejaria inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, uma vez que cabe à União, em concorrência com o Estado, legislar sobre normas de produção e consumo. Por ter violado norma de distribuição de competência, a referida lei municipal lesionaria, ainda, o princípio da simetria.

Pretende a Proponente a concessão de liminar, a fim de que sejam imediatamente suspensos os efeitos produzidos pela Lei n. 2.995/2009.

Previamente à análise do pedido liminar, foram solicitadas informações aos Poderes Legislativo e Executivo do Município de Feira de Santana/BA (fl. 56).

A Procuradoria-Geral do Município de Feira de Santana defendeu a constitucionalidade da impugnada lei, ao fundamento de que trata de matéria de interesse local – horário de funcionamento do comércio (fls. 66/74).

A Câmara Municipal de Feira de Santana, por sua vez, asseverou que o projeto que originou a lei impugnada traz como justificativa o acréscimo da violência na cidade, em função do

grande número de venda de bebidas alcoólicas e funcionamento de bares no referido feriado. Afirma, ainda, que a lei “não vislumbrou hipótese de regulamentação da atividade ou mesmo regulamentou a venda de bebidas alcoólicas ou mesmo criação de profissões, funções ou cargos” (fls. 139/140v).

Diante da relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, determinei o encaminhamento dos fólios à Procuradoria de Justiça, a fim de que se manifestasse, no prazo de 05 (cinco) dias, para posterior submissão do feito ao Órgão Plenário, em conformidade com o art. 12 da Lei 9.868/99 (fls. 146/147).

A Procuradoria de Justiça, às fls. 150/157, manifestou-se pela conversão do feito em diligência para que fosse ouvida a Procuradoria-Geral do Estado, conforme art. 8º da Lei n. 9.868/1999.

Em Despacho de fl. 235, acolheu-se o pronunciamento ministerial, determinando a intimação da Procuradoria-Geral do Estado, para que se manifestasse acerca do feito.

O referido Órgão exarou o Parecer de fls. 241/243, pelo “não conhecimento da Ação” - *sic*, uma vez que o Proponente, por ser entidade de classe de âmbito nacional, não estaria legitimado para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual. Em caráter eventual, manifestou-se pela improcedência do pedido, ao fundamento de que a lei combatida trata de “peculiaridades locais”, em sintonia com “a importância cultural dada pelo Município e pelos munícipes à data em que vedada a comercialização de bebidas alcoólicas no âmbito municipal”, qualificando a competência desta unidade federativa para dispor sobre a matéria.

Em Parecer de fls. 246/258, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou, também, pelo arquivamento do feito, sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial, sob o argumento da ilegitimidade ativa da Proponente, uma vez que não estaria a Federação no rol de legitimados previsto no art. 134 da Constituição do Estado da Bahia. No mérito, caso ultrapassada a preliminar, sustentou o Órgão Ministerial a procedência do pedido, ao fundamento de que a Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, violaria o art. 3º, II, e art. 164, §1º, da Constituição Estadual.

Cuida-se, ainda, de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0015228-15.2014.8.05.0000, ajuizada pelo Ministério Público do Estado da Bahia, formulando pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, por violação ao art. 3º, II, e art. 164, §1º, ambos da Carta Estadual.

Após arguição do advogado da Câmara Municipal de Feira de Santana, esta Ação foi a mim distribuída por prevenção, em face de conexão com a ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000, sob minha relatoria, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, conforme decisão da Ilustre Desa. Ivone Bessa Ramos, às fls. 128/129 dos autos da ADI n. 0015228-15.2014.8.05.0000, publicada no DPJ datado de 26/1/2015, não tendo havido insurgência por qualquer dos interessados mediante simples petição ou agravo regimental.

Determinei o apensamento dos autos, para fins de tramitação e julgamento simultâneo, despacho publicado no DPJ em 27/01/2015, também sem insurgência das partes (fls. 142/144 da ADIN n. 0015228-15.2014.8.05.0000 e fls. 265/267 da ADIN n. 0002497-84.2014.8.05.0000).

Posteriormente, na data de 02/02/2015, o Procurador Geral da Câmara Municipal de Feira de Santana protocolou a petição de fls. 269/270, nos autos da ADI N. 0002497-84.2014.8.05.0000, pedindo adiamento do julgamento das Ações Diretas em epígrafe, ao fundamento de que a Câmara ainda não se manifestou no bojo da ADI n. 0015228-15.2014.8.05.0000, proposta pelo Ministério Público. Este pedido será apreciado no bojo do presente voto.

Estando o feito pronto para julgamento, lancei o presente Relatório e determino a inclusão dos feitos em pauta de julgamento.

Encaminhe-se cópia deste Relatório e do Parecer da Douta Procuradoria de Justiça aos

demaís Desembargadores, consoante dispõe o art. 182 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

VOTO

1-AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0002497-84.2014.8.05.0000, PROPOSTA PELA FEDERAÇÃO NACIONAL DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES

Tendo em vista a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, **adotou-se o rito previsto no art. 12 da Lei n. 9868/1999** (v. Decisão de fls. 146/147 da ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000), para submeter a Ação diretamente ao Tribunal Pleno, a fim de que seja julgada definitivamente, sobretudo porque as informações dos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, bem como os pareceres da Procuradoria Geral do Estado e Procuradoria Geral de Justiça, não se resumiram a analisar o pedido cautelar, mas enfrentaram diretamente o mérito da causa.

1.1 - PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA: ILEGITIMIDADE ATIVA DA PROPONENTE DA ADI N. 0002497-84.2014.8.05.0000 – FEDERAÇÃO NACIONAL DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES

De início, importa analisar a preliminar de ilegitimidade ativa, segundo a qual, por ser a Proponente – Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – entidade de âmbito nacional, não estaria legitimada para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça.

O argumento não merece guarida. É que, muito embora o art. 134 da Carta Estadual não expresse a possibilidade de que uma entidade de âmbito nacional tenha legitimidade para ajuizar Ação Direta perante a Corte Estadual, é certo que, se ela possui legitimidade para propositura perante o Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, não se mostra razoável impedi-la de ajuizar Ações Diretas no âmbito estadual, mesmo porque a Federação Nacional Proponente possui base territorial nacional, conforme denota o art. 1º do seu Estatuto, apostado às fls. 31/50.

Neste mesmo sentido, os seguintes julgados:

A preliminar de ilegitimidade *ad causam*, levantada pela douta Procuradoria Geral de Justiça, não merece acolhida. Isto porque se o Sindicato-autor, **entidade de classe de âmbito nacional** das empresas distribuidoras de combustíveis e de lubrificantes, possui legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, instância máxima, **não se mostra razoável negar-lhe a legitimidade no âmbito estadual**.

(TJ-SP - ADI: 02664407720128260000 SP 0266440-77.2012.8.26.0000, Relator: Cauduro Padin, Data de Julgamento: 31/07/2013, Órgão Especial, V.U., Data de Publicação: 09/08/2013) – Grifos do Relator.

Afastam-se as preliminares arguidas. Patente a legitimidade do Sindicato para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, *ex vi legis* do disposto no artigo 90, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo, em conformidade com a diretriz do artigo 103 da Constituição Federal, além de atender a exigência da pertinência temática - Estatuto de fls. 38 e ss. Ademais, **possibilitado o ingresso pelo autor de**

ação direta de inconstitucionalidade junto ao E. Supremo Tribunal Federal, não seria razoável reconhecer a ilegitimidade no âmbito estadual.

(TJ-SP - ADI: 00268504320138260000 SP 0026850-43.2013.8.26.0000, Relator: Samuel Júnior, Data de Julgamento: 18/09/2013, Órgão Especial, Data de Publicação: 24/09/2013) – Grifos do Relator.

O Município de Aracaju e o Chefe do Poder Executivo Municipal, em sua manifestação, fls. 512/541, afirmam ser a ABRASCE parte ilegítima para propor a presente ação, em razão de se tratar de entidade de classe de âmbito nacional, enquanto a Constituição Estadual, em seu art. 108, inciso VII, prevê ser legítima federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual, *in verbis*: (...) Não obstante tal alegação, como já se pronunciou este Tribunal, nos autos da ADI nº 0001/2011, de relatoria da Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva, **a referida previsão pretende, tão somente, excluir a legitimidade de entidades de classe de âmbito municipal para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade.** (TJSE – ADI n. 02/2012, Relator: DES. EDSON ULISSES DE MELO, Data de Julgamento: 11/07/2012, Órgão Plenário) – Grifos do Relator.

No mesmo sentido, os julgados **TJ-SP** - ADI: 994092292367 SP, Relator: Artur Marques, Data de Julgamento: 04/08/2010, Órgão Especial, Data de Publicação: 23/08/2010; **TJ-PR**: Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 771.920-6 E Nº 775.963-7, Relator: Campos Marques, Data de Julgamento: 04/05/2012, Órgão Especial; TJ-PR: 641.399-0, Relator: Mário Helton Jorge, Data de Julgamento: 18/03/2011, Órgão Especial; e **TJ-SE**: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0001/2011, Processo 2011113978, Relator: Des. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, Data de Julgamento: 25/07/2012, Tribunal Pleno.

Em caso idêntico, **tendo como Proponente a própria Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares**, que se situa na parte ativa da presente ação, **o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, entendeu por bem que a entidade de classe de âmbito nacional detém legitimidade para defender os interesses dos seus filiados, no âmbito estadual**, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, tal como ocorre no caso *sub judice*:

Reconhece-se a legitimidade ativa do representante para este remédio jurídico de controle concentrado, rejeitando-se, por unanimidade de votos, a preliminar suscitada pelo Senhor Presidente da Câmara Municipal, em decorrência da interpretação meramente literal dos termos do art. 162 da Constituição do Estado, que se refere à federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual. (...) Além do mais, não procede o entendimento de que pudesse a expressão do texto constitucional estadual representar um bloqueio para a atuação de entidades nacionais ou municipais, em face da vedação constitucional do art. 19, III, da Carta da República, de se distinguir entre brasileiros, sabido que as pessoas jurídicas simplesmente portam as pretensões individuais através dos meios associativos.

(TJRJ – Representação por Inconstitucionalidade n. 2006.007.00034, Redator do Acórdão: Desembargador Nagib Slaibi Filho, Relator: Desembargador Gamaliel Quinto de Souza, Data de Julgamento: 20/08/2007, Órgão Especial)

Por último, importa considerar, que, no incidente de pretensa conexão entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0314725-86.2012.8.05.0000, atualmente sob a Relatoria do Ilustre Des. José Alfredo, e o Mandado de Segurança n. 0307404-97.2012.805.0000, o Eminentíssimo Desembargador José Edivaldo Rocha Rotondano, então Relator de ambas, *obiter dictum*, enfrentou o tema, sem objeção do Pleno, ao afirmar, de modo categórico, a legitimidade ativa do Sindicato

Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (SINDICOM) para propor ação direta de inconstitucionalidade perante a Corte Estadual, posicionando-se nos seguintes termos:

Como já consignado em pronunciamento monocrático, não procede a tese do Município, pois, tendo o SINDICOM legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, não se revela razoável negar-lhe essa condição para ajuizar ADI junto a esta Corte de Justiça. De fato, a única interpretação constitucionalmente permitida do referido art. 134 é a de que, para ter legitimidade para propor ADI, a entidade deve ter abrangência estadual, não a tendo entidades de âmbito municipal, por exemplo. As entidades de caráter nacional, também têm, por óbvio, abrangência estadual, estando, portanto, legitimadas ao ajuizamento de ADI em face da Constituição do Estado da Bahia.

Dito isto, *data venia*, indefiro a preliminar de ilegitimidade ativa da Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte.

Ultrapassada esta questão preliminar, cabe analisar a presença de relação de pertinência temática entre o objeto desta Ação e a atividade de representação da entidade Proponente da ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000 – Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares.

1.2 - ANÁLISE DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Malgrado não haja previsão constitucional de critério restritivo à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelos colegitimados previstos no art. 103, I a IX, da CF, o Supremo Tribunal Federal, em razão do expressivo número de ações propostas, consolidou jurisprudência no sentido de restringir a iniciativa para alguns dos órgãos e pessoas indicadas no dispositivo supracitado.

Este entendimento é transposto para as Cortes Estaduais, fazendo-se necessário, nos casos de Ações Diretas propostas por entidades de classe ou federação sindical, uma correspondência entre o objeto da medida judicial intentada e os propósitos institucionais da Proponente.

In casu, verifica-se, pela análise do Estatuto Social da Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS, que o seu objeto social é a “coordenação, defesa administrativa e judicial e ordenamento dos interesses e direitos dos integrantes da categoria e atividades congregadas: hotéis, restaurantes, bares e similares” (fls. 32/50 da ADIN n. 0002497-84.2014.8.05.0000).

O objeto desta Ação Direta visa impugnar lei do Município de Feira de Santana que determinou o fechamento de bares e proibiu a venda de bebidas alcoólicas em restaurantes, no feriado da Sexta-Feira da Paixão, pelos estabelecimentos cujos interesses e direitos são protegidos pela Federação Proponente, mormente a sua liberdade de mercado e livre iniciativa, princípios constitucionais apontados como violados.

Assim, está configurada a necessária relação de pertinência temática, razão pela qual passo à análise meritória.

1.3 – MÉRITO DA ADIN N. 0002497-84.2014.8.05.0000, PROPOSTA PELA FEDERAÇÃO NACIONAL DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES

A Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares – FNHRBS – ajuizou

esta Ação Direta de Inconstitucionalidade para impugnar a Lei n. 2.995 de 17 de julho 2009, do Município de Feira de Santana, ao fundamento de que violaria o art. 12, V; art. 59, VIII; e art. 164, §1º, todos da Constituição do Estado, bem como art. 22, I; art. 24, V; art. 170, *caput*, IV; art. 173; e art. 174, todos da Constituição Federal.

Afirma, ainda, violação à liberdade de mercado, livre iniciativa, livre concorrência, valor social do trabalho, desenvolvimento econômico e princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De início, importa considerar que o controle abstrato de normas exercido pelos Tribunais de Justiça se resume à verificação da legitimidade constitucional de leis e atos normativos estaduais e municipais perante, tão somente, a Constituição do Estado-membro, sendo este o único e exclusivo parâmetro de controle. Não cabe, portanto, analisar, pela via direta, a constitucionalidade de uma lei perante, por exemplo, a Constituição Federal.

Neste sentido, leciona Léo Ferreira Leony, na obra “Controle de constitucionalidade estadual”:

Assim como ocorre em relação ao controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, é possível constatar-se aqui a existência de um monopólio da censura por parte do Tribunal de Justiça, bem como uma nítida limitação à ampliação de seus poderes por iniciativa própria. **Com efeito, como defensor exclusivamente da Constituição Estadual, o Tribunal de Justiça não pode estender a sua competência para o controle abstrato de normas a outro parâmetro de controle que não o estadual.** Por outro lado, como defensor exclusivo desse parâmetro pelo método do controle concentrado, o Tribunal local atua com exclusão de qualquer outro órgão. **Daí se pode afirmar que o controle abstrato de normas no âmbito local, evidentemente, não se compadece (a) com eventual propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante Tribunal de Justiça – e, portanto, com base no art. 125, §2º, da Constituição – que tenha como causa de pedir violação a parâmetro de controle constante de Lei Federal (a.1), da própria Constituição Federal (a.2) ou de lei orgânica municipal (a.3); nem se concilia (b) com o julgamento em abstrato, pelo Supremo Tribunal, de conflito de normas locais em face de parâmetro constitucional estadual¹.** – Grifos do Relator.

O Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o tema, manifestou-se no mesmo sentido, como denota o julgado abaixo transcrito, da lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello.

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - PRECEITO QUE DEFERE COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DIRETA DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL QUESTIONADO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA. E IRRECUSÁVEL A PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA TESE SEGUNDO A QUAL OS ESTADOS-MEMBROS NÃO DISPOEM DE COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR, NO ÂMBITO DE SEU ORDENAMENTO POSITIVO, SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS, CONSTESTADOS EM FACE DA CARTA FEDERAL. ESSA QUESTÃO ASSUME INEGÁVEL RELEVÂNCIA, POIS REINTRODUZ, UMA VEZ MAIS, PERANTE A SUPREMA CORTE, A DISCUSSÃO EM TORNO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE O ESTADO-MEMBRO CRIAR, POR AUTONOMA DELIBERAÇÃO, UM SIS-

¹ LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual** – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 84-85.

TEMA PRÓPRIO DE FISCALIZAÇÃO E TUTELA “IN ABSTRACTO” DO DIREITO OBJETIVO POSITIVADO NO TEXTO CONSTITUCIONAL FEDERAL, E PROCESSUALIZAR, EM CONSEQUÊNCIA, UMA FORMA INSTRUMENTAL - A AÇÃO DIRETA - QUE VIABILIZE, NO PLANO DAS NORMAS MUNICIPAIS, O SEU CONTROLE EM TESE EM FACE DE NOSSA LEI FUNDAMENTAL. - DEBATE DOUTRINÁRIO EM TORNO DA QUESTÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO REGIME CONSTITUCIONAL ANTERIOR. - **A CONSTITUIÇÃO DE 1988, AO PREVER O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS ESTADOS-MEMBROS, ERIGIU A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL À CONDIÇÃO DE PARÂMETRO ÚNICO E EXCLUSIVO DE VERIFICAÇÃO DA VALIDADE DAS LEIS OU ATOS NORMATIVOS LOCAIS (ART. 125, PAR. 2.). PRECEDENTE DA CORTE (MEDIDA LIMINAR). (ADI 409 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/1990, DJ 15-03-1991 PP-02645 EMENT VOL-01612-01 PP-00038 RTJ VOL-00134-03 PP-01066)** – Grifos do Relator.

Desta forma, considerando que a Proponente traz normas da Constituição Federal como parâmetro de controle da lei impugnada (art. 22, I; art. 24, V; art. 170, *caput*, IV; art. 173; e art. 174, todos da Constituição Federal), deixo de conhecer esta causa de pedir, pela sua imperinência e inadequação com o regime da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante a Corte Estadual.

À análise de mérito, resta o confronto da Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, com os dispositivos da Constituição do Estado da Bahia apontados pela Proponente, quais sejam, art. 164; art. 12, V; art. 59, VIII:

Art. 164 - O Estado, em conformidade com os princípios da Constituição Federal, atuará no sentido da promoção de desenvolvimento econômico, que assegure a elevação do nível de vida e bem-estar da população, conciliando a **liberdade de iniciativa** com os ditames da justiça social, cabendo-lhe:

§ 1º - É **assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 12 - Incumbe ainda ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: V - produção e consumo;

Art. 59 - Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

VIII - legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre;

a) (Revogada.)

b) administração, utilização e alienação de seus bens;

Tecidas estas considerações, é de se afirmar que, além dos dispositivos apontados numa inicial de ação direta de inconstitucionalidade, o Órgão Julgador poderá utilizar outras normas da Constituição do Estado como parâmetro de controle, tendo em vista a causa de pedir aberta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Neste aspecto, tratando das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o STF, elucida Gilmar Ferreira Mendes, na obra “Jurisdição Constitucional”:

É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos funda-

mentos jurídicos na petição inicial, **não está o STF a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados**. É dominante no âmbito do Tribunal entendimento segundo o qual, **na ADIn e na ADC, prevalece o princípio da *causa patendi* aberta, o que significa que o Tribunal poderá basear-se em outros fundamentos que não aqueles trazidos pelo requerente**². – Grifos do Relator.

No caso *sub oculis*, a Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, viola os seguintes dispositivos da Constituição do Estado da Bahia: art. 2º, III – protetor dos direitos e garantias individuais; o art. 3º, II – o qual veicula norma garantidora do direito fundamental à liberdade de religião; e o art. 164, *caput* e §1º – que consagram a liberdade de iniciativa e o livre exercício de qualquer atividade econômica. Com efeito:

Art. 2º - São princípios fundamentais a serem observados pelo Estado, dentre outros constantes expressa ou implicitamente na Constituição Federal, os seguintes:

III - **direitos e garantias individuais;**

Art. 3º - Além do que estabelece a Constituição Federal, é **vedado ao Estado e aos Municípios:**

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou **manter, com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança**, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Art. 164 - O Estado, em conformidade com os princípios da Constituição Federal, atuará no sentido da promoção de desenvolvimento econômico, que assegure a elevação do nível de vida e bem-estar da população, conciliando a liberdade de iniciativa com os ditames da justiça social, cabendo-lhe:

§ 1º - **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No particular, acompanho, basicamente, o entendimento do Ministério Público, ao lavrar o Parecer de fls. 246/258 da ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000, quando, após citar vários autores nacionais e estrangeiros, reconhece:

No que concerne ao mérito, a Lei nº 2.995/2009 do Município de Feira de Santana, que estabeleceu a obrigatoriedade de fechamento dos bares e a proibição da venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes do aludido município na Sexta-Feira da Paixão, viola o comando constitucional esculpido nos art. 3º, II e art. 164, §1º, ambos da Carta Estadual.

(...)

Com efeito, é vedada qualquer manifestação estatal que implique em proibição ao livre exercício da crença religiosa por qualquer indivíduo, bem como importe em implantar crenças religiosas limitadoras do exercício da livre iniciativa.

O ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática, o que não foi observado quando da edição do ato normativo questionado. Deveras: o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica deve ser limitado exclusivamente em atendimento ao interesse público, em raras hipóteses, o que não é o caso, em que se trata de lei com cunho de fomento e estímulo a prática religiosa específica.

Ressalte-se que, inobstante os dizeres do Enunciado nº 645 da Súmula do Supremo

2 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional** – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 273.

a qual infere a competência do Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, a finalidade da lei guerreada não foi o resguardo à ordem econômica ou a proteção do consumidor, mas tão somente a imposição de preceitos católicos. Logo, não se coaduna com a vexata quaestio, motivo pelo qual não é aplicável.

Para o exercício de atividades públicas, o Estado não pode valer-se de crenças, tampouco estabelecer normas que realizem valores de caráter eminentemente religioso, pautadas precipuamente em determinada doutrina.

É válido salientar que o Estado não pode ser apropriado por nenhuma doutrina religiosa, baseando-se em princípios teológicos. Ao revés, deve ajustar-se de acordo com a ampla liberdade de crença, podendo o particular professar a fé que melhor lhe aprouver ou até mesmo não crer em absolutamente nada.

Isto posto, a intenção do legislador do Município de Feira de Santana ao editar lei que proíbe o funcionamento de bares e a venda de bebidas alcoólicas na Sexta-feira da Paixão foi claramente de impor o catolicismo como religião estatal.

Destarte, o Município de Feira de Santana se valeu das prerrogativas estatais para estabelecer determinada religião como dominante, com desatenção a crenças diversas e com desrespeito aos princípios da liberdade de crença e de exercício da atividade econômica.

A liberdade religiosa, expressão da dignidade da pessoa humana, é pautada no princípio da autodeterminação, componente essencial da liberdade de escolha que é reconhecida aos indivíduos em sociedades laicas.

(...)

Sob o prisma objetivo, o princípio da liberdade de crença, da qual decorrem dois outros princípios indispensáveis, quais sejam a laicidade estatal e a separação do Estado da religião, vedam qualquer forma de vinculação e subvenção às atividades de natureza religiosa.

No Estado Democrático de Direito a liberdade religiosa deve ser compreendida também como comprometimento da ordem jurídica com o pluralismo, cuja essência é aceitar as diferenças entre os sujeitos e o seu direito de cada qual se autodeterminar, optando pelo teísmo, o ateísmo e o agnosticismo.

(...)

Em decorrência do princípio da liberdade religiosa, veda-se a criação de quaisquer privilégios, benefícios ou vantagens em virtude da adoção de qualquer credo religioso. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal consignou o entendimento que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade a toda confissão religiosa:

(...)

O Município de Feira de Santana ao editar o diploma vergastado interfere na liberdade de crença ao professar uma doutrina religiosa específica, sinalizando aos cidadãos uma identificação estatal com o cristianismo.

(...)

Outrossim, o legislador, sem observar o princípio da igualdade, chancelou lei que têm exclusivamente a finalidade de proibir a venda de bebidas na data religiosa, em consideração a uma parte da população, em detrimento dos que não são cristãos, discriminando assim os que não possuem a mesma crença.

(...)

Com edição da Lei nº 2.995/2009, o Município de Feira de Santana confessa sua crença numa determinada fé, erigindo, portanto, o cristianismo como religião oficial do Município. No caso em comento, a postura adotada pelo legislador local não se enquadra em um regime de neutralidade, pois ao escolher uma específica doutrina religiosa em detrimento das demais, o referido Município abandonou qualquer postura de imparcialidade no dissenso religioso, tomando parte e assumindo a condição de

agente propagador da religião cristã. Essa orientação ofende o pluralismo e a tolerância estabelecida nas normas constitucionais referidas.

Noutro giro, impõe-se destacar que a supracitada Lei Municipal nº 2.995/09 ofende claramente o postulado normativo da liberdade de iniciativa, consagrado no art. 164, *caput* e §1º, da Constituição Estadual. É o que se passa a demonstrar.

Ressalte-se, primeiramente, que, de acordo com o remansoso entendimento doutrinário e jurisprudencial, a livre iniciativa constitui não só pressuposto estruturante basilar da ordem econômica e financeira, mas, também, princípio fundamental do Estado. Sendo assim, o exercício de qualquer atividade econômica, consoante é cediço, somente pode ser condicionado por lei em sentido material e formal. Outra não é a conclusão que se extrai da hermenêutica do art. 164, §1º, da Constituição do Estado da Bahia.

(...)

Ora, a hipótese sub examine reflete uma evidente afronta a tal preceito, porquanto fixa uma restrição flagrantemente desproporcional à atividade econômica dos bares e restaurantes do Município de Feira de Santana, em favor de uma determinada crença religiosa – o que, conforme exposto anteriormente, desde logo impõe a extirpação da multicitada Lei Municipal do ordenamento jurídico.

Ressalte-se, ademais, que a liberdade de iniciativa deve ser interpretada como um direito subjetivo do indivíduo, que jamais poderá ser tolhido mediante a imposição de condições e limites desarrazoados e desproporcionais, constituindo, por conseguinte, um obstáculo à interferência estatal.

(...)

Em assim sendo, por mais este argumento, evidencia-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.995/09, eis que ofende frontalmente o princípio da livre iniciativa ao proibir o funcionamento de bares e a venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes do município durante a Sexta-Feira da Paixão, o que, por certo, representa um desproporcional obstáculo ao livre exercício da atividade econômica em apreço.

Diante do exposto, o Ministério Público opina pelo arquivamento do feito sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial. Caso a preliminar não seja aceita, que a presente ação seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2995/2009, do Município de Feira de Santana por violação do comando constitucional esculpido nos art. 3º, II, e art. 164, §1º, ambos da Carta Estadual.

Manuel Jorge e Silva Neto, na obra “Curso de Direito Constitucional”, citando Léon Duguit, aponta que a liberdade de religião protege a consciência de cada um contra qualquer ingerência religiosa do legislador, seja para lhe impor uma obrigação ou proibir-lhe algum ato.

Léon Duguit aduz que todo indivíduo tem incontestavelmente o direito de crer no que quiser em matéria religiosa. Essa é propriamente a liberdade de consciência, que não é apenas a liberdade de não crer, mas também de crer no que quiser. **Nem de fato, nem de direito poderá o legislador penetrar nas consciências individuais e lhes impor uma obrigação ou proibição qualquer**³.

In casu, a lei impugnada impõe, ao mesmo tempo, uma obrigação e uma proibição a todos, mesmo àqueles que não seguem o cristianismo. Obrigação e proibição estas, claramente decorrentes de um dogma católico. Neste momento, **a lei impugnada fere o direito individual de cada um se autodeterminar, consagrado no art. 2º, III, da Carta Estadual**, pois tenta impor, por via indireta, aos munícipes de Feira de Santana, uma verdadeira penitência, na medida em

3 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 632.

que cria obstáculo para ingerirem, na Sexta-Feira Santa, bebidas em bares e restaurantes, caso assim pretendam.

Com efeito, como consabido, penitências são atos como jejuns, vigílias, peregrinações que os fiéis de um determinado credo oferecem ao seu Deus, como prova de que estão arrependidos dos seus pecados ou como forma de agradecimento por uma dádiva recebida.

O jejum, espécie de penitência, engloba, inclusive, a proibição de ingerir bebida alcoólica.

Assim, a penitência constitui verdadeira forma de sacrifício pessoal. Por esta razão, não pode ser imposta a todos, pelo Estado, sob pena de violar a liberdade de escolha de cada um.

Ademais, o feriado de Sexta-Feira da Paixão é a data em que os cristãos lembram o julgamento, paixão, crucificação, morte e sepultamento de Jesus Cristo. No momento em que o legislador impõe o fechamento de bares e proíbe que restaurantes vendam bebidas alcoólicas neste dia, está, ele, **violando o direito fundamental à liberdade de religião, consagrado no art. 3º, II, da Constituição deste Estado**, pois impõe conduta decorrente de um dogma religioso, de uma doutrina específica, mesmo àqueles que não a seguem. O legislador impõe um fazer (fechamento de bares) e um não fazer (não vender bebidas alcoólicas em restaurantes) sob uma justificativa preponderantemente cristã.

A Câmara Municipal de Feira de Santana, ao prestar as informações solicitadas, juntou o documento que apresenta as “justificativas” para o projeto que deu origem à Lei n. 2.995/2009 (v. fl. 117). Verifica-se, ali, que a iniciativa legiferante partiu do vereador Luiz Augusto de Jesus. Eis as justificativas da lei sancionada pelo Poder Executivo de Feira de Santana:

O Projeto em destaque tem por objetivo evitar o grande número de acidentes, a violência e a superlotação dos hospitais que ocorrem entre a ‘Quinta-Feira Santa’ e o ‘Sábado de Aleluia’, além de **manifestar o respeito pela época religiosa. A ‘Sexta-Feira da Paixão’ é o dia da morte de Jesus Cristo, não havendo, portanto, nenhum motivo para comemoração**, pois os consumidores de cervejas, vinhos, entre outros, ficam pelos bares fazendo uso prolongado destas bebidas, podendo alterar o comportamento de muitos que, induzidos pelo álcool, passam a cometer atitudes prejudiciais a si mesmos e a outrem. (...) O propósito deste Projeto é o de zelar pela segurança da população, **além de preservar a memória de Cristo, que fora morto neste dia. Sexta-Feira da Paixão é dia de reunião em família, orações e culto à religião**, não de estar em ‘bebedeiras’ oferecendo ou correndo riscos pelas ruas, no trânsito, ou propenso a atos de violência.

E não se diga que a lei municipal visou, apenas, diminuir os índices de acidente e violência do período. É certo que, se esta fosse a real motivação, a medida seria tomada em relação a todos os feriados, e não somente à Sexta-Feira da Paixão.

Criticando a tendência brasileira a uma vinculação do Estado à Igreja Católica, escreve Manuel Jorge e Silva Neto, na obra já citada, “Curso de Direito Constitucional”:

Com efeito, **entre todos os direitos individuais protegidos pelo sistema constitucional, a liberdade religiosa, nos dias atuais, corresponde àquele mais carente de consolidação**, ao que menos evoluiu em termos de eficácia social. É suficiente observar que não há espaço físico onde se desenvolva típica atividade estatal em que não se constate a simbólica vinculação – para dizer o mínimo – do Estado brasileiro à Igreja Católica, mediante a aposição de Crucifixo, por exemplo, em Câmaras Legislativas, salas de audiência de órgãos singulares e colegiados de tribunais e do próprio Ministério Público, ao qual competiria, de ordinário e por missão constitucional, forcejar pela reverência à antedita liberdade (art. 127, *caput*, da Constituição). Todos os órgãos

públicos dão demonstração às pessoas, de uma forma geral, que **no Brasil, embora formalmente se proíba qualquer espécie de preferência de segmento religioso, há, de modo subliminar e insidioso, forte tendência à aceitação dos dogmas da fé católica**⁴. – Grifos do Relator.

O Município de Feira de Santana, ao editar a Lei n. 2.995/2009, aderiu, inegavelmente, a uma fé – a fé cristã –, uma vez que impôs a todos a forma típica com que os cristãos católicos encaram o feriado da Sexta-Feira Santa.

O referido Município deixou de lado, portanto, a necessária postura de neutralidade que a Constituição impõe ao Estado, quando se trata de direitos fundamentais individuais, como de fato é a liberdade de religião.

A liberdade de crença conjugua-se à liberdade de consciência, permitindo e assegurando que o indivíduo creia no que quiser, expressando publicamente a sua crença, bem como que não creia em absolutamente nada, expressando, de igual forma, a sua descrença.

Ao tratar deste tema sob o recorte do direito comparado, o Professor Manuel Jorge e Silva Neto, na obra “A Suprema Corte norte-americana e a liberdade religiosa”, aduz a necessidade de consolidar o direito fundamental *sub examine* e **de coibir práticas discriminatórias por parte do legislador**:

De modo invariável, como **a opção religiosa reconduz também à escolha por hábitos, comportamentos e estilos de vida quase sempre dessemelhantes, é muito fácil encontrar a disseminação de práticas discriminatórias ilegítimas que têm por base a opção religiosa da pessoa. Contudo, sociedade pluralista e democrática é a antítese da intolerância religiosa** – e isso foi muito bem consolidado nas decisões da Suprema Corte ianque em torno do *Establishment Clause*. Em *Larson v. Valente*, a Corte decidiu ser inconstitucional uma lei do Estado de Minnesota que que impôs exigências de registro e informação acerca de donativos recebidos por instituições de caridade, mas que isentou as instituições religiosas da mesma formalidade, que passaram consequentemente a receber mais da metade da sua receita de contribuições de seus membros. A decisão ainda assentou que nenhuma lei poderá ter por consequência qualquer auxílio a entidades religiosas no âmbito do direito constitucional norte-americano.

Em se tratando do direito fundamental à liberdade de crença, o Estado se submete ao princípio da neutralidade em face dos segmentos religiosos. Esta neutralidade restou violada pela Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana.

De outra senda, verifica-se, de igual modo, **violação ao princípio da liberdade de iniciativa e da liberdade de empresa, insculpidos no art. 164, caput e §1º, da Constituição do Estado da Bahia**.

De início, impende esclarecer, com base na doutrina de Celso Bastos, na obra “Curso de Direito Constitucional”, qual o conceito do princípio em exame. Segundo o eminente jurista:

A livre iniciativa é uma manifestação, no campo econômico, da doutrina favorável à liberdade: o liberalismo. Este tem por objeto o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado. Assim sendo, a livre iniciativa consagra a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem se deparar com as restrições impostas pelo Estado⁵.

4 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 637.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. e atual. - São Paulo, Saraiva, 1999.

Esclarece o Min. Luís Roberto Barroso, em sua obra “A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”, que o princípio da livre iniciativa pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados do Texto Magno. Pressupõe a existência da propriedade privada, ou seja, apropriação particular dos bens e meios de produção; liberdade de empresa, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei; livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer, por exemplo, preços que serão determinados pelo mercado, em ambiente competitivo; e a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades⁶.

O princípio da liberdade de empresa é materializado no art. 164, §1º, da Constituição do Estado da Bahia, repetição *ipsis litteris* do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Acerca da possibilidade de limitação ao princípio da liberdade de iniciativa e seus desdobramentos, escreve o Min. Barroso⁷:

É bem de ver que, embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se concede mais, como fazia a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. **As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica.**

Assim, para que o legislador ordinário crie qualquer óbice, restrição ou exceção ao princípio da liberdade de iniciativa, e, consequentemente, à liberdade de empresa, é necessário que esteja amparado em norma constitucional específica.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, na obra “Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988”, tecem o seguinte comentário, atestando a subsidiariedade e excepcionalidade da intervenção do Estado no domínio econômico:

A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação de o que, como e quanto produzir e por que preço vender. Essa liberdade, como todas as outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade sim de alguns temperamentos. O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nela. O consectário natural desse princípio é que a atuação do Estado na economia é sempre subsidiária⁸.

O jurista supracitado, Min. Roberto Barroso, identifica quais são as normas nas quais o legislador ordinário deve se reportar ao tecer qualquer limitação na ordem econômica. Veja-se.

Primeiro, afere que a ordem econômica é pautada nos seguintes princípios de funciona-

6 BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Público), Número 14 – maio/junho/julho – 2008 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1861.

7 Idem, ibidem.

8 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 7, 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18.

mento: 1) soberania nacional, 2) propriedade privada e sua função social, 3) livre concorrência e defesa do consumidor, e 4) defesa do meio ambiente, e nos seguintes princípios-fins: 1) redução das desigualdades regionais e sociais, 2) busca do pleno emprego, 3) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Estas normas podem ser extraídas do art. 170 da CF e do Título VI (Da ordem econômica e social), Capítulo I (Dos princípios gerais), da Constituição do Estado da Bahia.

Segundo o Min. Barroso:

Os princípios-fins determinam a política econômica estatal. (...) Cabe ao Estado o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica. No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anti-concorrenciais, para citar alguns exemplos. **Ao traçar esta disciplina, deverá o poder público, como natural, pautar-se no quadro da Constituição, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho.** É certo que alguns dos princípios setoriais podem autorizar a produção de normas que interfiram com a livre-iniciativa. Isto é natural e inevitável. Mas tais princípios não têm força para validar atos que venham suprimir a livre iniciativa ou vulnerá-la no seu núcleo essencial. Tércio Sampaio Ferraz Jr., em estudo sobre o tema, sintetizou o papel do Estado na preservação e promoção dos princípios de funcionamento da ordem econômica, *verbis*: “Em consequência, deve-se dizer, portanto, que o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida”⁹.

Verifica-se, portanto, que a interferência disciplinadora do Estado na Economia deve pautar-se nos princípios-fins. Mesmo nestes casos, o legislador deve atuar dentro de estritos limites, de forma a sempre assegurar o núcleo essencial da liberdade de iniciativa e valorização do trabalho, efetivos fundamentos do Estado e da ordem econômica brasileiros.

No caso vertente, **a atuação do legislador ordinário do Município de Feira de Santana, ao restringir a liberdade de funcionamento dos bares e a venda de bebidas alcoólicas nos restaurantes, não foi amparada em nenhuma destas hipóteses. Isto, por si só, já demonstra sua inconstitucionalidade. Porém, o vício vai além: o fundamento da interferência na ordem econômica é a imposição de uma determinada crença**, o que, conforme acima demonstrado, guarda vício de inconstitucionalidade material por lesionar a liberdade religiosa.

Se tanto não fosse, se constitui violação a interdição completa do funcionamento de centenas de bares em Feira de Santana, na Sexta-Feira da Paixão, a pretexto de não ingestão de bebida alcoólica, por parte de consumidores, quando é certo que o art. 164, §1º, da Constituição Estadual assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos. De mais a mais, as regras da experiência comum (art. 335 do CPC) informam que os bares não se limitam à venda de bebidas alcoólicas, como também de refrigerantes, águas minerais, lanches, doces e outras iguarias, atendendo à população de menor poder aquisitivo, e auferindo aos seus proprietários meio de subsistência econômica.

Desse modo, o fechamento dos bares irá causar profundo e irreversível dano à economia de Feira de Santana, bem como a proibição de consumo de bebidas alcoólicas nos restaurantes na Sexta-Feira da Paixão.

9 BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Público), Número 14 – maio/junho/julho – 2008 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1861.

Assim, por todas as razões expostas, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 2.995/2009 do Município de Feira de Santana, sustentando-se todos os efeitos dela decorrentes desde a sua formação, ou seja, com efeitos *ex tunc*.

2 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0015228-15.2014.8.05.0000 PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado da Bahia encontra-se, portanto, com o mérito prejudicado, uma vez que todos os fundamentos aduzidos na inicial já foram apreciados no bojo da Ação Direta anterior, de n. 0002497-84.2014.8.05.0000, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares. Importa frisar que **o Parecer da Procuradoria de Justiça, nesta ação, foi elaborado pelo próprio Procurador subscritor da inicial da ADI n. 0015228-15.2014.8.05.0000, sendo os mesmos os fundamentos utilizados tanto em um como na outra** e sendo certo, ainda, que o objeto de ambas as ações é a declaração de inconstitucionalidade da mesma lei municipal de Feira de Santana, a Lei n. 2.995/2009.

Em resumo, o Parecer do Ministério Público na ADI proposta pela FNHRBS, basicamente, converteu-se em fundamento jurídico para a ADI por ele proposta.

Sem embargo das razões acima expostas, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares já se manifestaram todos os interessados – quais sejam, o Prefeito de Feira de Santana, a Câmara Municipal de Feira de Santana, a Procuradoria Geral do Estado e a Procuradoria Geral de Justiça – sobre o dispositivo legal impugnado, sendo certo que, com a distribuição desta ação originalmente sob minha relatoria, a relação processual, para ser completada, durou mais de 07 (sete) meses (contados da distribuição da ação – fl. 55 – até a devolução dos autos com Parecer do Órgão Ministerial – fl. 259).

Diversamente, na Ação proposta pelo Ministério Público, com identidade total de objeto, sequer houve participação, nos autos, de qualquer interessado, encontrando-se o processo na fase inicial.

Mostra-se irrazoável aguardar a parelha, em termos de relação processual, da Ação Direta proposta pelo Ministério Público, com as informações da Câmara de Vereadores, do Prefeito de Feira de Santana, bem como Parecer da Procuradoria Geral do Estado e da Procuradoria Geral de Justiça, tal como ocorreu com a ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares.

Desse modo, uma vez declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 2.995/2009, do Município de Feira de Santana, fica sem objeto esta Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público, ante a ausência de interesse de agir, uma vez que inútil se afigura a duplicidade de declaração de inconstitucionalidade, pela via direta, da mesma lei, já que retirada do ordenamento jurídico, com repercussão *erga omnes* e efeito *ex tunc*.

De mais a mais, a negativa do pedido de adiamento do julgamento das presentes ADIs, a pretexto de que necessário se faz a colheita de informações na ADI proposta pelo Ministério Público, não acarreta prejuízo para o Município e para a Câmara de Vereadores, na medida em que se está indeferindo liminarmente a petição inicial desta Ação.

Prevalecendo o entendimento da Câmara Municipal de Feira de Santana – adiamento do julgamento até a apresentação das informações e pareceres nas ações potencialmente subsequentes –, jamais será julgada a Ação Direta proposta inicialmente pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, uma vez que poderão ser ajuizadas, em sequência e sucessivamente, impugnando a mesma lei, tantas ações quantos forem os demais legitimados ativos previstos

no art. 134 da Constituição do Estado da Bahia, a exemplo de inúmeros partidos políticos com representação na edilidade feirense, ao fundamento da ocorrência de conexão entre todas elas (ações).

Por esta razão, indefiro o pedido de adiamento do julgamento das Ações, à consideração, também, de que se trata de aparente propósito procrastinatório para o não julgamento da ADI proposta pela FNHRBS, cujo processo se encontra maduro para apreciação do mérito.

CONCLUSÃO

Diante destes fundamentos, julgo procedente o pedido contido na ADI n. 0002497-84.2014.8.05.0000, proposta pela Federação Nacional de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 2.995/2009 do Município de Feira de Santana, com efeitos *ex tunc*, por manifesta violação ao art. 2º, III; art. 3º, II; e art. 164, *caput* e §1º, todos da Constituição do Estado da Bahia, ao tempo em que indefiro, liminarmente, a petição inicial da ADI n. 0015228-15.2014.8.05.0000, proposta pelo Ministério Público, com extinção do processo, sem resolução de mérito, com base no art. 267, I, c/c art. 295, III, ambos do CPC.

TJBA – Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 0319949-05.2012.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª Márcia Borges Faria, julgado em 30.06.2015

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SEGUNDO REQUERENTE RECONHECIDA DE OFÍCIO. PARTIDO POLÍTICO SEM REPRESENTAÇÃO NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA. MÉRITO. ALTERAÇÕES À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE RIACHÃO DAS NEVES E AO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA LEGISLATIVA LOCAL. MESA DIRETORA. COMPOSIÇÃO. VEREADORES MAIS VOTADOS NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS. SIMETRIA COM O REGRAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA AS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL. ELEIÇÃO DOS DIRIGENTES PELOS PARLAMENTARES. DESNECESSIDADE DE SEGUIMENTO OBRIGATÓRIO. NORMA *INTERNA CORPORIS* E DE CARÁTER MERAMENTE REGIMENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I - Não tendo o segundo partido político requerente representação na Assembleia Legislativa do Estado da Bahia à época da propositura da ação, como exige o inciso V do art. 134 da Constituição Estadual, impõe-se o reconhecimento de ofício da sua ilegitimidade ativa *ad causam*. II - Como já decidiu o STF em precedentes sobre a matéria, a norma do § 4º do 57 da Constituição Federal, invocada como paradigma pelos requerentes, não encerra um princípio constitucional, mas, sim, norma de caráter meramente regimental para o Congresso Nacional (norma *interna corporis*), cujo seguimento, portanto, não é obrigatório pelos demais entes federativos (Estados e Municípios) em relação às suas respectivas Casas Legislativas.

III - Assim, não há falar em inconstitucionalidade das alterações legislativas promovidas no âmbito do Município de Riachão das Neves, no que pertine ao modo de composição da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores locais, sobretudo quando se verifica que tais modificações fazem repercutir na escolha dos dirigentes da Casa Legislativa a vontade popular manifestada nas urnas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação direta de inconstitucionalidade nº 0319949-05.2012.8.05.0000, de Salvador, em que figuram, como requerentes, **PDT - Partido Democrático Trabalhista, PTC - Partido Trabalhista Cristão e PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro**, e, como requerida, a **Câmara Municipal de Riachão das Neves**.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua composição plena, à unanimidade, em **reconhecer, de ofício, a ilegitimidade ativa *ad causam* do segundo requerente** e, no mérito, **julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade**, na esteira do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pelo **PDT - Partido Democrático Trabalhista, PTC - Partido Trabalhista Cristão e PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro**, tendo por objeto a Emenda nº 002, de 25 de setembro de 2012, aprovada pela **Câmara Municipal de Riachão das Neves**, que alterou a Lei Orgânica do Município no que diz respeito à forma de constituição da Mesa Diretora daquela Casa Legislativa. Alegam, em síntese que, por efeito da referida emenda, o Regimento Interno da Câmara Municipal também foi modificado, passando a dispor que os cargos diretivos de Presidente, Vice-Presidente, 1º Secretário e 2º Secretário serão ocupados, sucessivamente, pelo primeiro, segundo, terceiro e quarto Vereadores que obtiveram maior votação nominal nas eleições municipais, e não mais escolhidos por votação direta dos pares, o que, no seu entender, configura flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade por suprimir dos Edis o direito de eleger os membros da Mesa Diretora.

Aduzem que a alteração ora impugnada está em flagrante desconformidade com o § 3º do art. 67 da Constituição Estadual e com o § 4º do art. 57 da Constituição Federal, segundo os quais a Assembleia Legislativa e o Congresso Nacional, no primeiro ano da legislatura, reunir-se-ão em sessão preparatória para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, consagrando, assim, o direito ao voto do Parlamentar para a escolha de seus dirigentes, indevidamente suprimido no âmbito da **Câmara Municipal de Riachão das Neves**.

Destacam a legitimidade e o interesse de agir dos partidos políticos para suscitar a inadequação de texto de lei ou ato normativo à ordem constitucional, bem assim a competência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Desenvolvendo seus argumentos nesse sentido, pugnam pela concessão de medida cautelar, para determinar o imediato sobrestamento do ato normativo questionado, com efeito *ex tunc*, ressaltando a presença dos requisitos legais autorizadores, notadamente o *periculum in mora*, “pois é de conhecimento geral que os novos membros do legislativo municipal tomarão posse em 1º de janeiro de 2013, quando, mantida a Emenda cuja inconstitucionalidade se suscita, suprimirá dos novos edis a possibilidade de eleger a Mesa Diretora da Câmara”.

Requerem, por fim, a procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Emenda Modificativa à Lei Orgânica nº 002/2012, eis que frontalmente violadora da Constituição Estadual.

Distribuído o feito, no âmbito deste Tribunal Pleno, na forma regimental, coube-me, por sorteio, o encargo de Relatora.

Através da decisão de fls. 25/28, indeferi a liminar requerida, determinando, no ensejo, a requisição de informações à **Câmara Municipal de Riachão das Neves** acerca da lei impugnada.

Às fls. 37/43, vieram aos autos as informações prestadas pela requerida, defendendo a constitucionalidade da norma questionada, ao argumento de que a forma de composição da Mesa Diretora da Casa Legislativa não configura um princípio constitucional, mas regra de caráter meramente regimental.

Instados a falar sobre as informações prestadas, os requerentes apresentaram a manifestação de fls. 50/51, reiterando as alegações constantes da exordial.

Por conduto do parecer de fls. 73/76, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido, “*por ausência de violação à Constituição do Estado da Bahia*”.

Através do despacho de fls. 78, converti o julgamento do feito em diligência, determinando a intimação da Procuradoria Geral do Estado, para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestar-se acerca do presente pedido de declaração de inconstitucionalidade, na forma do disposto no art. 8º da Lei nº 9.868/99, aplicável subsidiariamente à espécie.

O **Estado da Bahia** apresentou a manifestação de fls. 82/92, sustentando a inconstitucionalidade da norma em comento, ao fundamento de que a legislação municipal deve guardar simetria com as Constituições Federal e Estadual.

Às fls. 97/98 e 109, o *Parquet* e os requerentes tiveram, respectivamente, a oportunidade de se pronunciar sobre a intervenção do ente estatal, tendo a requerida deixado transcorrer in albis o referido prazo, ex vi da certidão de fls. 111.

Examinei os autos, elaborei relatório e determinei a distribuição de cópia para cada um dos integrantes desta Corte, em cumprimento à legislação de regência, ordenando, em seguida, a inclusão do feito em pauta, para julgamento.

É o **relatório**.

VOTO

Cumpre-me, inicialmente, reconhecer, de ofício, a ilegitimidade ativa *ad causam* do segundo requerente, **PTC - Partido Trabalhista Cristão**, por se tratar de partido político que, à época da propositura da ação, não tinha representação na Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, consoante exigido pelo inciso V, do art. 134, da Constituição Estadual:

“Art. 134. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo Estadual ou Municipal em face desta Constituição:

...

V - partido político com representação na Assembleia Legislativa; ...”.

Verificada a legitimidade ativa dos demais requerentes e presentes os requisitos exigidos para o processamento da ação, passo ao exame do mérito.

A norma impugnada por conduto da presente ação direta de inconstitucionalidade alterou a redação do § 5º, do art. 36, da Lei Orgânica do Município de Riachão das Neves, *in verbis*:

“A Câmara Municipal reunir-se-á em sessão legislativa em 1º de janeiro do ano sub-

seguente às eleições, para posse dos seus membros do Prefeito e do Vice-Prefeito, Mesa Diretora e eleições das comissões”.

Por força da sobredita alteração na Lei Orgânica, o Regimento Interno da Câmara Municipal de Riachão das Neves também teve a sua redação modificada, passando a dispor da seguinte forma sobre o modo de composição da respectiva Mesa Diretora:

“Após o ato de Juramento, serão empossados os novos membros da Mesa Diretora que assim será constituída:

I - Será empossado na função de Presidente aquele que obteve a maior votação nominal nas eleições municipais;

II - Será empossada na função de Vice-Presidente aquele que obtiver a segunda maior votação nominal nas eleições municipais;

III - Será empossado na função de 1º Secretário aquele que obteve a terceira maior votação nominal nas eleições municipais;

IV - Será empossado na função de 2º Secretário aquele que obtiver a quarta maior votação nominal nas eleições municipais”.

Segundo os requerentes, as referidas alterações violam princípio basilar da República que atribui aos representantes do Poder Legislativo, em todas as esferas, a prerrogativa de escolher, por voto direto, os integrantes da respectiva Mesa Diretora, na forma do § 4º do art. 57 da Constituição Federal, reproduzida no § 3º do art. 67 da Constituição do Estado da Bahia, que assim dispõem, respectivamente:

“Art. 57. ...

...

§ 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente”;

“Art. 67. ...

...

§ 3º A Assembleia Legislativa, no primeiro ano da legislatura, reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, para posse de seus membros e eleição da Mesa, para um mandato de 02 (dois) anos, permitida a recondução para o mesmo cargo, por uma vez, na eleição imediatamente subsequente”.

A tese da inconstitucionalidade sustentada pelos requerentes não merece prosperar. Com efeito, ao se debruçar sobre a matéria controvertida, o Supremo Tribunal Federal, com a autoridade de quem tem a última palavra sobre o assunto, firmou o seu entendimento no sentido de que a norma do § 4º do 57 da Constituição Federal, invocada como paradigma pelos requerentes, não encerra um princípio constitucional, mas, sim, norma de caráter meramente regimental para o Congresso Nacional (norma *interna corporis*), cujo seguimento, portanto, não é obrigatório pelos demais entes federativos (Estados e Municípios) em relação às suas respectivas Casas Legislativas.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATAQUE À EXPRESSÃO ‘PERMITIDA A REELEIÇÃO’ CONTIDA NO INCISO II DO ARTIGO 99 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, NO TOCANTE AOS MEMBROS DA MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA.

- A questão constitucional que se coloca na presente ação direta foi reexaminada recentemente, em face da atual Constituição, pelo Plenário desta Corte, ao julgar a ADIN 793, da qual foi relator o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO. Nesse julgamento, decidiu-se, unanimemente, citando-se como precedente a Representação nº 1.245, que 'a norma do § 4º do art. 57 da C.F. que, cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido'. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente". (STF, Tribunal Pleno, ADI 792, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 20.04.1997, p. 104)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. § 5º DO DO ARTIGO 58 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 27/2000. FALTA DE RELEVÂNCIA JURÍDICA DA FUNDAMENTAÇÃO DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR.

- Esta Corte, já na vigência da atual Constituição - assim, nas ADINs 792 e 793 e nas ADIMECs 1.528, 2.262 e 2.292, as duas últimas julgadas recentemente -, tem entendido, na esteira da orientação adotada na Representação nº 1.245 com referência ao artigo 30, parágrafo único, letra 'f', da Emenda Constitucional nº 1/69, que o § 4º do artigo 57, que veda a recondução dos membros das Mesas das Casas legislativas federais para os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente, não é princípio constitucional de observância obrigatória pelos Estados-membros.

- Com maior razão, também não é princípio constitucional de observância obrigatória pelos Estados-membros o preceito, contido na primeira parte desse mesmo § 4º do artigo 57 da atual Carta Magna, que só estabelece que cada uma das Casas do Congresso Nacional se reunirá, em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e a eleição das respectivas Mesas, sem nada aludir - e, portanto, sem estabelecer qualquer proibição a respeito - à data dessa eleição para o segundo biênio da legislatura. Pedido de liminar indeferido". (STF, Tribunal Pleno, ADI 2371-MC, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 07.02.2003, p. 21)

"DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. MANDATO DOS MEMBROS DE MESA DA CÂMARA LEGISLATIVA. ART. 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA CUJA REPRODUÇÃO PELOS ESTADOS-MEMBROS NÃO SE MOSTRA OBRIGATÓRIA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO". (STF, AI 654359, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 03.04.2009)

É bem verdade que os julgados acima transcritos tratam da vedação da recondução, da data da posse e da duração dos mandatos dos membros da Mesa Diretora, e não, especificamente, da forma de eleição dos seus integrantes, entretanto os fundamentos que nortearam a posição firmada pelos Ministros do STF têm perfeita aplicação à espécie, pois, em última análise, consagram a autonomia dos Estados e dos Municípios para dispor sobre as regras aplicáveis ao órgão diretivo de suas respectivas Casas Legislativas, privilegiando, assim, a capacidade de auto-organização de cada ente federado, de acordo com as peculiaridades regionais e locais.

Nesse passo, impende observar que as normas internas das Casas do Congresso Nacional, apesar de terem sido constitucionalizadas no plano federal, não se elevam, apenas por tal circunstância, à grandeza de princípios constitucionais, para serem, em consequência, impositivos, sob pena de inconstitucionalidade, à organização e ao funcionamento das Assembleias Legislativas

Estaduais e das Câmaras de Vereadores Municipais, como querem os requerentes, ao invocar, em vão, o chamado princípio da simetria.

Registre-se, a propósito, que o art. 27 da Constituição Federal, referindo-se às regras que os Estados da Federação devem seguir quanto à composição das Assembleias Legislativas, mandatos, remuneração, sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, licenças e impedimentos, nada estabeleceu quanto à eleição das Mesas, conferindo, assim, aos entes federados a prerrogativa de disciplinar a matéria.

Não se pode negar que a Federação brasileira, até mesmo por razões históricas, tem peculiaridades quanto ao elevado nível de centralização relativamente aos limites da capacidade de auto-organização dos Estados-Membros e, por via de consequência, dos Municípios. Todavia, importa reconhecer que a estruturação legislativa dos entes federados deve obediência tão somente aos princípios constitucionais, como os chamados princípios sensíveis da Federação (inciso VII, do art. 34), princípios relativos a direitos e garantias fundamentais, alguns relacionados ao processo legislativo e aos servidores públicos (art. 37), entre outros, mas não a regras sobre a composição das Mesas das Casas Legislativas, uma vez que tais regras, a toda evidência, não são essenciais à estrutura federativa, constituindo, na verdade, como dito antes, normas de natureza puramente regimental.

Em suma, os limites à autonomia dos entes da Federação e à sua capacidade de auto-organização dizem respeito a princípios e não a toda e qualquer norma constitucional federal, sobretudo quando se tem em vista que muitas delas, em razão da extensão e do caráter analítico da Carta Federal, nem mesmo possuem envergadura para fazer parte do Texto Fundamental.

Não há, assim, obrigatoriedade de que os Estados e Municípios copiem cada regra constante da Constituição Federal, reduzindo praticamente a nada a sua autonomia (que, aliás, é consagrada pela própria ordem constitucional) e retirando sentido para a existência das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

Veja-se, nesse sentido, a lição do Professor Michel Temer, in *Elementos de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 10ª edição, p. 87:

"Trata-se de obediência a princípios. Não de obediência a literalidade das normas. A Constituição estadual não é mera cópia dos dispositivos da Constituição Federal. Princípios, como antes ressaltamos, amparados em Celso Antônio Bandeira de Mello, é mais do que norma: é alicerce do sistema, é sua viga mestra ... Tudo a indicar que a competência atribuída aos Estados-Membros para se auto-organizarem não é de molde a obrigar mera reprodução do texto federal. Nisso, aliás, o constituinte mostrou-se atento ao princípio federativo".

Como se vê, a norma do § 4º do art. 57" da Lei Maior, além de não constituir princípio inerente e essencial à Federação e à República - tendo, na verdade, caráter materialmente regimental -, não está entre aquelas que devem ser compulsoriamente observadas pelos entes federados, pelo que não há falar em inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Município de Riachão das Neves no particular relativo ao modo de composição da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores local.

Saliente-se, por derradeiro, que, por força do ato normativo ora questionado, tomaram e tomarão assento na Mesa Diretora da Câmara Municipal os Vereadores mais votados nas últimas eleições, o que, sem dúvida, confere a esses representantes inequívoca legitimidade para o exercício do mister, na medida em que foram alçados a essa condição pela expressão direta da vontade popular e não por meio de escolha indireta, norteadas, muitas vezes, por interesses partidários e pouco republicanos.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade**.

TJBA – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0003947-67.2011.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator Designado: Des. Gesivaldo Britto, julgado em 08.05.2015

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. PREJUDICIAL DE REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DA ADIN. AFASTADA. MÉRITO. LEI MUNICIPAL DE BAIXA GRANDE Nº 12/1998. PROGRESSÃO FUNCIONAL NA CARREIRA DE MAGISTÉRIO PÚBLICO. DISPENSADA A EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROMOÇÃO NA CARREIRA. CONSTITUCIONALIDADE.

Preliminar de inépcia da inicial: analisando a procuração juntada aos autos é possível verificar que, ao contrário do defendido pelo suscitante, o Prefeito Municipal outorgou poderes específicos aos advogados para “promover Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 52 da Lei Municipal nº 12, de 29 de dezembro de 1998, em face da Constituição do Estado da Bahia, perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia”, e, além disso, foi firmada na véspera da protocolização da ação nesta Corte.

Preliminar de falta de interesse de agir: Havendo fundada dúvida sobre a constitucionalidade de Lei Municipal, persiste o interesse de agir dos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Prejudicial: A Lei Municipal nº 126/2010, que aprovou novo Plano de Carreira dos Servidores do Magistério Público do Município, apenas revogou a Lei nº 011/1998, não havendo, pois, notícia de revogação da Lei nº 012/1998, em relação ao qual a presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta.

Mérito: Diversamente daqueles provimentos que geram investiduras em cargos diferentes, a promoção na carreira é constitucionalmente prevista no art. 39, § 2º, uma vez que significa forma de incentivo ao servidor, para galgar degraus na carreira a que pertence.

O art. 52 da Lei Municipal nº 012/1998 é coerente com a Constituição do Estado da Bahia e, mais, com a Constituição Federal de 1988, a qual prevê a necessidade de concurso público apenas para ingresso e investidura originária, nos cargos da classe inicial de professor. ADIN julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0003947-67.2011.8.05.0000**, em que é Requerente o **Prefeito Municipal de Baixa Grande** e **Requerida a Câmara Municipal de Baixa Grande**.

Acordam os Senhores Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em julgar improcedente a ação direta para declarar a constitucionalidade do art. 52 da Lei nº 012/1998, do Município de Baixa Grande, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

O Prefeito de Baixa Grande propõe esta **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, com pedido de liminar de eficácia suspensiva, visando a declaração de inconstitucionalidade do art. 52 da Lei Municipal nº 012/1998, por suposta violação direta dos artigos 14 e 256 da Constituição do Estado da Bahia.

O citado dispositivo prevê a progressão de regime de 20h para 40h semanais para os professores que desempenhem efetivo exercício no cargo, há pelo menos cinco anos.

Às fls. 170, foi determinada a notificação da Câmara Municipal e do Procurador Geral do Estado da Bahia e o Procurador Geral de Justiça.

Em manifestação, fls. 176/181, a Casa Legislativa Municipal suscitou a inépcia da inicial e a impossibilidade jurídica do pedido pela existência de procedimento legislativo próprio para a revogação da norma impugnada. No mérito, defendeu a norma discutida e sua harmonia com as Constituições Estadual e Federal.

O Sindicato dos Servidores Públicos Municipais do Município de Baixa Grande/BA noticiou, por sua vez, que a norma objurgada foi revogada em 2010, antes da propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade (fls. 258/273).

Em decorrência, requereu a Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 297/298 que o Prefeito e a Câmara Municipal fossem notificados para se manifestar acerca da revogação do art. 52 da Lei Municipal nº 12/1998.

Devidamente notificada, a parte autora confirmou que em 2010 foi aprovado o novo Plano de Carreira dos Servidores do Magistério, Lei nº 126/2010, esclarecendo, contudo, que a referida lei revogou expressamente a Lei Municipal 011/1998, não existindo manifestação expressa quanto à revogação do art. 52 da Lei Municipal nº 012/1998. Esclarece, ainda, que, mesmo entendido como revogada a norma objeto da ADIN, o referido artigo 52 continua a propalar seus efeitos até a presente data, em virtude de decisões judiciais da Comarca de Baixa Grande.

Instada a manifestar-se no feito, a douta Procuradoria de Justiça opinou às fls. 320/329 pela intimação do Requerente, na pessoa do seu Procurador, para, querendo, manifestar-se acerca das preliminares suscitadas pela Requerida.

Devidamente intimado, a parte autora apresentou réplica às fls. 335/342.

Instado a pronunciar-se, o Estado da Bahia opinou às fls. 347/350 pela necessidade de se intimar a Câmara de Vereadores do Município de Baixa Grande para anexar a Lei nº 146/10, ou, na hipótese de se entender dispensável essa exigência, opinou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 52, *caput*, da Lei Municipal 012/98, por desconformidade com o disposto na Constituição Estadual, na Constituição Federal e nos princípios que as orientam, ao menos na parte em que determina a mudança automática e compulsória do regime de trabalho, sem condicionar tal mudança ao atendimento do interesse público.

Devolvidos os autos a douta Procuradoria de Justiça, apresentou parecer às fls. 353/363, pugnando que seja determinada a juntada da Lei Municipal nº 146/2010 pelo Autor, sob pena de inépcia da inicial, e, no mérito, opinou pela improcedência da ação, para que seja declarada a constitucionalidade do art. 52 da Lei Municipal nº 12/1998, do Município de Baixa Grande, se confirmada a sua vigência, por ausência de violação à Constituição do Estado da Bahia.

Devidamente intimado, o Autor trouxe aos autos a Lei Municipal nº 146/2010, reiterando às fls. 367, que a Lei nº 126/2010, que instituiu o Plano de Carreira do Magistério, não revogou o dispositivo objeto da lei, art. 52 da Lei Municipal nº 12/98, posto que revogou a Lei nº 11/98, normas jurídicas distintas.

É o relatório.

VOTO

MÉRITO

PRELIMINARES

I - Inépcia da Inicial

De plano, **REJEITO a preliminar de extinção do feito** por ausência de outorga de poderes específicos ao advogado signatário das manifestações da parte autora nos presentes autos, a qual foi suscitada pela Câmara Municipal de Baixa Grande.

Chego a tal conclusão, porquanto analisando a procuração juntada aos autos (fl. 21) é possível verificar claramente que, ao contrário do defendido pelo suscitante, a intenção do Prefeito Municipal (pessoa com legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade) era evidentemente de outorgar poderes aos advogados Itamar Lobo da Silva (OAB-BA n.º 19.698); André Dias Ferraz (OAB-BA n.º 17.903) e Samara Lobo da Silva (OAB-BA n.º 22.712) para ajuizar a presente demanda.

Ademais, consta expressamente no instrumento procuratório, que tinha por objeto a outorga de poderes para “promover Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 52 da Lei Municipal n.º 12, de 29 de dezembro de 1998, em face da Constituição do Estado da Bahia, perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia”, e, além disso, foi firmada na véspera da protocolização da ação nesta Corte.

Com isso, tenho que exigência de detalhamento maior de tal documento representaria excessivo formalismo, ainda mais se relevando o fato de que se trata de pequeno município, o qual certamente tem pequena demanda jurídica em relação à demandas da espécie.

Assim, considerando as circunstâncias do caso concreto, entendo que os advogados signatários da inicial possuem capacidade postulatória, não se havendo falar em extinção da ação.

Rejeito, portanto, a preliminar de inépcia da inicial.

II - Impossibilidade jurídica do pedido

O interesse de agir consiste na concreta necessidade da tutela jurisdicional por haver um conflito de interesses que deve ser solucionado pelo Estado-Juiz.

Assim, havendo havendo fundada dúvida sobre a constitucionalidade de lei municipal, persiste o interesse de agir dos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Pelo que, rejeito, também, a preliminar.

PREJUDICIAL: REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DA ADIN

Inicialmente, urge apreciar a prejudicial de mérito, concernente à suposta revogação da norma impugnada na presente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Baixa Grande.

Conforme se extrai dos autos, especificamente, às fls. 368/392, a Lei Municipal n.º 126/2010, que aprovou novo Plano de Carreira dos Servidores do Magistério Público do Município, apenas revogou a Lei n.º 011/1998, não havendo, pois, notícia de revogação da Lei n.º 012/1998, em relação ao qual a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta.

Daí por que, não há como entender que a norma objurgada não mais produz efeitos no mundo jurídico, sendo perfeitamente cabível a verificação da sua constitucionalidade, conforme passo a apreciar.

No mérito, a improcedência do feito se impõe.

Primeiramente, convém transcrever o art. 52 da Lei do Município de Baixa Grande/BA n.º 012 de 29 de dezembro de 1998, objeto da presente ADIn, vejamos:

Art. 52 – Ficam automaticamente enquadrados no regime de 40 (quarenta) horas semanais, os docentes que estejam no exercício do Magistério com 40 (quarenta) horas semanais há mais de 05 (cinco) anos.

Parágrafo primeiro – A disposição contida no caput do artigo anterior se aplica aos docentes estáveis que exerçam cargo ou função de provimento efetivo.

Por sua vez, em relação ao regravativo maior local, temos que a Carta Estadual reza:

Art. 14 - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada a nomeação para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Estabelece ainda:

Art. 256 - A valorização dos profissionais do ensino será garantida, na forma da lei, pelos planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos.

A antinomia entre a norma municipal e a lei Maior local é apenas aparente, não ensejando qualquer vício de inconstitucionalidade, conforme se passa a demonstrar.

De início, cumpre registrar que não se pode confundir o provimento originário com o provimento derivado em cargo público.

Na lição de José Santos Carvalho Filho constitui provimento originário, *“aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente, seja porque pertencia a quadro funcional regido por estatuto diverso do que rege o cargo agora provido.”* (“Manual de Direito Administrativo”, 11ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pág 504).

Já o provimento derivado é *“aquele em que o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo anterior com outro cargo, sujeito ao mesmo estatuto. Se, por exemplo, o servidor é titular do cargo de Assistente nível A e, por promoção, passa a ocupar o cargo de Assistente nível B, o provimento é derivado.”* (Ob. cit. Pág. 504).

Assim, a promoção prevista na Lei Municipal n.º 012/1998 é mera movimentação na carreira, calcada em critérios puramente objetivos, a saber, o efetivo exercício no cargo há pelos menos 5 (cinco) anos.

Diversamente daqueles provimentos que geram investiduras em cargos diferentes, a promoção na carreira é constitucionalmente prevista no art. 39, § 2º, vez que significa uma forma de incentivo ao servidor, para galgar degraus na carreira a que pertence. Vejamos:

Art. 39. - *Omissis*
(...)

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação

nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

Os cargos públicos previstos em lei distribuem-se, ordinariamente, em classes e carreiras.

As primeiras são, na lição de Hely Lopes Meirelles, “o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos”. Quanto à carreira, “é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que as integram, mediante provimento originário.” (“Direito Administrativo Brasileiro” - 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 393).

É essa específica organização que vai possibilitar a evolução do servidor dentro de sua carreira, consistindo em procedimento totalmente desejável e legal, na Administração Pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Promoção é a forma de provimento pela qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições dentro da carreira a que pertence. Constitui uma forma de ascender na carreira” (“Direito Administrativo” - 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 467).

Portanto, ao contrário do afirmado pela parte Autora, o art. 52 da Lei Municipal nº 012/1998 é coerente com a Constituição do Estado da Bahia e, mais, com a Constituição Federal de 1988, a qual prevê a necessidade de concurso público apenas para ingresso e investidura originária, nos cargos da classe inicial de professor.

Nesse sentido, o irretocável parecer do ilustre representante do *Parquet*, o qual, *data venia*, peço licença para transcrever:

“A progressão automática de regime de 20h docentes para 40h em razão de permanecer o agente, por cinco anos continuados, exercendo atividades de ensino em regime de 40 horas não desatende o plano de carreira, uma vez constar do próprio regime jurídico da carreira, sendo prevista em norma legal.

(...)

o ordenamento jurídico brasileiro valoriza a mobilidade vertical dos cargos públicos e a evolução funcional, sendo intolerante com situações de imobilidade e estagnação funcional. No caso em análise, verifica-se que os professores do Município, todos concursados, receberam do legislador o benefício de ascenderem a regime de 40 horas apenas após 5 anos de efetivo exercício de atividades neste regime, requisito objetivo e razoável, impessoal e legal, que prestigia a mobilidade e impede o arbítrio administrativo. Trata-se de regulação mínima do direito à evolução funcional.

(...)

Com efeito, não se ataca no presente caso norma abusiva, que afasta o concurso público ou prejudica a eficiência administrativa, mas de norma municipal razoável, sintonizada com a Lei Fundamental Estadual e Federal, que impede decessos remuneratórios o alvêdrio do Poder Executivo depois de cinco anos continuados do exercício do magistério em regime de 40 horas. Prestigia-se com a norma atacada a segurança jurídica e o direito de carreira dos servidores do magistério municipal. Não há inconstitucionalidade alguma a afastar”

Não discrepa a jurisprudência:

REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PROFESSOR - PROMOÇÃO - ACESSO - LEI 7.109/77 - AFRONTA AO ART. 37, II DA CF/88 - INEXISTENTE - REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA - PARCE-

LAS PRETÉRITAS - DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS - AUSÊNCIA. 1. Nos termos da Constituição Federal de 1988, não é exigível concurso público para o acesso ou progressão funcional, dentro da carreira de magistério público, em níveis e graus superiores do mesmo cargo em que se deu a investidura originária. 2. O acesso não se trata de investidura derivada, mas de simples progressão horizontal, não ferindo o art. 37, II, da CF/88, visto que um ocupante do cargo de Professor irá ascender para um nível superior da mesma classe e não para um outro cargo, pertencente a uma carreira diferente (ou série de classe como trata a Lei 7.109/77). 3. Em razão da reformulação das carreiras dos Profissionais de Educação Básica do Estado pelas Leis estaduais n. 15.293/2004 e n. 15.649/2005, o direito ao acesso só pode ser adquirido se todas as condições legais tiverem sido implementadas em período anterior à vigência dos mencionados diplomas legais. 4. O direito à promoção por acesso não é automático e necessita da comprovação do atendimento aos requisitos estabelecidos legalmente. 5. Sentença reformada, no reexame necessário. Prejudicado o recurso voluntário.

REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDORA PÚBLICA - MAGISTÉRIO - PROMOÇÃO POR ACESSO - LEI N. 7.109/77 - DESNECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO - REVOGAÇÃO - ILEGALIDADE - REQUISITOS LEGAIS. A “promoção por acesso” dentro da carreira de Magistério, prevista na Lei estadual n. 7.109/77, difere-se do provimento derivado, não infringindo qualquer disposição constitucional, mormente inciso II, do artigo 37. Isto porque, não configura ascensão a carreira diversa daquela para a qual o servidor ingressou no serviço público, não havendo alteração do cargo. A referida progressão funcional não exige a aprovação mediante concurso público, por aplicação sistemática das disposições dos artigos 37, II, e 39, § 2º, ambos da CF/88, demonstrando-se ilegal a suspensão da análise e concessão do referido benefício pela Administração Pública. Restando demonstrado nos autos que a autora preencheu os requisitos necessários à promoção pretendida (Lei 7.109/77), tanto que teve concedido o acesso que, posteriormente, foi revogado, impõe-se a confirmação da sentença que determinou a manutenção da promoção concedida em virtude da mudança de nível. (TJ-MG - AC: 10024101120426001 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 21/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/02/2013)

Portanto, não se trata, propriamente de acesso a cargo diverso ao da admissão originária no serviço público, mas de progressão na carreira do mesmo cargo, para a qual não há a exigência de prévia aprovação em concurso.

Diante do exposto, **julgo improcedente a ação para declarar a constitucionalidade material** do art. 52 da Lei Municipal nº 52, da Lei nº 12/1998, por ausência de violação à Constituição do Estado da Bahia e à Constituição Federal.

TJBA – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005531-02.2006.8.05.0274, Tribunal Pleno, Relator Designado: Desª. Regina Helena Ramos Reis, julgado em 25.09.2015

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE VITÓRIA DA CONQUISTA. LEGISLAÇÃO QUE VIOLA O ARTIGO 5º E O ARTIGO 170, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ISONOMIA E LIVRE CONCORRÊNCIA. PREVISÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA FEIRAS ANEXAS OU

REALIZADAS EM FUNÇÃO DE EVENTOS ESTIMULADOS PELO MUNICÍPIO. TRATAMENTO DIFERENCIADO SEM RAZÃO LÓGICO-CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO VERIFICADA. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE PARTE DO DISPOSITIVO DO §3º DO ARTIGO 1º DA LEI 1.278 DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA DA CONQUISTA.

1 O artigo 5º da Constituição garante a isonomia e o artigo 170, IV garante, como um dos princípios da atividade econômica, a livre concorrência.

2 A legislação impugnada prevê tratamento diferenciado para a realização de feiras “anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo município”, tornando demasiadamente oneroso o regime jurídico imposto às outras feiras, causando um descompasso que viola a livre concorrência.

3 Precedentes. Inconstitucionalidade de dispositivos legais que preveem tratamento privilegiado para a realização de feiras estimuladas por municípios.

4 Reconhecimento da inconstitucionalidade de parte do dispositivo do §3º do artigo 1º da Lei Municipal 1.278 de Vitória da conquista, por violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Arguição de Inconstitucionalidade n. 0005531-02.2006.8.05.0274, em que é recorrente Município de Vitória da Conquista e recorrido Vwj Promoções e Eventos Ltda.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **em** conhecer e julgar procedente a Arguição para reconhecer a inconstitucionalidade do reconhecer a inconstitucionalidade de *parte do §3º do artigo 1º da Lei 1.278/2005 do Município de Vitória da Conquista, por violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência*. nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos do Recurso de Apelação interposto pelo Município de Vitória da Conquista em face de sentença concessiva da ordem proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por VWJ Promoções e Eventos LTDA que, afastando a incidência do dispositivo do artigo 2, §3º da Lei Municipal 1.296/2005, julgou:

“(…) procedente o mandamus para declarar em caráter incidental a inconstitucionalidade da lei municipal 1.296/2005, por ferir os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e confirmar a liminar anteriormente deferida, e determinar que o impetrado expeça o competente alvará de funcionamento requerido pelo impetrante para a realização, nesta cidade, do evento denominado “Fenacouro Feiras de Malhas e Couros” (...)”

Quando do manejo do recurso de Apelação pelo município impetrado, este defendeu a constitucionalidade da legislação municipal ora debatida. Para tanto, assevera que “a fixação deste tipo de tributo está adstrita à preponderância do peculiar interesse local, dentro, portanto, da competência municipal para fixar tributos. E tal fixação não foi arbitrária, não foi desproporcional, não foi exagerada. É óbvio que as feiras itinerantes não se encontram em igual plano aos comerciantes locais”. Em seguida, ressalta que “Não há qualquer quebra do princípio da isonomia no quadro em questão.

Haveria, sim, caso o Município resolvesse cobrar valores diferenciados em diversas feiras que viessem a se instalar no Município. Comparar comércio local com feira itinerante é querer comparar coisas absolutamente diferentes.”

Remetidos os autos ao Colendo Ministério Público, este se manifestou pela instauração de incidente de inconstitucionalidade da Lei 1.296 do Município de Vitória da Conquista, cuja incidência restou afastada pelo juízo *a quo*.

Às fls. 463 e seguintes, a Segunda Câmara deste Colendo Tribunal de Justiça instaurou o incidente de inconstitucionalidade da Lei 1.296 do Município de Vitória da Conquista (especificamente das exigências constantes dos incisos IV, V VIII, X, XI, XII, XIII e XVII do artigo 2º e §2º do artigo 1º), por não serem aplicáveis às feiras *anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo Município*, remetendo-se os autos a este Tribunal Pleno, para sua apreciação.

O Procurador Geral de Justiça, por intermédio do Judicioso parecer de fls. 478 e seguintes, manifestou-se pela procedência do incidente e consequente reconhecimento da inconstitucionalidade “*de parte do §3º do artigo 1º da Lei 1.278/2005 do Município de Vitória da Conquista, por violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência.*”

É o relatório, do qual se remeterão cópias aos Senhores Desembargadores, conforme dispositivo do artigo 228 do Regimento Interno desta Corte.

VOTO

Porque presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente Incidente, instaurado pela Colenda Segunda Câmara Cível, a fim de aferir a compatibilidade vertical entre o disposto na Lei Municipal nº 1.296/2005 do Município de Vitória da Conquista e a Constituição Federal, especialmente quanto ao Princípio da Livre Concorrência, previsto no inciso IV do artigo 170 e, ainda, em face do Princípio da Isonomia, previsto no artigo 5º do texto constitucional.

A referida legislação municipal “*Delimita área e disciplina a ocupação e uso do solo urbano para efeito de instalação e funcionamento das feiras comerciais e eventos temporários no município de Vitória da Conquista, e dá outras providências.*” Nesta ordem de ideias, o diploma em análise traz, logo em seu artigo 1º, o conceito de “*feiras ou eventos comerciais de natureza temporária*”, nos seguintes termos:

“Art. 1º - A realização de feiras e eventos comerciais, de caráter temporário, somente ocorrerá mediante prévia licença do Poder Público Municipal, que será expedida a requerimento do interessado, observado o disposto nesta Lei Complementar e demais normas aplicáveis à matéria.

§”º Consideram-se feiras ou eventos comerciais de natureza temporária, para os efeitos desta lei complementar, as instalações destinadas à comercialização de produtos, bem ou serviços ao consumidor final, de vendas a varejo, em espaço unitário ou dividido em stands individuais, com a participação de um ou mais comerciantes elou empresas, em período previamente determinado, podendo ocorrer em épocas festivas ou não.”

A mesma legislação em comento, posteriormente, em seu artigo 2º, traz uma série de condições para que as unidades comerciais obtenham a licença de funcionamento e localização, não sem antes garantir, no §3º do artigo 1º que:

“O disposto no §1º não se aplica às feiras anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo Município, desde que os produtos, bens ou serviços oferecidos na feira se relacionem diretamente com o ramo da atividade do evento, bem como às feiras de artesanato

organizadas pelas Associações Conquistenses de artesãos e entidades afins devidamente autorizadas pela Prefeitura Municipal.”

A mencionada violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência residem exatamente no fato de a referida legislação exigir uma série de condições para a instalação de feiras e eventos comerciais na municipalidade que não se aplicam para a hipótese de *“feiras anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo município.”*

Trata-se, indubitavelmente, de tratamento diverso a ser dado a situações semelhantes, sem que se guarde uma lógica constitucional para tal discriminação.

A Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, no rol de princípios norteadores da Ordem Econômica, a livre iniciativa que, no inciso IV do artigo 170 do texto constitucional prevê a necessidade de que a legislação infraconstitucional observe a liberdade do exercício da atividade econômica. *Verbis*:

Art. 170: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

(...)

IV - livre concorrência;

A Doutrina assim se manifesta acerca do princípio da livre concorrência:

É um dos alicerces da economia liberal, sendo corolário da livre-iniciativa, isto é, só existirá a livre-concorrência onde o Estado garante a livre-iniciativa. No campo do direito comparado é comumente denominado de princípio da defesa do mercado.

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção ↔ circulação ↔ consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel etc.), garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica.

Cuida-se, assim, da proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia, dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesses de terceiros. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014)

Também a Doutrina Constitucionalista analisa o princípio em comento, da seguinte forma:

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o “princípio econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças. 12 Para uma visão mais ampla do tema direito de propriedade x função social da propriedade, ver, por todos, Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, São Paulo: Saraiva,

2003, p. 187-195. 13 O direito constitucional econômico e sua eficácia, cit, p. 194. 1409 competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo :Saraiva, 2009.)

Assim, o que se observa é que a legislação em análise, no momento em que cria uma série de requisitos para a instalação de feira na cidade de Vitória da Conquista e prevê, expressamente, que tais exigências não se aplicam a *feiras anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo município*, interfere diretamente na livre concorrência, porquanto tais exigências, discriminadas no artigo 3º da mencionada legislação, cria uma série de custos adicionais aos empreendedores que não se enquadrem na exceção legal, tornando, pois, desleal a concorrência, dada a discrepância no custo de semelhante serviço a ser prestado na referida municipalidade.

Demais disso, o argumento de incentivo ao comércio local não justifica o tratamento discrepante em análise, seja em razão da demasiada diferença no tratamento, seja ante a subjetividade da expressão “eventos estimulados pelo município”, que dá margem ao enquadramento de uma série de situações à hipótese legal excepcional e, ainda, por não consistir fator legítimo de tratamento discriminante, uma vez que as partes se encontram em situação semelhante, e com disciplina legal completamente dissonante.

A este respeito, precisos os termos do judicioso parecer da lavra do Eminentíssimo Procurador Geral de Justiça que, ao se manifestar pela incompatibilidade da mencionada norma com os princípios da isonomia e da livre concorrência, assim fez constar:

“(...) a lei municipal contraditada estabelece regras mais favoráveis aos eventos temporários estimulados pelo Município de Vitória da Conquista. Bem assim, temos que o fator de discriminação adotado pelo legislado foi ser o evento estimulado pela municipalidade, enquanto que a desigualdade legalmente estabelecida consiste na outorga de uma benesse aos referidos eventos que contam com o apoio local. Ainda nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, entre o fator distintivo eleito e a discriminação legalmente fixada, deve haver uma conexão lógica, uma adequação racional. (...) Isto posto, evidencia-se que a norma objurgada viola o princípio da isonomia, em razão de inexistir qualquer vínculo racional entre o fator distintivo eleito – ser o evento temporário apoiado pelo Município – e a diversificação de regime que se lhe faz corresponder – a concessão para estes de benefícios para a concessão de alvará de funcionamento. Em assim sendo, evidencia-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.296/05, eis que ofende frontalmente o postulado da isonomia e ainda o princípio da livre iniciativa (art. 170, IV, da CF), ao estabelecer regras distintas e desproporcionais entre eventos com apoio local e eventos externos.”

De mais a mais, cumpre ressaltar que a jurisprudência pátria, em diversas hipóteses, seja por ocasião de realização de controle concentrado (em Tribunais de Justiça de outros Estados), seja por intermédio da aplicação do controle difuso concentrado, afastando a legislação entendida por inconstitucional a cada caso concreto, tem se manifestado pela incompatibilidade vertical em face da constituição de normas municipais que preveem tratamento diferenciado para eventos realizados no âmbito dos municípios, sem que haja uma justificativa lógico-constitucional para tanto. Vejamos os seguintes precedentes:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 38/2006. TAXA PARA CONCESSÃO DE ALVARÁ. FEIRAS TEMPORÁRIAS E ITINERANTES. Regulação que fere os princípios da igualdade e do livre exercício do comércio. Taxa

para expedição de alvará diferenciada em valor exorbitante que afronta ao princípio da razoabilidade. PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE. POR MAIORIA. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70046568382, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 15/04/2013) (TJ-RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 15/04/2013, Tribunal Pleno)

SUSCITANTE: 4ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ INTERESSADOS: MUNICÍPIO DE GUARAPUAVA E MEGASTAR PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA - ME RELATORA: DES. REGINA AFONSO PORTES RELATOR CONV: DES. CUNHA RIBAS INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI COMPLEMENTAR N. 8/2004 DO MUNICÍPIO DE GUARAPUAVA QUE DISPÕE SOBRE A REALIZAÇÃO DE FEIRAS EVENTUAIS DE VENDAS DE PRODUTOS NO MUNICÍPIO. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO E NOTAS FISCAIS DA MERCADORIA A SER COMERCIALIZADA E IMPOSIÇÃO DO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO QUE NÃO SE MOSTRAM DESARRAZOADAS OU INCONSTITUCIONAIS. (ARTS. 1º, XI E 4º). DISPOSITIVO (ART. 10) QUE, CONTUDO, AFASTA A APLICAÇÃO DA LEI EM RELAÇÃO AOS EVENTOS PROMOVIDOS OU APOIADOS PELO MUNICÍPIO. PROTEÇÃO ABUSIVA AO COMÉRCIO Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 487363-2/01 LOCAL DE CONCORRÊNCIA EXTERNA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IMPESSOALIDADE, ISONOMIA, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA QUE RESTAM MALFERIDOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO INCIDENTE POR OFENSA AOS ARTS. 5º, CAPUT E INCISO XIII E 170, CAPUT E INCISO IV, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Conquanto tenha a Carta Magna delegado aos Municípios competência para legislar sobre questões atinentes ao interesse local como v. g. o horário de funcionamento do comércio, não pode a legislação Municipal confrontar-se com normas e princípios constitucionais que asseguram a liberdade de comércio e a livre concorrência, com vistas à proteção abusiva do comércio local, mormente quando viola a cláusula de isonomia.** Inconstitucionalidade declarada do art. 10 da Lei Complementar 8/2004 do Município de Guarapuava. (TJ-PR - Incidente Decl Inconstitucionalidade: 487363201 PR 0487363-2/01, Relator: Cunha Ribas, Data de Julgamento: 19/03/2010, Órgão Especial, Data de Publicação: DJ: 378)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI Município de São José dos Campos Lei Municipal nº 273/03 Limitação da realização das feiras a uma vez ao ano e limitação abstrata ao tempo de duração das feiras para comercialização de bens no Município Afronta aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência Inteligência do art. 170, IV CF Taxas de licença, fiscalização e funcionamento em valor diferenciado para empresas com sede no Município em relação a empresas de outras cidades Afronta ao princípio da igualdade tributária Inteligência do art. 150, II CF Incidente acolhido, inconstitucionalidade decretada. (TJ-SP, Relator: Samuel Júnior, Data de Julgamento: 02/04/2014, Órgão Especial)

Por todas as razões expostas, a todas as luzes, verifica-se que o dispositivo legal que empresta tratamento diferenciado às feiras *anexas ou realizadas em função de eventos estimulados pelo Município*, sem qualquer justificativa lógico-constitucional que subsidie o tratamento privilegiado, na esteira do pronunciamento ministerial, o voto é no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade

de parte do §3º do artigo 1º da Lei 1.278/2005 do Município de Vitória da Conquista, por violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência.

TJBA – Conflito de competência n.º 0110675-32.2011.8.05.0001, Tribunal Pleno, Relator(a): 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia – Desª Vera Lúcia Freire de Carvalho, julgado em 24.04.2015

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL. DIVERGÊNCIA QUANTO À INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE DISTRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA REGIMENTAL. INCIDÊNCIA DO ART. 160, §6º DO RITJ/BA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 83, §§ 1º E 2º DO RITJ/BA. PARTICIPAÇÃO DE JUÍZES CONVOCADOS NOS JULGAMENTOS DOS FEITOS DESCRITOS NO ART. 83, §1º DO RITJ/BA.

1. A questão objeto do Conflito de Competência refere-se a divergência de interpretação de normas sobre distribuição e competência regimental, razão porque a análise da matéria ultrapassa os limites do processo, devendo ser resolvida pelo Tribunal Pleno como pressuposto à resolução do incidente competencial.
2. O direito objetivo não deve ser visto pelo intérprete como um conjunto de preceitos caóticos; ao contrário, diz-se caótica a interpretação que não objetivava harmonizar as regras jurídicas de modo a conferir-lhes sentido compatível com o todo.
3. O parágrafo primeiro do art. 83 não menciona o incidente de inconstitucionalidade (alínea *r* do inciso XI), objeto do presente conflito de competência. Contudo, o referido feito assemelha-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade no que tange à natureza da análise que é realizada (constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Estadual), razão pela qual o procedimento previsto para esta deve ser aplicado analogicamente aos incidentes de inconstitucionalidade.
4. A análise das alterações realizadas no art. 83 do RITJ/BA, em conjunto com a exposição de motivos e justificativas das Emendas Regimentais nº 06/2009 e 02/2011, permite concluir a exigência de quórum de dois terços dos membros do Tribunal para a instalação da sessão plenária em se tratando das matérias dispostas no §1º do art. 83, dentre as quais se encontra a Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência do Tribunal Estadual. Ademais, para a declaração da (in)constitucionalidade faz-se necessário o voto da maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal Pleno. Por fim, o §2º do art. 83 autoriza expressamente que Juízes Convocados funcionem na condição de relatores dos feitos descritos no inciso XI do art. 83, observados os referidos quóruns de instalação e julgamento.
5. A exigência quanto ao quórum de julgamento por membros efetivos do Tribunal, para as matérias enunciadas no §1º do art. 83, em nada obsta a participação de Juízes Convocados nos respectivos debates - seja proferindo voto ou funcionando na condição de relatores - mas tão somente elucida que,

para efeito de proclamação do resultado final, faz-se imprescindível o voto da maioria absoluta dos membros efetivos para que se resguarde o entendimento do Tribunal Pleno, composto pelos membros que efetivamente o integram, ou seja, que não o compõem de forma precária, como ocorre nos casos de convocação de magistrados.

6. Conflito de Competência que se julga procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Conflito de Competência nº 0110675-32.2011.8.05.0001**, em que é **Suscitante** a Desembargadora Márcia Borges Faria e **Suscitado** o Juiz Convocado Manuel Carneiro Bahia de Araújo, enquanto substituto do Desembargador Mário Alberto Simões Hirs.

Acordam os Desembargadores do **Tribunal Pleno**, por **unanimidade**, em **JULGAR PROCEDENTE** o Conflito Suscitado, e assim o fazem nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de **Conflito Negativo de Competência** suscitado pela Des. Márcia Borges Faria, figurando como Suscitado o Magistrado Manuel Carneiro Bahia de Araújo (enquanto substituto do Des. Mario Alberto Simões Hirs) e tendo por objeto a análise da competência para julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0110675-32.2011.8.05.0001 por membro não efetivo do Tribunal.

Aduz a Suscitante que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, por intermédio do art. 83, XI, *r* e §2º *c/c* art. 228, autoriza que Juízes de Direito Convocados à substituição de Desembargadores funcionem na condição de relatores dos incidentes de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Intimado a se manifestar, alegou o Suscitado que determinou a redistribuição dos autos com lastro no art. 83, XI, *r*, do RITJ/BA, entendendo que apenas membros efetivos do Tribunal podem relatar os referidos incidentes.

Foram então os autos encaminhados à Procuradoria de Justiça, que exarou o Parecer nº 0215/2014 (fls. 466/475), opinando pelo reconhecimento de que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia “*autoriza, expressamente, a participação de juízes de direito convocados nos julgamentos relativos ao controle de constitucionalidade*”. Na linha da fundamentação empreendida pelo *Parquet*, a relatoria do incidente competiria à Juíza Convocada Marta Moreira, que substituíra, à época da suscitação do incidente, a relatora originária do processo, Des. Telma Laura Silva Britto na Terceira Câmara Cível.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, importa ressaltar que a análise da matéria objeto deste Conflito de Competência ultrapassa os limites inerentes ao próprio incidente. Com efeito, a questão suscitada pela Des. Márcia Borges Faria refere-se a divergência de interpretação de normas sobre distribuição e competência regimental que, consoante disposto no art. 160, § 6º do Regimento Interno do

Tribunal de Justiça da Bahia¹⁰, somente pode ser resolvida pelo Tribunal Pleno. Assim, além da solução a ser dada no presente conflito, é necessário aprofundar a temática que o circunscreve, a fim de que este órgão plenário assente o entendimento quanto ao art. 83 e seus parágrafos, tratados na decisão proferida pela Suscitante e no parecer exarado pelo Ministério Público.

Infer-se dos autos que o presente incidente de inconstitucionalidade foi admitido por acórdão exarado pela Terceira Câmara Cível, lavrado pela então relatora, Des. Telma Laura Silva Britto. Por ocasião do afastamento da eminente Desembargadora deste Tribunal de Justiça, convocou-se a Juíza de Direito Marta Moreira, a quem coube o acervo da vaga então ocupada, inclusive o presente processo.

Verifica-se que, contudo, tendo recebido os autos, a eminente Juíza determinou a redistribuição do feito (fl. 436), sustentando que a norma regimental insculpida no art. 83, XI, *r*, do RITJ/BA confere apenas a membros efetivos do Tribunal o poder de relatar incidentes de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.

Redistribuído o feito pelo SECOMGE, coube à Des. Rosita Falcão de Almeida Maia a relatoria do incidente, conforme termo de distribuição acostado à fl. 439. Ocorre que a eminente Desembargadora declarou-se suspeita para atuar no processo (fl. 440), razão pela qual, mais uma vez, os autos foram redistribuídos, recaindo sobre o magistrado Manuel Carneiro Bahia de Araújo, Juiz Convocado na vaga do Des. Mario Alberto Simões Hirs, a respectiva relatoria (termo de distribuição de fl. 442).

Na linha do quanto sustentado pela Juíza Marta Moreira, o eminente magistrado proferiu despacho determinando fosse renovada a distribuição do incidente, por também considerar que o Regimento Interno deste Tribunal restringe aos membros efetivos que o integram a relatoria de incidentes que tais (fl. 443).

Renovada, mais uma vez, a distribuição do incidente, coube à Des. Márcia Borges Faria a relatoria do feito (termo de distribuição de fl. 446). Por sua vez, a eminente Desembargadora suscitou conflito negativo de competência, ao argumento de que, ao contrário do quanto defendido pelos então Juízes Convocados Marta Moreira e Manuel Carneiro Bahia de Araújo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia autoriza expressamente que membros não efetivos julguem incidentes de inconstitucionalidade, podendo funcionar, inclusive, como relatores.

Compreendido o curso processual ensejador do presente conflito de competência, bem como a relevância da matéria debatida em face da sua repercussão em abstrato, cumpre analisar os dispositivos regimentais que tratam da competência para julgamento do incidente que integra os autos, qual seja incidente de inconstitucionalidade.

Dispõe o art. 83, inciso XI, alínea *r* do RITJ/BA:

Art. 83 - Ao Tribunal Pleno, constituído por todos os membros efetivos do Tribunal de Justiça, compete privativamente:

(...)

XI - processar e julgar os feitos a seguir enumerados:

(...)

r) os incidentes de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público;

Da análise preliminar do dispositivo supracitado, infer-se que a norma regimental caracteriza o Tribunal Pleno como órgão composto por todos os membros efetivos do Tribunal de

¹⁰ **Art.160, § 6º** - As divergências de interpretação, entre juízes ou Órgãos do Tribunal, sobre as normas de distribuição e competência regimental serão resolvidas pelo Tribunal Pleno, sob a forma de dúvida, cujo julgamento passa a ser vinculante.

Justiça da Bahia e, em sequência, atribui-lhe competências privativas. Por conseguinte, a leitura isolada do *caput* do art. 83 induz à conclusão de que apenas membros efetivos do Tribunal de Justiça poderiam participar do julgamento dos feitos descritos como de competência privativa, arrolados logo em seguida.

Depreende-se ainda que, dentre as competências privativas do Tribunal Pleno - constituído por todos os membros efetivos do Tribunal de Justiça da Bahia – se insere o **processamento e julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público**.

O caso dos autos se ajusta perfeitamente à descrição contida no art. 83, XI, *r*, do RITJ/BA. Isso porque se está diante de Apelação Cível interposta por Central de Alimentos e Serviços de Alimentos LTDA. em face da sentença de fls. 290/296, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0110675-32.2011.8.05.0001, impetrado em face do Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Interposto o mencionado apelo, foram os autos distribuídos por sorteio à relatoria da Des. Telma Laura Silva Britto, no âmbito da Terceira Câmara Cível. Considerando que o objeto do recurso manejado envolve a alegação de inconstitucionalidade do art. 12-A, inserido na Lei Estadual nº 7014/1996 pela Lei Estadual nº 8967/2003, foi admitida a instauração do incidente de inconstitucionalidade, conforme se infere do acórdão e voto constantes das fls. 409/412.

Determinada a remessa dos autos para processamento do incidente no Tribunal Pleno, conforme competência analisada linhas acima, verificou-se o posterior afastamento da Corte da relatora originária, culminando com a convocação, nos termos do art. 39 do RITJ/BA, da Juíza de Direito Marta Moreira Santana, a quem competiu o acervo da Desembargadora temporariamente afastada, consoante adiantado linhas acima.

Assim, instaurou-se a controvérsia cingida à possibilidade de que Juízes Convocados, tal como a magistrada Marta Moreira Santana que estava à frente do presente caso antes das sucessivas redistribuições, participem do julgamento de incidentes que tais, haja vista a redação conferida ao *caput* do art. 83, que caracteriza o Tribunal Pleno como sendo o órgão composto pela totalidade dos membros efetivos do Tribunal de Justiça da Bahia.

A fim de dirimir a referida controvérsia, imperiosa se faz a observação dos demais dispositivos constantes do art. 83 do RITJ/BA, associada a ensinamentos atinentes ao processo sistemático de interpretação das normas jurídicas, aqui consistentes nos artigos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

É cediço que o ordenamento jurídico deve ser encarado pelo intérprete como um todo unitário, um sistema integrado de normas que possuem interdependência e harmonia entre si. Acerca do processo sistemático, ensina Carlos Maximiliano, doutrinador de renome na temática da interpretação das normas jurídicas:

“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.”

(...)

*“Não raro, à primeira vista duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente (subtili animo), descobrimos o nexu cultu que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas”.*¹¹

Nesta linha, o direito objetivo não deve ser visto pelo intérprete como um conjunto de preceitos caóticos; ao contrário, diz-se caótica a interpretação que não objetiva harmonizar as regras jurídicas de modo a conferir-lhes sentido compatível com o todo. Isso porque a análise apressada

11 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

do art. 83, §1º do RITJ/BA pode, de forma equivocada, conduzir o intérprete à conclusão de que Juízes convocados à substituição de Desembargadores não estariam autorizados a participar dos julgamentos dos feitos descritos na supracitada norma. Contudo, mister se faz conciliar a regra insculpida no citado parágrafo com aquela expressamente prevista no parágrafo seguinte do mesmo dispositivo, conforme adiante será detalhado.

Transpondo os ensinamentos ora postos ao caso sob exame, impende observar a necessidade de interpretação sistemática dos dispositivos regimentais que versam sobre o julgamento dos **Incidentes de Inconstitucionalidade** e, também, sobre as **Ações Diretas de Inconstitucionalidade** de competência desta Corte de Justiça, considerando a similitude da natureza da matéria debatida em ambos.

Inicialmente, importa destacar que dentre os feitos descritos no parágrafo primeiro do art. 83 sequer há menção ao incidente de inconstitucionalidade (alínea r do inciso XI), objeto do presente conflito de competência. Contudo, levando-se em consideração que o referido feito assemelha-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade no que tange à natureza da análise que é realizada (constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Estadual), deve-se pensar em aplicação analógica do procedimento desta aos incidentes de inconstitucionalidade.

Efetivamente, a observância de procedimentos distintos para o julgamento de Ações Diretas e Incidentes de Inconstitucionalidade acarretaria afronta à harmonia que deve imperar no diploma regimental, na medida em que se admitiria tratamento diverso para feitos que, ao fim e ao cabo, objetivam a produção das mesmas consequências jurídicas, atinentes ao reconhecimento de eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante a Constituição Estadual. Seja decorrente de ação própria, seja advinda de incidente processual prejudicial ao julgamento do objeto principal do processo, ambos os procedimentos resultarão, em última análise, na apreciação, pelo Tribunal Pleno, da adequação constitucional da lei ou ato normativo do poder público, razão pela qual inexistente fundamento para a adoção de tratamento jurídico diferenciado.

Pois bem. Os parágrafos 1º e 2º do art. 83 do RITJ/BA estão assim redigidos, destacando-se as partes a seguir realçadas:

§ 1º É indispensável, observado o inciso III do artigo 67 deste Regimento, a **presença** de, no mínimo, dois terços dos membros para o funcionamento do Tribunal Pleno, **sendo que, para o julgamento dos feitos constantes dos incisos IX, X, alíneas “a” e “b”, XI, alíneas “i”, “j” e “s”, XV, alíneas “a”, e “b”, o quórum mínimo será composto pela maioria absoluta dos membros efetivos.** (ALTERADO CONFORME EMENDAS REGIMENTAIS Nº 06/2009, PUBLICADA EM 18/12/2009, E Nº 02/2011, PUBLICADA EM 26/09/2011).

§ 2º Para o julgamento dos feitos constantes no inciso XI, **poderão funcionar como relator os juízes convocados na forma do art. 39 deste Regimento Interno, observado o disposto no parágrafo anterior.** (INCLUÍDO CONFORME EMENDA REGIMENTAL Nº 02/2011, PUBLICADA EM 26/09/2011).

Excetuando a regra geral insculpida no art. 67 do RITJ/BA, o parágrafo primeiro do art. 83 exige que estejam presentes, no mínimo, dois terços dos membros do Tribunal de Justiça da Bahia para que o órgão plenário funcione em determinadas situações. Em seguida, estabelece quórum diferenciado, concernente na maioria absoluta dos membros efetivos, para o julgamento dos feitos constantes dos incisos IX, X, alíneas “a” e “b”, XI, alíneas “i”, “j” e “s”, XV, alíneas “a”, e “b” do RITJ/BA.

Verifica-se que o texto do dispositivo objetiva estabelecer o número de Desembargadores que devem estar presentes para que seja instalada a sessão do órgão plenário e, por outro lado,

explicita que o julgamento dos feitos taxativamente ali enunciados somente será realizado pela manifestação da maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal Pleno.

No rol de processos enumerados pelo parágrafo 1º do art. 83 encontra-se mencionada a alínea “j” do inciso XI do mesmo artigo 83, ou seja, os quóruns previstos neste parágrafo aplicam-se expressamente ao caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência do Tribunal de Justiça. Registre-se, ademais, que a redação dos dispositivos ora referidos está em perfeita consonância com o art. 67, II, do RITJ/BA, o qual dispõe:

Art. 67 - O Tribunal funcionará:

I - com a presença de dois terços de membros efetivos para:

- a) eleição de lista tripla de Advogados e representantes do Ministério Público para as vagas do quinto a eles destinadas;
- b) eleição de Desembargadores, Juizes e Advogados para compor o Tribunal Regional Eleitoral;
- c) organização de Comissões;
- d) remoção, transferência e disponibilidade de Desembargadores e Juizes;
- e) instalação de Comarcas;
- f) julgamento de processo disciplinar contra Magistrados;
- g) julgamento de mandado de segurança e recurso administrativo contra decisões administrativas proferidas pelo Tribunal Pleno e pelo Conselho da Magistratura;
- h) eleição de Presidente, Vice-Presidentes e Corregedores;
- i) instauração de processo disciplinar contra Magistrado.

II - com igual número de membros, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, em votação que represente maioria absoluta do Tribunal Pleno.

III - com o comparecimento de mais da metade dos seus membros, para os julgamentos comuns.

A exigência de quórum qualificado para o julgamento das matérias dispostas no §1º do art. 83 pode ser melhor elucidada por intermédio da análise da exposição de motivos que ensejou a alteração do dispositivo, àquela época ainda único parágrafo do art. 83 do RITJ/BA. De fato, visando fundamentar a necessidade de alteração da redação antes constante da mencionada norma, no que tange à composição do quórum de julgamento dos feitos enumerados no art. 83, assim colocou-se a justificativa:

“A presente proposta visa substituir a redação atual, no tocante à possibilidade de participação dos Desembargadores substitutos na composição do *quorum* de julgamento dos feitos mencionados no dispositivo transcrito.

Adotada a sugestão, o parágrafo único, do art. 83, passará a vigorar com a seguinte redação:

Parágrafo único: É indispensável, observado o inciso III, do artigo 67, deste Regimento, a presença de, no mínimo, dois terços dos membros para o funcionamento do Tribunal Pleno, sendo que, para o julgamento dos feitos constantes dos incs. IX, X, alíneas “a” e “b”, XI, alíneas “i”, “j” e “s”, XV, alíneas “a”, e “b”, **o quorum mínimo será composto pela maioria absoluta dos membros efetivos.**

O posicionamento do Tribunal Pleno é justamente no sentido de vedar a participação dos Desembargadores substitutos na composição do *quorum* das decisões colegiadas, no que concerne às matérias indicadas no Regimento Interno, posicionamento este, aliás, que encontra respaldo nas recentes determinações do Conselho Nacional de Justiça”.

Proposta pelo eminente Des. Eserval Rocha, a alteração mencionada deu origem à Emenda Regimental nº 06/2009, aprovada em sessão plenária e publicada no Diário em 18/12/2009. Conforme se depreende da justificativa acima colacionada, buscou-se restringir aos membros efetivos do Tribunal de Justiça da Bahia a composição do quórum necessário ao julgamento dos feitos constantes dos incs. IX, X, alíneas “a” e “b”, XI, alíneas “i”, “j” e “s”, XV, alíneas “a”, e “b”.

Importa registrar, de logo, que a exigência quanto ao quórum de julgamento por membros efetivos do Tribunal, para as matérias enunciadas no parágrafo 1º do art. 83, em nada obsta a participação de Juizes Convocados nos respectivos debates, mas tão somente elucida que, para efeito de proclamação do resultado final, faz-se imprescindível o voto da maioria absoluta dos membros efetivos.

Frise-se, pois, que a Emenda Regimental nº 06/2009 não vedou a participação dos Juizes convocados nos julgamentos dos feitos especificados no dispositivo; ao contrário, previu que a composição do quórum para julgamento dos mencionados feitos deve pautar-se no número de membros efetivos presentes na sessão, excluindo-se os não efetivos no que tange à contagem dos votos para a proclamação do resultado que, no caso em comento, refere-se a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Ou seja, a partir da vigência desta alteração regimental, apenas os Desembargadores passaram a ser considerados para efeito de composição do quórum de julgamento desta e de outras matérias particularmente descritas, o que seguramente não significa vedação à participação dos membros não efetivos nas deliberações, inclusive para efeito de suscitação de questões relevantes ao deslinde do feito.

Ato contínuo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça prevê expressamente, no parágrafo segundo do art. 83, **valendo-se de redação clara e direta**, que os Juizes de Direito convocados na forma do art. 39 do regimento interno poderão funcionar como relatores dos feitos constantes do inciso XI do art. 83, ressalvado o disposto no parágrafo anterior. Verifica-se, desta forma, que efetivamente inexistiu óbice à participação de Juizes convocados em julgamento de todos os feitos, sem distinção, elencados no inciso XI; ao contrário, a norma regimental autoriza expressamente que tais magistrados funcionem como relatores e, por consectário lógico, participem das respectivas deliberações, desde que observada a ressalva registrada no parágrafo anterior, concernente à observância do quórum da maioria absoluta dos membros efetivos para que se dê o julgamento dos mencionados processos.

Assim, impende-se verificar que a última parte do parágrafo segundo, ao prever que a participação dos juizes convocados deve observar “o disposto no parágrafo anterior”, não contraria a possibilidade de participação dos magistrados de primeiro grau nos julgamentos, já que a maioria absoluta dos membros efetivos, prevista no parágrafo primeiro do art. 83, diz respeito a quórum de julgamento, razão porque tal disposição complementa a regra insculpida no parágrafo precedente, evidenciando a finalidade da norma concernente em preservar o entendimento do órgão plenário em sua composição efetiva e demonstrando a perfeita harmonia do regimento neste particular.

Por conseguinte, os Juizes convocados podem participar das sessões de julgamento dos feitos elencados no inciso XI do art. 83, seja proferindo voto, seja relatando processos, desde que tanto para a instalação da sessão quanto para a proclamação do resultado, tenham sido observados os quóruns de membros efetivos, estabelecidos no mesmo dispositivo para ambas as situações, em consonância com a previsão também constante do art. 67, II, do RITJ/BA.

A fim de sedimentar as conclusões ora trazidas, importa colacionar a justificativa que fundamentou a inserção do parágrafo segundo no art. 83 do RITJ/BA (Processo Administrativo nº

41340/2011), redigida pela eminente Des. Sílvia Carneiro Santos Zarif, à época no exercício da presidência da Comissão de Reforma Judiciária, Administrativa e Regimento Interno deste Tribunal:

JUSTIFICATIVA

Trata-se de Proposta de Emenda ao Regimento Interno que acrescenta novo parágrafo ao art. 83, com a seguinte redação:

§2º Para o julgamento dos feitos constantes no inciso XI, poderão funcionar como relator os juízes convocados na forma do art. 39, deste Regimento Interno, observado o disposto no parágrafo anterior.

Como se observa, a Proposta tem por escopo permitir que os juízes convocados para o desempenho de funções judicantes no Tribunal de Justiça, na condição de desembargadores substitutos, exerçam as atribuições de relator no processamento de feitos de competência do Órgão Pleno.

Sabe-se que na atual sistemática deste Tribunal de Justiça os juízes convocados participam das sessões judicantes do Órgão Pleno, podendo, inclusive, proferir voto. Não podem exercer, entretanto, a relatoria.

A restrição não se justifica, considerando que, uma vez convocados, nos termos regimentais, os magistrados são investidos nos poderes jurisdicionais de desembargador efetivo. Trata-se, aliás, de uma conclusão lógica: se os juízes convocados têm o poder de decidir, por meio de voto, não há obstáculos que os impeça, também, de relatar.

Frise-se, inclusive, que, atualmente, há possibilidade de o juiz convocado abrir divergência quanto a orientação adotada pelo desembargador relator, podendo vir a ser designado relator para o acórdão.

Encerrada a convocação, como se sabe, os processos retornam ao Desembargador substituído; sendo assim, não se justifica a paralisação do processamento do feito ante o afastamento do membro efetivo.

Neste ponto, vale ressaltar que a competência constitucional do Tribunal de Justiça não restará comprometida, haja vista que a atuação de um membro convocado como relator não retira o caráter colegiado da decisão.

Observe-se, ainda nesse sentido, que a nova regra não suprime a exigência inserida no atual parágrafo único do art. 83 do RITJBA, concernente ao quorum mínimo de integrantes efetivos nas sessões, cuja inobservância enseja a decretação de nulidade das decisões.

Faz-se oportuno registrar, por derradeiro, que a atuação será restrita às hipóteses do inciso XI do dispositivo aludido, não ocorrendo nos casos de infrações penais comuns praticadas por autoridades dos três Poderes (inciso X); da mesma forma, a sistemática atual não será alterada no que tange ao desempenho de atribuições de caráter administrativo do Tribunal Pleno, inclusive no que diz respeito aos processos administrativos disciplinares, relatados exclusivamente por desembargadores efetivos.

Dessa forma, a Proposta obedece às balizas impostas pela Constituição Federal e pela legislação de regência, notadamente a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), bem como aos ditames da Resolução nº 72, do Conselho Nacional de Justiça, ao tempo em que contribui para a redução da sobrecarga de trabalho nos gabinetes de desembargador.

Salvador, 23 de agosto de 2011.

Desembargadora Sílvia Carneiro Santos Zarif

Presidente da Comissão de Reforma Judiciária, Administrativa e Regimento Interno.

A justificativa acima transcrita, que consiste na exposição de motivos referente à inserção do parágrafo segundo ao art. 83 do RITJ/BA, é bastante elucidativa no que tange à temática

discutida nestes autos. Ora, foi expressamente consignado que “a nova regra não suprime a exigência inserida no atual parágrafo único do art. 83 do RITJBA, concernente ao quorum mínimo de integrantes efetivos nas sessões, cuja inobservância enseja a decretação de nulidade das decisões”. Ou seja, a previsão regimental concernente à possibilidade de que Juízes convocados relatem os feitos descritos no inciso XI do art. 83 não contraria o disposto no parágrafo primeiro daquele artigo, que prevê número mínimo de membros efetivos do Tribunal para que se inicie o julgamento dos mencionados feitos e para que estes sejam julgados.

Não há dúvida, pois, na linha da fundamentação trazida e em consonância com as justificativas que fundamentaram as alterações regimentais colacionadas, que o parágrafo segundo autoriza expressamente que magistrados convocados relatem os feitos descritos no inciso XI daquele artigo, contanto que seja observado o número mínimo de membros efetivos para a instalação da sessão plenária de julgamento, devidamente previsto no parágrafo primeiro da norma regimental.

Por fim, cumpre enaltecer que estão igualmente descritos no inciso XI do art. 83 a Ação Direta de Inconstitucionalidade e o Incidente de Inconstitucionalidade (alíneas “j” e “r”, respectivamente), daí por que mister se faz aplicar a presente interpretação a ambos os feitos. Conforme fundamentado linhas acima, nada há que justifique a adoção de procedimentos distintos para o trâmite da ação direta e do incidente de inconstitucionalidade.

Ademais, não se olvide que a celeuma quanto à aplicação do parágrafo segundo no presente caso não se justifica se for considerado o fato de que todos os outros feitos descritos no inciso XI são regularmente relatados por Juízes convocados, no âmbito do Tribunal Pleno, sem que a condição de convocação gere qualquer óbice à participação no julgamento. Por esta razão, não seria razoável considerar que apenas e tão somente o Incidente de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, igualmente contidas no inciso XI do art. 83, sejam exceções.

Diante das razões acima postas, vislumbra-se que as sucessivas distribuições verificadas no presente caso não possuíam razão de existir, na medida em que a própria Juíza Marta Moreira, na condição de convocada em substituição à Des. Telma Laura Silva Britto, estava expressamente autorizada pelos parágrafos primeiro e segundo do art. 83 a relatar o incidente de inconstitucionalidade instaurado após acórdão da Terceira Câmara Cível, sendo imprescindível, apenas, que a sessão de julgamento do mencionado incidente contasse com a presença da maioria absoluta dos membros efetivos do órgão plenário para sua instalação, em aplicação analógica do procedimento previsto para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Por conseguinte, imperioso reconhecer que deveria o incidente ter sido processado, à época, sob direção da Juíza convocada Marta Moreira. Contudo, a despeito das razões acima expostas, verifica-se o retorno da Des. Tema Laura Silva Britto a esta Corte de Justiça, razão pela qual, encontrando-se a Desembargadora em exercício pleno de suas funções, a esta deve retornar o feito para regular processamento, em face da cessação da convocação da magistrada que a substituíra.

Diante das razões supra expendidas, conclui-se que o art. 83, parágrafo 1º do RITJ/BA prevê que os feitos ali descritos somente poderão ser julgados após verificada a presença de dois terços dos membros efetivos do Tribunal de Justiça (quorum de instalação da sessão), sendo que para os feitos constantes dos incisos IX, X, alíneas “a” e “b”, XI, alíneas “i”, “j” e “s”, XV, alíneas “a”, e “b”, prevê-se a necessidade de que a maioria absoluta, no mínimo, dos membros efetivos do Tribunal Pleno votem para que haja o respectivo julgamento (quorum de votação). Ademais, o §2º do art. 83 do RITJ/BA dispõe expressamente que os Juízes Convocados na forma do art. 39 do Regimento podem funcionar na condição de relatores dos feitos enumerados no inciso XI do mesmo dispositivo, dentre os quais estão incluídas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e os Incidentes de Inconstitucionalidade (alíneas j e r, respectivamente).

Ainda, inexistente óbice à participação de Juízes Convocados em julgamento de todos os feitos descritos no inciso XI do art. 83 do RITJ/BA, inclusive proferindo voto ou na condição de

relatores, desde que sejam observadas as regras dispostas no parágrafo primeiro do art. 83, acima elucidadas, a fim de que se prestigie o entendimento do colegiado – compreendido como órgão plenário composto pelos membros que efetivamente o integram, ou seja, que não o compõem de forma precária, como ocorre nos casos de convocação.

No caso dos autos, finda a convocação da Juíza Marta Moreira, em face do retorno da Desa. Telma Laura Silva Britto a esta Corte de Justiça, deve o processo seguir à relatora originária.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, o Tribunal Pleno, à unanimidade, julga procedente o conflito para:

1 - Reconhecer a competência da Desa. Telma Laura Silva Britto na condição de relatora do Incidente de Inconstitucionalidade, em face da cessação da convocação da Juíza Marta Moreira;

2 - Resolver a divergência de interpretação do art. 83 e seus parágrafos, na linha da competência instituída no §5º do art. 160 do RITJ/BA, para reconhecer a possibilidade de que Juízes Convocados, na forma do art. 39 do RITJ/BA, participem do julgamento dos feitos descritos no art. 83, §1º do RITJ/BA, inclusive proferindo votos e na condição de relatores, conforme previsão do §2º do art. 83 do RITJ/BA, observado, para tanto, o quórum de dois terços dos membros efetivos para a instalação da respectiva sessão e, ainda, a maioria absoluta dos membros efetivos para os referidos julgamentos.

TJBA – Procedimento Ordinário n.º 0007630-10.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des^a. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 29.01.2015

AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE GREVE. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. ENCERRAMENTO DO MOVIMENTO ANTES DA CITAÇÃO. ACOLHIMENTO EM PARTE. SUBSISTÊNCIA DE INTERESSE NA DECLARAÇÃO DE SUA ILEGALIDADE. MÉRITO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ART. 330, I, CPC. AGENTES PENITENCIÁRIOS. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS QUE NÃO INTEGRAM ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA (ART. 144, CF/88). DIREITO CONSTITUCIONAL DE GREVE. ART. 37, VII, DA CF/88. RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E ATENÇÃO AOS REQUISITOS DA LEI Nº. 7.783/89. CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.

1. O encerramento do movimento paredista antes da citação na ação declaratória de ilegalidade de greve acarreta a perda de objeto no tocante à obrigação de não fazer (não deflagrar ou suspender, se já iniciada, a paralisação), mas não afeta a pretensão meramente declaratória. Cabível, pois, a extinção parcial da demanda sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC), prosseguindo-se o feito na parte restante. Preliminar acolhida em parte.

2. Considerando que as questões submetidas pelas partes são eminentemente de direito, inexistindo controvérsia relevante sobre a matéria fática, afigura-se desnecessária a dilação probatória, sendo suficiente a prova documental já acostada aos autos, pelo que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC) é medida que se impõe.

3. Da interpretação dos arts. 9º, 37, VII, 142, § 3º, IV, e 144, todos da CF/88, verifica-se que cabe aos Poderes do Estado, especialmente ao Poder Judiciário, conferir máxima efetividade ao direito social fundamental de greve pelos agentes penitenciários, haja vista que não são militares e não integram o rol taxativo dos órgãos de segurança pública.

4. Destarte, inexistindo obstáculos constitucionais, não há falar em ilegalidade ou abuso do direito de greve, porque exercido com razoabilidade e proporcionalidade, dentro dos limites da Lei nº 7.783/89, assegurando-se a continuidade dos serviços essenciais.

Preliminar de perda de objeto acolhida em parte. Pedido de declaração de ilegalidade de greve julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação declaratória de ilegalidade de greve nº. 0007630-10.2014.8.05.0000, tendo como autor o Estado da Bahia e réu o Sindicato dos Servidores Penitenciários do Estado da Bahia – SINSPEB.

Acordam os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **EXTINGUIR PARTE DA DEMANDA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO E, NO RESTANTE, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO**, e o fazem de acordo com o voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de ilegalidade de greve, com pedido liminar, ajuizada pelo Estado da Bahia em desfavor do Sindicato dos Servidores Penitenciários da Bahia - SINSPEB, voltada a impedir ou sustar, se já iniciado, o movimento paredista marcado para o dia 15 de maio de 2014, declarando-se a sua ilegalidade.

Em breve síntese, o ente público sustentou a competência originária do Tribunal de Justiça para o processamento da demanda, tendo em vista a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no MI nº. 708. Em seguida, aduziu que a paralisação promovida pelos agentes penitenciários traria graves prejuízos à segurança pública, sendo vedada pela Constituição Federal, como decidiu o Pretório Excelso na Reclamação nº. 6.568.

Distribuída a demanda no Plantão Judiciário de 2º Grau, decidiu o DD. Desembargador José Edivaldo Rocha Rotondano pela concessão parcial do pedido liminar, no sentido de determinar, ao Sindicato réu, a manutenção em serviço do quantitativo mínimo de 80% dos agentes penitenciários, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00. Contra esta decisão, foi interposto o agravo regimental de fls. 39/46.

Em sua contestação, às fls. 71/79, o demandado suscitou preliminar de perda de objeto, levando em consideração o encerramento da greve em 11/06/2014, antes mesmo do cumprimento do mandado de citação. No mérito, argumentou que o direito de greve dos servidores públicos possui respaldo constitucional e que o movimento paredista observou todos os requisitos inseridos na Lei nº. 7.783/89, como a frustração das negociações e o encaminhamento de aviso de greve com antecedência de 72h, garantindo-se a continuidade dos serviços pelo efetivo mínimo de 30% dos agentes. No mais, ressaltou que os agentes penitenciários não integram qualquer dos órgãos de segurança inseridos no rol taxativo do art. 144, da CF/88, e que o encerramento da greve foi precedido de intensa negociação.

Ouvido sobre a preliminar, o Estado da Bahia sustentou a existência de interesse na declaração de ilegalidade da greve, a despeito de seu encerramento (fls. 117/118).

Às fls. 123/134, a Procuradoria de Justiça opinou pela perda parcial do objeto da ação e, na parte remanescente, pela improcedência do pedido, porquanto legítimo o movimento grevista.

Lançado o relatório, submeto-o a revisão.

VOTO

Defiro o benefício da gratuidade pleiteado pelo Sindicato réu, considerando tratar-se de entidade sem fins lucrativos.

Inicialmente, esclareço que o Tribunal de Justiça possui competência originária para processar e julgar a ação declaratória de ilegalidade de greve, por se tratar de movimento de âmbito estadual, aplicando-se analogicamente o art. 6º da Lei nº. 7.701/88, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de injunção nº. 708.

Também por aplicação do dispositivo, juntamente com o art. 94, I, do RITJBA, o órgão fracionário competente é a Seção Cível de Direito Público.

Isto posto, em atenção ao art. 329 do CPC, cumpre-me enfrentar a preliminar de perda de objeto.

De acordo com o Sindicato réu, não há mais interesse no prosseguimento da demanda, tendo em vista o encerramento do movimento grevista em 11/06/2014, antes mesmo do cumprimento do mandado de citação.

Intimado a manifestar-se, o Estado da Bahia pugnou pela rejeição da preliminar, na medida em que a ação versa não apenas sobre a condenação em obrigação de não fazer (não deflagrar ou fazer cessar, se já iniciada, a greve), como também sobre a declaração de ilegalidade do movimento (fls. 117/118).

De fato, assiste razão ao Estado autor, porque o fim do movimento paredista não retira o interesse jurídico na declaração de sua ilegalidade, mormente em razão de eventuais reflexos na esfera disciplinar e da possibilidade de novas paralisações.

A hipótese, todavia, não é de rejeição da preliminar, mas sim de acolhimento parcial, para extinguir sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, a parte da demanda concernente à obrigação de não fazer, prosseguindo-se o feito na parte restante, de viés meramente declaratório.

Superada a questão, sabe-se que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de julgamento antecipado da lide quando as questões de mérito submetidas à apreciação do juiz forem unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de dilação probatória:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Trata-se não de uma faculdade, mas sim de um dever conferido ao juiz, em obséquio ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), sendo oportuno frisar que o juízo sobre a imprescindibilidade dos meios de prova requeridos pelas partes incumbe exclusivamente ao próprio magistrado, que, afinal, é o seu único destinatário.

Neste sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. REVOLVIMENTO

FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO.(...). 2. O julgamento antecipado da lide é possível quando o Magistrado, destinatário final da prova, em sintonia com o sistema de persuasão racional, considera desnecessária a produção de outras provas, não configurando, neste caso, cerceamento de defesa. Precedentes.” (STJ. Sexta Turma. AgRg no Recurso Especial nº 1.185.079 – AM. Min. Conv. Haroldo Rodrigues. j.: 23/08/2011)

Portanto, considerando que as questões submetidas pelas partes são eminentemente de direito, inexistindo controvérsia relevante sobre a matéria fática, afigura-se desnecessária a dilação probatória, sendo suficiente a prova documental já acostada aos autos, pelo que o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I, do CPC, é medida que se impõe, estando presentes as condições da ação e pressupostos processuais.

Passando à análise do mérito, sabe-se que o direito de greve foi alçado à condição de direito social fundamental pela Constituição Federal de 1988, como se verifica da leitura do art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Cuida-se, em verdade, de um direito instrumental, destinado à efetivação dos demais direitos sociais assegurados pela Constituição Federal, cuja importância decorre da histórica vulnerabilidade dos trabalhadores e da ausência de meios eficazes de persuasão sobre os empregadores.

Fazendo jus à alcinha de Constituição Cidadã, a Carta Magna também assegurou o direito de greve aos servidores públicos, a ser exercido nos limites definidos em lei específica, consoante o 37, VII:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Chamado a pronunciar-se sobre a omissão legislativa a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento dos mandados de injunção nº. 670/ES, 708/DF e 712/PA, pela aplicabilidade da chamada “Lei de Greve” (Lei nº 7.783/89) aos servidores públicos, até a edição da lei específica mencionada no inciso VII do art. 37 da CF/88, fato que corrobora a importância dessa garantia fundamental no Estado Democrático de Direito.

Por oportuno, segue transcrita a ementa do acórdão que julgou o MI nº. 712/PA:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBRE-

VENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque 'serviços ou atividades essenciais' e 'necessidades inadiáveis da coletividade' não se superpõem a 'serviços públicos'; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Ad-

ministração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil." (STF. MI 712/PA. Rel. Min. EROS GRAU. Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007)

Encontram-se destituídos desse direito, tão somente, os servidores públicos militares, conforme vedação expressa inserida no art. 142, § 3º, IV, da CF/88, e, por analogia, os servidores integrantes dos órgãos de segurança pública, elencados no rol do art. 144, da CF/88, *litteris*:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº. 6.568, ao posicionar-se pela impossibilidade de greve no âmbito das polícias civis:

"RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA

DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprindo omissões do Poder Legislativo. 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]. 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente.” (STF. Rel. Min. EROS GRAU. Tribunal Pleno. Julgamento: 21/05/2009)

Não restam dúvidas, portanto, de que cabe aos Poderes do Estado, especialmente ao Poder Judiciário, conferir máxima efetividade ao direito social de greve pelos agentes penitenciários, haja vista que não são militares e não integram os órgãos de segurança pública previstos no rol do art. 144, da CF/88, o qual, aliás, é um rol taxativo, não comportando ampliações, como já decidiu o Pretório Excelso na ADI 2827/RS.

Logo, o movimento paredista dos agentes penitenciários será considerado legal, desde que exercido com razoabilidade e proporcionalidade, dentro dos limites da Lei nº 7.783/89.

Fixadas estas premissas, emerge dos autos que os membros do Sindicato dos Servidores Penitenciários da Bahia – SINSPEB, ora demandado, decidiram exercer o direito de greve, em

assembleia realizada no dia 10/05/2014, porque frustradas as tentativas de negociação iniciadas em 22/01/2014 junto à Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP, como revela a ata de fls. 20/24:

“Deu início a assembleia geral tendo como pauta exclusiva a avaliação da resposta fornecida pelo governo à pauta total de reivindicação apresentada pelos seus representantes à Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP, haja vista terem se iniciado negociações com a SEAP dia 22 de janeiro de 2014. (...). A categoria dos servidores penitenciários considera um total desrespeito que a SEAP, além de não atender qualquer que seja das reivindicações não tenha se dignado sequer a dar uma resposta por escrito e formal, nem mesmo com negativas, ou estipulado prazos para o atendimento às reivindicações. Durante os anos de 2012, 2013 e 2014 inúmeros ofícios foram encaminhados à SEAP na tentativa de que os anseios da categoria fossem atendidos conforme citação em ofício de nº 44/2014 encaminhado à SEAP no dia 12 de fevereiro de 2014, em nenhum momento a SEAP se manifestou no sentido de solucionar as questões.” (fls. 20 e 22)

Dentre os trinta itens da pauta de reivindicações, foram selecionadas apenas algumas exigências “inegociáveis” para o fim da greve:

“(...) realização imediata de concurso público e que um representante do sindicato fizesse parte da comissão que irá executá-lo; porte funcional de arma imediato para que os agentes possam realizar escoltas e custódias, pagamento imediato do adicional de insalubridade a todos os servidores inclusive com o pagamento do valor retroativo à contratação do servidor, ou ao cerceamento do mesmo por qualquer motivo; pagamento em dinheiro das horas excedentes ou implantação da nova escala de trabalho de 24 X 96; conclusão dos trabalhos para criação da lei orgânica, inserção de um técnico da SAEB na comissão (...); aprovação da aposentadoria especial para os servidores penitenciários conforme fazem jus; compra de equipamento adequado para o fim da revista vexatória; pagamento de auxílio alimentação, visto que os demais servidores Estaduais percebem o benefício.” (fl. 23)

Em 12/05/2014, 72h antes do momento escolhido para o início da greve, o Sindicato demandado notificou a SEAP, comunicando-lhe sobre a decisão tomada em assembleia e seus motivos, com a ressalva expressa de que permaneceria aberto a propostas de negociação, e de que seria assegurada a continuidade dos serviços e atividades essenciais, por 30% dos servidores de cada unidade:

“O Sindicato estará disponível para QUALQUER proposta por parte da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização e/ou Governo do Estado da Bahia, que venha atender aos anseios mínimos da categoria, conforme ata em anexo. Vale ressaltar que os serviços e as atividades consideradas essenciais serão mantidas por 30% do total dos servidores em cada unidade. O Sindicato estará disponível para discutir os ajustes necessários, bem como escala de trabalho e postos de serviços dos servidores que irão compor os 30%. Diante do exposto, o SINSPEB espera e aguarda a manifestação da Secretaria de Administração Penitenciária.” (fl. 19)

O movimento, no entanto, não obteve o êxito esperado. No mesmo dia de sua deflagração, 15/05/2014, o DD. Des. Plantonista José Edivaldo Rocha Rotondano, deferiu em parte o pedido liminar formulado pelo Estado da Bahia nos autos da presente ação declaratória (fls. 33/35), para

determinar ao Sindicato réu o aumento do percentual de servidores em atividade, de 30% para 80%.

Cumprida a decisão liminar, o movimento perdeu força, encerrando-se em 11/06/2014.

Do relato acima, evidencia-se que não há falar em ilegalidade ou abuso do direito de greve.

Como se verifica, o movimento paredista, de índole pacífica, foi deflagrado em assembleia geral convocada para este fim, após diversas tentativas infrutíferas de negociação junto à SEAP, restando clara a indisposição do Poder Público em fazer qualquer tipo de concessão. Em seguida, notificou-se a autoridade competente, com 72h de antecedência, gizando-se que paralisação não afetaria a continuidade dos serviços essenciais.

Outrossim, o Sindicato réu mostrou-se aberto ao diálogo mesmo durante a paralisação, buscando a todo tempo uma solução consensual, e acatou prontamente a decisão liminar de aumento do número de servidores em atividade.

Ademais, é oportuno acrescentar que os itens “inegociáveis” da pauta de reivindicações da categoria revelavam-se bastante razoáveis, em face das notórias dificuldades e riscos enfrentados pelos agentes penitenciários no desempenho de suas funções.

Houve, portanto, inequívoca observância aos ditames da Lei nº. 7.783/89, que dispõe:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Art. 13 Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Lado outro, cumpre observar que o Estado da Bahia não instruiu a demanda com elemen-

tos que revelassem o descabimento das reivindicações do movimento, ou mesmo a impossibilidade de atendê-las, como também não teve a menor preocupação em demonstrar esforços no intuito de negociar junto à categoria.

Com efeito, toda a sua argumentação pautou-se na suposta vedação constitucional à paralisação dos agentes penitenciários e nos possíveis riscos à segurança pública, o que, como visto, não encontra o devido respaldo no texto da Carta Magna ou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de servidores públicos civis, não integrantes dos órgãos de segurança pública previstos no rol taxativo do art. 144, da CF/88.

Esta Relatora não desconhece que diversos movimentos paredistas similares, deflagrados por agentes penitenciários em outros estados da Federação, foram declarados ilegais pelos respectivos Tribunais de Justiça. Não obstante, afigura-se inviável, à luz das circunstâncias fáticas, suprimir o direito social fundamental de greve destes servidores sob o argumento de preservação da segurança pública, sobretudo porque a própria Carta Magna não conferiu tal atribuição à categoria.

Saliente-se que o Sindicato demandado assegurou a continuidade dos serviços essenciais, garantindo a presença em serviço de 30% dos agentes em cada unidade, e que o Estado da Bahia possui à sua disposição forças de segurança pública capazes de suprir com eficiência, ainda que em caráter excepcional, a ausência dos grevistas, de modo a evitar eventuais danos à coletividade no período de duração do movimento.

Ex positis, voto no sentido de acolher em parte a preliminar de perda de objeto, para **extinguir sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, a parte da demanda relativa à obrigação de não fazer** (impedir a deflagração ou fazer cessar, se já iniciado, o movimento paredista), e julgar **IMPROCEDENTE** o pedido de declaração de ilegalidade de greve, restando prejudicado o agravo regimental de fls. 39/46.

Por conseguinte, fica o Estado da Bahia condenado a arcar com os honorários de sucumbência, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, com fulcro nos parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC - especialmente o zelo e o trabalho exigido dos patronos do réu -, mas não nas custas processuais, por força da isenção legal.

TJBA – Apelação Cível n.º 0001412-22.2011.8.05.0274, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 10.09.2013

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 PAR-

TICULAR, 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.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0001412-22.2011.805.0274**, de Vitória da Conquista, sendo Apelante **UESB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA** e Apelada **TAIS SOARES MARCONDES**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO**, nos termos do relatório e voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível contra a sentença (fls.109/115) que concedeu a segurança pleiteada no bojo do Mandado de Segurança, impetrado por **TAIS SOARES MARCONDES** em face de ato abusivo atribuído ao **REITOR DA UESB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA**, para determinar que a autoridade impetrada proceda à matrícula da Impetrante no curso de Direito da UESB, sob pena de multa diária de R\$ 500,000 (quinhentos reais).

A Apelada impetrou o presente *writ* contra ato do **REITOR DA UESB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA**, que indeferiu sua matrícula no curso de Bacharelado em Direito, para o qual fora aprovada no vestibular, dentro do regime especial de provimento, sob a alegação de que a Impetrante não preenchia todas as exigências editalícias.

Inconformada com a decisão *a quo*, a UESB interpôs apelação (fls.118/122), requerendo a reforma total do julgado. Alega que a Impetrante não possui direito líquido e certo de ser matriculada no curso de Direito, pois a legislação que regula o sistema de cotas no âmbito da Apelante, Autarquia Estadual vinculada à Secretaria Estadual de Educação, é taxativa quanto aos requisitos para a sua aplicação e a Demandante não cumpriu integralmente com os mesmos.

Afirma que, entre as exigências, o candidato deve comprovar *“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”*.

Aduz que o conceito de escola pública e escola privada encontram-se claramente delineados na lei de regência da educação no Brasil, de forma a não comportar compreensões que envolvam equiparações, confundindo uma com a outra, bem como não admitindo interpretações extensivas. No caso em exame, a Apelada, por ter realizado parte do estudo em instituição particular de ensino, não pode se beneficiar do sistema de cotas, sob pena de restarem violados os princípios da isonomia, impessoalidade, legalidade e da moralidade da Administração Pública. Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do apelo.

A Apelada ofereceu contrarrazões às fls.126/133, requerendo o improvimento do apelo.

Parecer Ministerial às fls.139/143, opinando pelo provimento do recurso, com a consequente denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

A partir da análise apurada dos autos e conforme os próprios fundamentos expostos na irretocável decisão de 1º grau, verifica-se que ela deve ser mantida integralmente. A irresignação do recorrente não merece prosperar. Em suas alegações, não há argumento capaz de modificar a decisão hostilizada.

É certo que tanto a Resolução CONSEPE nº 37/2008, como o Edital nº 099/2010, regulador do vestibular prestado pela Impetrante, exigiram que o candidato interessado em concorrer às vagas dos cursos oferecidos pelo sistema de cotas deveriam comprovar *“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”*.

Compulsando os documentos colacionados ao processo, observa-se que a Impetrante cursou no período de 1998 a 2004 os estudos em instituições da rede pública de ensino (fls.18) e, somente no ano de 2005, frequentou a 8ª série do ensino fundamental no Centro de Educação Shekiná, instituição conveniada com a Secretaria Estadual de Educação de Goiás (fls.15), visto que se mudou da Bahia para São Luís de Montes Belos, interior de Goiás, e, nesta localidade, não havia instituições públicas suficientes para atender à população que delas necessitavam. Dessa forma, o Estado de Goiás resolveu celebrar convênios com algumas instituições de educação para que as mesmas cedessem a estrutura física a fim de que funcionassem escolas sob a administração da Secretaria Estadual de Educação.

Neste contexto, em que pese a exigência legal de que a concorrência ao vestibular pelo sistema de cotas atingisse apenas aqueles candidatos que cursaram os ensinos médio e fundamental em escolas públicas, não se mostra razoável o cancelamento da matrícula da Impetrante junto à UESB, visto que a mesma logrou aprovação nas provas seletivas dessa universidade para o curso de Direito, bem como frequentou apenas um ano em escola particular conveniada com o Poder Público.

Nesta situação examinada, portanto, há uma peculiaridade que torna desproporcional o ato da Universidade que indeferiu a matrícula: o fato de a autora ter cursado apenas um ano em escola particular, situação que não a coloca em condição de vantagem em relação aos demais candidatos. Nesse sentido, inclusive, a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. REGIME DE COTAS. Se faz necessária uma análise diferenciada, muito embora o critério para concorrência no vestibular ter cursado todo o ensino em escola pública. O edital, ao prescrever a regra de que o acesso às cotas somente é permitido a quem sempre estudou em escola pública, deixou de considerar a situação particular de pessoas pobres que estudaram um ou dois anos em escola particular com bolsa de estudos integral, voltando depois a estudar em escola pública. Critério editalício objetivo e genérico que não se mostra razoável. Precedente desta Corte.

(TRF4, AG 0010930-79.2010.404.0000, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 18/08/2010)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS PARA ALUNOS NEGROS ORIUNDOS DE ESCOLA PÚBLICA. ENSINO MÉDIO ESCOLA PARTICULAR COM BOLSA DE ESTUDO. 1. Ainda que a frequência à escola privada mediante bolsa integral desqualifique candidato ao concurso vestibular pelas chamadas “cotas sociais”, o caso concreto recomenda a realização da matrícula, uma vez que a impetrante apenas estudou o primeiro ano de alfabetização em escola particular, na condição de bolsista integral. 2. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF4, APELREEX 2009.70.00.003485-4, Terceira Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 11/11/2009)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA. SISTEMA DE COTAS. REQUISITOS DO REGIMENTO INTERNO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. NECESSIDADE DE CURSAR O ENSINO MÉDIO INTEGRALMENTE EM ESCOLA PÚBLICA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Nos termos do Regimento Interno da universidade Federal Rural da Amazônia, aos estudantes inscritos como cotistas no vestibular, será efetivada matrícula, desde que tenham cursado o ensino médio integralmente em escola da rede pública.

2. A impetrante, à exceção do 3º ano, cursou o ensino médio em escola pública, com conclusão no ano de 1996 - período anterior à implantação do sistema de cotas na instituição de ensino -, o que afasta a intenção de burlá-lo.

3. Atendidos os demais requisitos legais, deve-se assegurar à estudante, no caso específico, direito à matrícula, sobretudo se considerado o objetivo do sistema de cotas, que é facilitar o acesso à educação a alunos hipossuficientes.

4. Apelação e remessa oficial que se nega provimento. (AMS 2005.39.00.002578-2/PA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 23/11/2007, p.92).

Assim, não obstante seja atribuída à universidade autonomia didática para regulamentar a matéria, há que se ter em conta o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, no caso dos autos.

Como já consignado anteriormente, a circunstância da Impetrante ter cursado apenas a 8ª série do ensino fundamental em escolar privada, per si, não possui o condão de afastar sua desvantagem em relação aos alunos egressos de escolas particulares, pois ela cursou o restante de sua formação escolar em escola pública, situação que de forma alguma pode ser considerada ‘privilegiada’ no enfrentamento do concurso vestibular em relação aos que concluem seus estudos integralmente em instituições de ensino público.

Some-se a isso o fato de que a instituição de ensino frequentada pela Demandante, a despeito de não se enquadrar efetivamente no conceito de escola pública, tinha cunho filantrópico, mantida pela Igreja Comunidade Cristã Vida – Ministério Ouvir e Crer com convênio celebrado com a Secretaria de Educação de Goiás, visando a beneficiar alunos necessitados.

Logo, a escola frequentada pela Impetrante não pode ser tida, a rigor, como escola que proporcione ensino privilegiado ou mais qualificado que o ministrado na escola pública, não sendo crível que tenha angariado situação de igualdade com os demais estudantes provenientes de escolas particulares. Outrossim, a frequência à escola de cunho filantrópico por tão curto período (1 ano) certamente não seria suficiente para afastar a paridade com os alunos egressos exclusivamente da escola pública, em especial no que tange ao enfrentamento do vestibular.

Tal singularidade não serve, por conseguinte, para elidir a sabida disparidade qualitativa existente entre o ensino público e o privado, o que permite concluir que se encontra em situação

certamente equivalente aos demais concorrentes às vagas oriundas do sistema de cotas para escolas públicas, dada a especificidade de seu caso.

Destaco, nesse íterim, que, se é certo que a impetrante não se enquadra nos estritos termos do previsto no edital regulador do vestibular da UESB, é certo também que a situação fática narrada nestes autos está teleologicamente em consonância com a finalidade que motivou a instituição do sistema de cotas na UESB, qual seja, erradicar as desigualdades sociais e étnico-raciais.

Ademais, como se observa, da data da sentença que concedeu a segurança (15.09.2011) até a data de hoje, quase dois anos se passaram. É de se atentar, ainda, que o apelo foi recebido somente no seu efeito devolutivo (fls.124), continuando, assim, a Impetrante a assistir às aulas do Curso de Direito normalmente, tudo sob a proteção da sentença de primeiro grau, que julgou a ação procedente.

Conforme se constata da documentação trazida aos autos, a Recorrida já deve estar na metade do Curso de Direito, pelo que se verifica a ocorrência de fato consumado.

Não podem os jurisdicionados sofrer prejuízos com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, em face da morosidade dos trâmites processuais. De fato, em se reformando a sentença concessiva, neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos cidadãos, *in casu*, um acadêmico que foi matriculado sob a proteção do Poder Judiciário e que está na metade do seu curso. Pior, estaria perdendo 02 (dois) anos de sua vida frequentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, visto que cassada tal frequência. Ademais, deve-se ressaltar que a manutenção do *decisum* recorrido não resulta em qualquer prejuízo a terceiros ou mesmo ao Poder Público.

Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não dever ele ficar adstrito aos fatos técnicos dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão. É o caso *sub examem*. É evidente a existência da teoria do fato consumado, aplicável à situação em apreço, teoria esta que só deve ser afastada em matéria relativa a concursos públicos. Trago à colação voto de juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferida nos Embargos Infringentes AC nº 89.04.06812-6, RS, que se assemelha à hipótese em discussão:

“No nosso ordenamento jurídico, as controvérsias devem ser dirimidas por processo judicial. A respectiva tramitação exige tempo para que sejam seguidos os procedimentos próprios. A regra é a de que essa duração não interfira no julgamento do litígio. Nesse sentido, toda sentença tem natureza declaratória de um direito que preexiste à ação. Por isso Chiovenda disse que ela “deve reportar-se ao estado de fato existente ao tempo da demanda” (Instituições de Direito Processual Civil, Edição Saraiva, São Paulo, 1965, Vol. I, p. 163). O ambiente ideal para a apuração da norma aplicável à espécie é aquele em que nem a realidade exterior influencie o processo e em que nem este possa afetá-la. A vida, no entanto, é dinâmica. Daí por que, às vezes, as relações nela entretidas se projetam no processo produzindo efeitos que “vêm de fora”. Outras vezes, exigem que, antes da sentença definitiva, uma decisão seja proferida “dentro do processo” para surtir efeitos fora dele. Quando, em meio a seu curso, o processo atua sobre o mundo exterior, ou quando este faz por alterá-lo de algum modo, a solução não pode ser aquela prevista para a hipótese ideal. O Código de Processo Civil estabelece, no primeiro caso, que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença” (art. 462). No segundo caso, a lei não cogita de ordenação própria, porque uma decisão tomada incidentalmente no processo só pode servir, por definição, ao resguardo da sentença de mérito, sendo

por natureza neutra quanto ao correspondente desfecho.

O direito se vale da lógica mas não se esgota nela, e todo profissional que milita na atividade forense sabe que as normas jurídicas são incapazes de abarcar a multiplicidade dos fenômenos que estão vocacionadas a disciplinar. É de sua contingência que sofrem as limitações de pertencer a um sistema. O sistema implica um corte no mundo, reduzindo todas as possibilidades a um número limitado. No sistema jurídico essa restrição tem o acréscimo de ser incompatível com situações anômalas. Quando nele se diz que a medida liminar é por natureza precária e provisória, está pressuposto que ela terá vigência nos estritos prazos previstos para o processamento da ação cautelar. A compulsoriedade de norma legal não admite que se suponha a hipótese de uma medida liminar que se eternize. Por isso falha o juiz que, a priori, decide sempre que a medida liminar é provisória. Há casos e casos. A medida liminar é precária enquanto não for desvirtuada pelos efeitos definitivos que produzir. Um provimento desse tipo que frustra a expectativa autorizada pela lei, como seja, a de que o processo judicial terá uma decisão mais ou menos dentro dos prazos assinados pelo Código de Processo Civil, não pode ser visto como uma decisão de caráter provisório. Ainda mais se os prazos fluem contra os mais elásticos critérios de tolerância.

Nos desvãos das situações anômalas, o Tribunal tem a missão de desmistificar a lógica e de dar prioridade à vida. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos foi sensível a esse propósito. Verdade que nem sempre acertou no diagnóstico, porque – sob o abrigo do “fato consumado” – agasalhou situações que nele não se subsumiam. O “fato consumado” propriamente tal induz, do ponto de vista lógico, à perda do objeto do processo. Existente o “fato consumado”, o provimento judicial não se torna apenas desnecessário, mas impossível. Sob a expressão “fato consumado”, o direito pretoriano tem efetivamente considerado a utilidade da sentença judicial, que não pode infligir à parte dano maior do que teria sofrido se não lhe tivesse sido deferida a medida liminar. “Fato consumado”, no modo como tem sido focalizado, não é aquele irreversível, pois para declará-lo é dispensável o ato do juiz. “Fato consumado”, para os efeitos visados, é o que não convém seja modificado, sob pena de afrontar valores” (Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nº 3, p. 41/42).

Portanto não se deve modificar a situação consolidada, sob pena de contrariar o bom senso. Os princípios jurídicos recomendam, em hipóteses excepcionais como a dos autos, que os estudantes, beneficiados com o provimento judicial favorável, não sejam prejudicados pela posterior desconstituição da decisão que lhes conferiu o direito pleiteado inicialmente. Sobre o tema, confirmaram-se os seguintes julgados dos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALUNO. TRANSFERÊNCIA. CONCLUSÃO DO CURSO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. O Supremo, ao analisar hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie. Agravo regimental a que se dá provimento.

(STF, RE 429906 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-172 PUBLIC 12-09-2008)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO. EXAME SUPLETIVO. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. De acordo com a Lei 9.394/96, a inscrição de aluno em exame supletivo é permitida nas seguintes hipóteses: a) ser ele maior de 18 anos e b) não ter tido acesso aos estudos ou à continuidade destes, no ensino médio, na idade própria, de sorte que é frontalmente contrária à legislação de regência a concessão de limitares autorizando o ingresso de menores de 18 anos em curso dessa natureza.

2. É inadmissível a subversão da teleologia do exame supletivo, o qual foi concebido com o escopo de contemplar aqueles que não tiveram acesso ao ensino na idade própria ou, mesmo o tendo, não lograram concluir os estudos, não sendo por outra razão que o legislador estabeleceu 18 (dezoito) anos como idade mínima para ingresso no curso supletivo relativo ao ensino médio.

3. Lamentavelmente, a excepcional autorização legislativa, idealizada com o propósito de facilitar a inclusão educacional daqueles que não tiveram a oportunidade em tempo próprio, além de promover a cidadania, vem sendo desnaturada dia após dia por estudantes do ensino médio que visam a encurtar sua vida escolar de maneira ilegítima, burlando as diretrizes legais.

4. Sucede que a ora recorrente, amparada por provimento liminar, logrou aprovação no exame supletivo, o que lhe permitiu ingressar no ensino superior, já tendo concluído considerável parcela do curso de Direito.

5. Consolidadas pelo decurso do tempo, as situações jurídicas devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Aplicação da teoria do fato consumado. Precedentes.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1262673/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 30/08/2011)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO EM EXAME SUPLETIVO. POSSIBILIDADE. APROVAÇÃO EM EXAME VESTIBULAR. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA.

1. A Lei 9.394/1996 exige o atendimento a dois requisitos para que seja aceita a inscrição de aluno em exame supletivo: a) ser ele maior de 18 anos e b) não ter tido acesso aos estudos ou à continuidade destes, no ensino médio, na idade própria.

2. Esta Corte tem entendido que, em caso de aprovação em exame vestibular no qual o candidato tenha-se inscrito por força de decisão em Mandado de Segurança, o estudante beneficiado com o provimento judicial não deve ser prejudicado pela posterior desconstituição da decisão que lhe conferiu o direito pleiteado inicialmente.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 997.268/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 19/12/2008)

Ademais, a educação é um direito social garantido a todos os cidadãos nos termos do art. 6º da Constituição da República, devendo o Estado buscar os meios para proporcionar a efetividade desse direito. É com o intuito de dar efetividade aos direitos sociais garantidos pela Constituição, que deve pautar-se o planejamento e distribuição de recursos e meios do Estado, garantindo aos seus cidadãos o acesso à educação.

O interesse em discussão refere-se ao direito das crianças e dos adolescentes em ter educação e amparo, assegurado pela Constituição Federal. Logo, frente a essa dicotomia, devendo prevalecer esse direito constitucional, em confronto com qualquer regra infraconstitucional, os óbices legais apontados reclamam temperamento, sob pena de perecer o próprio bem jurídico maior tutelado.

É direito social e, portanto, seu atendimento pelo Poder Público firma o interesse público

da ação, ainda que o beneficiário seja um indivíduo. Logo, não há razão para impedir a matrícula da adolescente no ensino superior, não tendo a autoridade coatora trazido qualquer elemento aos autos que pudesse afastar o direito pleiteado.

Ante o exposto, em dissonância do parecer ministerial, o voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO**, mantendo-se, integralmente, a decisão recorrida.

TJBA, Procedimento Ordinário n.º 0013210-21.2014.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 14.08.2015

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ROYALTIES. ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTADA. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS. REPASSE NA FORMA PREVISTA NOS ARTS. 9º DA LEI 7.990/89. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO EGRÉGIO TRIBUNAL PLENO DESTA CORTE. NÃO COMPROVAÇÃO PELO MUNICÍPIO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PAGAMENTO INDEVIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

O artigo 9º da Lei 7.990/89 não padece de vício de constitucionalidade, porquanto inexistente intervenção municipal sobre receitas estaduais, já que a compensação financeira (*royalties*) constitui receita originária do Município. De acordo com a referida norma, deve o Estado recebedor dos referidos *royalties* repassar, mensalmente, a título de compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, ao município onde tal ocorreu, o montante de 25% (vinte e cinco por cento). Precedentes do STJ e deste Tribunal Pleno.

O Autor não comprovou o preenchimento dos requisitos legais para fazer jus ao repasse, isto é, não há nos autos prova de que o Município de Planalto seja PRODUTOR DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL; CONFRONTANTE DE MUNICÍPIO PRODUTOR; MUNICÍPIO PERTENCENTE ÀS ÁREAS GEOECONÔMICAS DOS CONFRONTANTES; MUNICÍPIO ONDE SE LOCALIZASSEM INSTALAÇÕES DE EMBARQUE OU DESEMBARQUE DE PETRÓLEO OU GÁS NATURAL; e por fim, MUNICÍPIO ONDE HOUVESSE A CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA (ENTREGA DO ÓLEO DA CONCESSIONÁRIA PRODUTORA À REFINARIA).

Os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do julgador, que considerará 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, conforme o disposto no art. 20, §4º do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Procedimento Ordinário n.º 0013210-21.2014.8.05.0000**, em que figuram como Requerente MUNICÍPIO DE PLANALTO, e Requerido, ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria dos membros da Turma Julgadora, em **AFASTAR O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE e, no mérito, JULGAR IMPROCEDENTE** a presente ação nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária de Repasse de Verbas Públicas, com pedido de antecipação da tutela, ajuizada pelo Município de Planalto, em face do Estado da Bahia, objetivando sejam repassados os valores recebidos pelo réu a título de *royalties* de petróleo e gás natural.

Sustenta o Autor, em síntese, que é credor do ente estatal das verbas repassadas pela União referentes à compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, tendo em vista que, à luz das Leis n.º 9.478/97, n.º 7.990/89 e dos Decretos n.º 2705/98 e n.º 01/91, o Estado da Bahia detém a obrigação de distribuir, para todos os Municípios, 25% do total arrecadado com *royalties* e Fundo Especial do Petróleo, quando a parcela dos contratos de concessão for de 5% do valor da extração local.

Ressalta, ainda, que o Estado da Bahia não está transferindo os valores acima referidos para o Autor, muito embora venha recebendo mensalmente ao longo de décadas a compensação financeira sem promover o devido repasse.

Ademais, salienta que a omissão da parte Ré é ilegal, além de violar os Princípios da Legalidade, Autonomia Municipal e o Pacto Federativo.

Pede, por fim, a antecipação da tutela para que seja determinado ao Réu o repasse do percentual de 25% do que recebe à título de *royalties* de petróleo e gás natural dos contratos de concessão que fixam o percentual de 5% do valor de produção das empresas exploradoras, bem como 25% da cota-parte do Fundo Especial do Petróleo que cabe ao Estado, em 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

No mérito, requer seja o Estado compelido a cumprir a obrigação legal para repassar a cota-parte a que o Município Autor tem direito, além da condenação no pagamento dos valores retroativos dos *royalties* não repassados nos últimos 5 anos.

Juntou documentos de fls. 43/282.

Através da decisão de fls. 285/286, foi indeferida a antecipação da tutela vindicada, bem como determinou-se a citação do réu.

O Estado da Bahia contestou o feito (fls. 291/316), alegando preliminarmente a prescrição quinquenal, para o caso de condenação. No mérito, defende que a revogação dos arts. 6º, §3º, 7º e 9º da Lei n.º 7.990/89 em razão do veto presidencial, arguindo a inconstitucionalidade do art. 9º, caso não reconhecida a aludida revogação.

Salientou, ainda, que a Constituição Federal impede a distribuição da verba recebida a título de *Royalties* para os municípios.

Por fim, pugnou pela improcedência dos pedidos constantes da exordial e condenação do Autor nos honorários de sucumbência à razão de 20% sobre o valor da causa.

Foram juntados, pelo réu, os documentos de fls. 317/328.

O Autor apresentou réplica (fls. 335/343), refutando as alegações do réu e pugnando pela procedência da ação, com o deferimento da antecipação de tutela.

Em parecer de fls. 348/352, o Eminentíssimo Procurador de Justiça entendeu ser desnecessária a sua intervenção no feito.

Às fls. 353, as partes foram intimadas acerca do interesse em produção de outras provas.

O réu manifestou-se pela desnecessidade de instrução probatória (fls. 357), enquanto o Autor ficou inerte, conforme certidão de fls. 361.

Por não haver previsão regimental para submeter os autos à revisão, determino a inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Trata-se de Ação Ordinária de Repasse de Verbas Públicas, com pedido de antecipação da tutela, ajuizada pelo Município de Planalto, em face do Estado da Bahia, objetivando sejam repassados os valores recebidos pelo réu a título de *royalties* de petróleo e gás natural.

Estando o feito em condições de julgamento, com fulcro no art. 330, I, do CPC, dispense a fase instrutória, para conhecer de logo do pedido.

Inicialmente, cumpre afastar a arguição de inconstitucionalidade levantada pelo Estado da Bahia.

Sobre o tema, em julgado recente, o Plenário desta Corte manifestou-se pela constitucionalidade do Art. 9º da Lei 7.990/89, bem como pela aplicabilidade dos critérios de repasseamento dos *royalties* por ele estabelecidos, *in verbis*:

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS. ROYALTIES. ARTIGO 9º DA LEI 7.990/89. REPASSE MANTIDO PELO ARTIGO 48 DA LEI 9.478/97. NÃO É ATRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO CENSURAR O MECANISMO DE PAGAMENTO ADOPTADO PELO LEGISLADOR, QUE GOZA DE DISCRICIONARIEDADE PARA REGULAR A “NORMA CONSTITUCIONAL NÃO-APLICÁVEL” ENCONTRADA NO ARTIGO 20, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O ARTIGO 9º DA LEI 7.990/89 É CONSTITUCIONAL, POIS NÃO VERSA SOBRE TRANSFERÊNCIA ORIGINÁRIA DE RECEITA PERTENCENTE AO ESTADO PARA O MUNICÍPIO. SE, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, (I) É A LEI ORDINÁRIA QUE FIXA OS PERCENTUAIS ATRIBUÍDOS A CADA ENTE FEDERADO E (II) O LEGISLADOR, NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, DETERMINA QUE ENTRE OS VALORES PAGOS DIRETAMENTE AOS ESTADOS ESTÁ COMPREENDIDA UMA PARCELA QUE DEVE SER TRANSFERIDA AO MUNICÍPIO, ENTÃO TAL PARCELA NÃO PERTENCE (NEM NUNCA PERTENCEU) ORIGINALMENTE AO ESTADO, MAS SIM AO MUNICÍPIO. SEGREGA-SE APENAS A FORMA DE RECEBIMENTO, NÃO A TITULARIDADE DO CRÉDITO. EM OCASIÃO ANTERIOR, ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL PLENO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, ACOLHEU O ENTENDIMENTO DE QUE O ARTIGO 9º DA LEI 7.990/89 TEVE SEU CONTEÚDO ESVAZIADO APÓS A REVOGAÇÃO DO ARTIGO 7º DO MESMO DIPLOMA LEGAL, OPERADA PELO ARTIGO 83 DA LEI 9.478/97. SUCEDE QUE NAQUELE PRECEDENTE JUDICIAL NÃO FOI ANALISADO O ARTIGO 48 DO MESMO DIPLOMA LEGAL SUPERVENIENTE, O QUAL SE IMPÕE EXPRESSAMENTE A UTILIZAÇÃO DOS “CRITÉRIOS ESTIPULADOS PELA LEI 7.990”. NESTE CENÁRIO, EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 9.478/97 É FORÇOSO CONCLUIR QUE, NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 48, PERMANECEM APLICÁVEIS OS CRITÉRIOS DA LEI 7.990/89 E O REPASSE PREVISTO NO SEU ARTIGO 9º. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO IMPLICARIA ALTERAÇÃO DIRETA DOS PERCENTUAIS ATRIBUÍDOS PELO LEGISLADOR A CADA ENTE FEDERADO, EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (Procedimento Ordinário nº 0014412-33.2014.8.05.0000, Relator: Des. João Augusto Alves de Oliveira Pinto, DJe de 23/02/2015)

Concluiu-se, com o referido julgamento, que o artigo 48 da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) manteve o critério de pagamento dos *royalties* consoante previsto na Lei anterior (art. 9º, Lei 7.990/89), *in verbis*:

“Art. 48. A parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do artigo anterior, **será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro 1989** (grifei).”

Dessa forma, o artigo 9º da Lei 7.990/89 não padece de vício de constitucionalidade, porquanto inexistente intervenção municipal sobre receitas estaduais, já que a compensação financeira (*royalties*) constitui receita originária do Município.

Assim, **rejeita-se a arguição de inconstitucionalidade da norma retrocitada.**

Estando superada a discussão acerca da possibilidade da aplicação dos critérios de repasse estabelecidos pelo art. 9º da Lei 7.990/89, cumpre apreciar o mérito da presente ação.

A questão debatida cinge em saber se o MUNICÍPIO DE PLANALTO tem direito, ou não, a receber do ESTADO DA BAHIA o repasse de 25% dos valores por este percebidos a título de compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural no território estadual.

É cediço que a Lei 7.990/89, mais especificamente nos arts. 8º e 9º, determina o repasse mensal aos Municípios de 25%, dos “*royalties*” pagos ao Estado pela produção de petróleo e gás natural mediante os mesmos critérios que determinam a formação do índice de Participação dos Municípios, *in verbis*:

“Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do mês subsequente ao do fato gerador, vedada aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.
(...)

Art. 9º Os Estados transferirão aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) da parcela da compensação financeira que lhes é atribuída pelos arts. 2º, § 1º, 6º, § 3º e 7º desta Lei, mediante observância dos mesmos critérios de distribuição de recursos, estabelecidos em decorrência do disposto no art. 158, inciso IV e respectivo parágrafo único da Constituição, e dos mesmos prazos fixados para a entrega desses recursos, contados a partir do recebimento da compensação.”

Por sua vez, o Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991, que regulamentou a lei supracitada, estabelece que:

“Art. 17. A compensação financeira devida pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e suas subsidiárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural **extraídos de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural**, operados pela Petrobras, será paga nos seguintes percentuais:

I - 3,5% (três e meio por cento) aos Estados produtores;

II - 1,0% (um por cento) aos Municípios produtores;

III - 0,5% (cinco décimos por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações

marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural. Parágrafo único. Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração do petróleo, xisto betuminoso ou gás natural, farão jus à compensação financeira prevista neste artigo.

Art. 18. É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás natural **forem extraídos da plataforma continental**, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no artigo anterior, sendo:

I - 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal;

II - 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural operadas pela Petrobras;

III - 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas;

IV - 1,0% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas;

V - 0,5% (meio por cento) para constituir um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados e Municípios.

§ 1º O percentual de 1,5% (um e meio por cento) previsto no inciso III do *caput* deste artigo, atribuído aos Municípios confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas, será partilhado da seguinte forma:

I - 60% (sessenta por cento) ao Município confrontante juntamente com os demais Municípios que integram a zona de produção principal, rateados, entre todos, na razão direta da população de cada um, assegurando-se ao Município que concentrar as instalações industriais para processamento, tratamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural, 1/3 (um terço) da cota deste inciso;

II - 10% (dez por cento) aos Municípios integrantes de produção secundária, rateado, entre eles, na razão direta da população dos distritos cortados por dutos;

III - 30% (trinta por cento) aos Municípios limítrofes à zona de produção principal, rateado, entre eles, na razão direta da população de cada um, excluídos os Municípios integrantes da zona de produção secundária.

§ 2º O percentual de 0,5% (meio por cento) previsto no inciso V do *caput* deste artigo, atribuído ao Fundo Especial administrado pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, art. 6º), será distribuído de acordo com os critérios estabelecidos para o rateio dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, obedecida a seguinte proporção:

I - 20% (vinte por cento) para os Estados;

II - 80% (oitenta por cento) para os Municípios.

§ 3º No caso de 2 (dois) Municípios confrontantes serem contíguos e situados em um mesmo Estado, será definida para o conjunto por eles formado uma única área geoeconômica, ficando os percentuais fixados nos incisos I, II e III do § 1º deste artigo referidos ao total das compensações financeiras que couberem aos Municípios confrontantes em conjunto, inclusive a parcela mínima mencionada no inciso I do mesmo parágrafo, que corresponderá a montante equivalente ao terço dividido pelo número de Municípios confrontantes”.

Ademais, o inciso IV e o parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal dispõe:

“IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.”

De acordo com as normas supracitadas, deve o Estado recebedor dos referidos royalties repassar, mensalmente, a título de compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, **ao município onde tal ocorreu**, o montante de 25% (vinte e cinco por cento).

Portanto, têm direito ao recebimento da compensação prevista no art. 48 da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), segundo os critérios estabelecidos pelo art. 9º da Lei nº 7.990/1989: MUNICÍPIOS PRODUTORES, MUNICÍPIOS CONFRONTANTES, MUNICÍPIOS PERTENCENTES ÀS ÁREAS GEOECONÔMICAS DOS CONFRONTANTES, MUNICÍPIOS ONDE SE LOCALIZASSEM INSTALAÇÕES DE EMBARQUE OU DESEMBARQUE DE PETRÓLEO OU GÁS NATURAL; e por fim, MUNICÍPIOS ONDE HOUVESSE A CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA (ENTREGA DO ÓLEO DA CONCESSIONÁRIA PRODUTORA À REFINARIA).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO. DEVER DO ESTADO REPASSAR 25% DA RECEITA A MUNICÍPIO. PREVISÃO LEGAL. LEI 9.478/97, ART. 48. LEI 7.990/1989, ART. 9º.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou a pretensão do ora recorrente, o Município de Vila Velha, ao entendimento de que não há, atualmente, norma legal que obrigue o Estado a repassar 25% (vinte e cinco por cento) de sua receita com royalties à Municipalidade, por ter a Lei n. 9.478/97 (Lei do Petróleo) criado uma antinomia real de normas, visto que adotou indiretamente o critério de distribuição de royalties da Lei 2.004/53, por meio de uma remissão expressa ao art. 7º, da Lei 7.990/89, e, ao mesmo tempo, acabou com este mesmo critério quando revogou a Lei de 1953, ficando vazio o enredo do art. 48 da Lei 9.478/97, bem como entendeu que o art. 9º da Lei n. 7.990/89 perdeu a sua eficácia normativa, por reportar-se a um dispositivo não mais aplicável.

2. A Lei n. 9.478/97, em seu art. 48, expressamente dispôs sobre o modo de distribuição dos royalties “segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990/89”, que, em seu art. 7º, estabeleceu os critérios de compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural (royalties) dando nova redação ao art. 27 da Lei n. 2.004/53. Assim, deve-se entender que, não obstante a revogação da referida Lei n. 2.004/53 pelo art. 83 da mesma Lei n. 9.478/97, os critérios de repassamento dos royalties continuam tendo validade, pois esta era a intenção do legislador ao fazer referência à Lei n. 7.990/89.

3. De acordo com o art. 9º da Lei n. 7.990, de 1989, deve o Estado recebedor dos referidos royalties repassar, mensalmente, a título de compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, ao município onde tal ocorreu, o montante de 25% (vinte e cinco por cento).

4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 990.695/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 06/03/2012)

Entretanto, compulsando os documentos adunados aos autos, o Município autor não se desincumbiu de provar o preenchimento dos requisitos legais para fazer jus ao recebimento do

repassa pleiteado, ou seja, não há prova de que o Município de Planalto se enquadre numa das categorias acima enumeradas.

Conclui-se, pois, que o Município de Planalto não tem direito ao recebimento dos valores pleiteados, impondo reconhecer a improcedência da ação.

Por fim, os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que considerará 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, conforme art. 20, §4º do CPC.

Assim, considerando que a ação proposta é singela e não tendo havido produção de outras provas, além da juntada de documentos, nem realização de audiência, arbitro os honorários advocatícios em favor do Estado, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Do exposto, voto no sentido de JULGAR IMPROCEDENTE a presente Ação Ordinária de Repasse de Verbas Públicas. Fixo, ainda, os honorários de sucumbência no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

TJBA – Processo Administrativo Disciplinar em face de Magistrado n.º 0300724-96.2012.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, julgado em 17.09.2014

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. FIANÇA. RECEBIMENTO. RETENÇÃO INDEVIDA. ATO JURISDICIONAL. PRÁTICA. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA. CONDUTAS. REPROVABILIDADE. FUNÇÕES JUDICANTES. INCOMPATIBILIDADE. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. ACUSAÇÕES. PROCEDÊNCIA.

I – É dispensável a intimação do acusado para a assentada de instrução, quando constitui advogado nos autos do PAD, a teor do § 2º do art. 18, da Resolução 135/CNJ, estando o presidente da audiência autorizado a formular perguntas às testemunhas, sobretudo porque tal Resolução, inspirada no princípio da verdade real, apenas viabiliza a aplicação do CPP subsidiariamente e no que couber. **PRELIMINAR REJEITADA.**

II – O magistrado tem a obrigação de manter condutas pessoal e funcional irrepreensíveis, de modo a não violar os princípios éticos do seu *munus*.

III – Constatado que o Processado reteve indevidamente as fianças pagas em dois processos criminais e que decretou a perda das mesmas, quando não mais tinha jurisdição na Comarca, com a finalidade de tentar perenizar a ocultação da sua irregularidade funcional, impositivo é o reconhecimento da procedência das acusações.

IV – Evidenciada a prática de atos repreensíveis e incompatíveis com a dignidade, a honra e o decoro das funções jurisdicionais, deve ser aplicada ao Juiz Processado a pena de aposentadoria compulsória, conforme está previsto nos artigos 387, II do RITJBA e 7º, II da Resolução 135/CNJ.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Processo Administrativo Disciplinar em Face de Magistrado n.º 0300724-96.2012.8.05.0000**, em que figuram como **Processante** o TRIBU-

NAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA e como **Processado** o Juiz de Direito SERGIO LUIS ROCHA PINHEIRO HEATHROW,

ACORDAM os Senhores Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em composição Plenária, à unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR, JULGAR PROCEDENTES EM PARTE AS ACUSAÇÕES e IMPOR A SANÇÃO DISCIPLINAR DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA**, pelas razões que expostas a seguir.

RELATÓRIO

O Órgão Plenário desta Corte decidiu instaurar Processo Administrativo Disciplinar contra o magistrado SERGIO LUIS ROCHA PINHEIRO HEATHROW, com afastamento das funções judicantes, para apurar os fatos constantes do Relatório ofertado pela Corregedoria das Comarcas do Interior, descritos na Portaria PAD-PRES nº 01/2012.

Regularmente distribuído, fui sorteada para relatar o referido Processo Disciplinar.

O Ministério Público, às fls. 19/20, manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

Citado, o Processado limitou-se a requerer a realização de perícia no CD de áudio juntado nos autos da sindicância em apenso, a fim de verificar se o seu conteúdo foi editado, bem como a oitiva das testemunhas arroladas (fls. 42/43).

Em 26/03/2012, determinei a realização da perícia técnica pelo Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de Segurança Pública deste Estado. Sanadas as dúvidas e resolvidos os questionamentos e requerimentos apresentados durante tal fase instrutória, o laudo pericial foi finalmente apresentado pelos peritos oficiais, juntamente com o CD analisado, em 12/8/2013 (fls. 196/207 e 208).

Instados para se manifestarem sobre as impressões científicas dos expertos, o Processado informou que as conclusões foram satisfatórias e dispensou a submissão do laudo ao seu assistente técnico (fl. 215); o Ministério Público, por sua vez, requereu a produção da prova oral (fls. 218/219).

Os depoimentos das testemunhas arroladas foram ouvidos, por delegação, pelos Juízes das Comarcas de Ilhéus (Carta de Ordem - fls. 262/287), de Camacan (Carta de Ordem – 295/343) e de Capim Grosso (Carta de Ordem – fls. 360/366).

Realizei o interrogatório do Processado (fls. 399/403) e deferi o prazo de cinco dias solicitado pela defesa, para se manifestar sobre as audiências de inquirição das testemunhas nos Juízos de primeiro grau.

Às fls. 417/418, o Processado arguiu nulidade das assentadas de oitiva das testemunhas, em razão da falta de intimação regular dele ou dos seus causídicos para aquelas assentadas, com o que concordou a Procuradoria de Justiça, em manifestação de fls. 421/423.

Às fls. 429/431, determinei aos Juízos de Direito das Comarcas de Camacan e de Ilhéus que repetissem os interrogatórios das testemunhas, no prazo de dez dias.

A testemunha residente em Ilhéus foi novamente ouvida, através da Carta de Ordem de fls. 469/502.

A Juíza da Vara Criminal de Camacan, por sua vez, informou que a defesa fora devidamente intimada para as audiências anteriormente realizadas e manifestou a predisposição em repeti-las, se assim entendesse a Relatoria do feito (fls. 438/441).

Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, concedi prazo sucessivo de dois dias ao Processado e ao Ministério Público para se manifestarem sobre aquela informação.

O Processado reiterou a arguição de nulidade processual e insistiu na repetição dos depoimentos testemunhais (fls. 457/459). A Procuradoria de Justiça requereu o não acolhimento da nulidade, bem como o encerramento da instrução (fls. 462/464).

Através da decisão de fls. 504/509, constatei a regularidade das intimações dos Patronos do Processado para as audiências das testemunhas em Camacan, revoguei a parte do *decisum* de fls. 429/431, que determinou a renovação de tais atos processuais, decretei o encerramento da fase instrutória e abri prazo para manifestação do Ministério Público e para apresentação das razões finais.

A Procuradoria de Justiça sugere a procedência das acusações imputadas ao Processado, bem como a aplicação da pena de aposentadoria compulsória (fls. 512/532).

Nas alegações finais de fls. 595/618, o Processado arguiu preliminar de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, sustentando, para tanto, a violação das regras insertas no parágrafo 2º, do artigo 391, do RITJB, e do artigo 212, do Código de Processo Penal, em razão de não ter sido intimado para as audiências de inquirição das testemunhas e das perguntas terem sido formuladas diretamente pelo Juiz às testemunhas.

Concluiu que *“considerando a ausência de intimação do Magistrado que implicou em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, deve ser declarada a nulidade das audiências de instrução realizadas no bojo do Processo Administrativo Disciplinar, bem como de todos os atos subsequentes.”*

No mérito, alegou que o material periciado não pode ser utilizado como meio de prova para a sua condenação, uma vez que, de acordo com os peritos, os dados gravados não são confiáveis.

Sustentou que a responsabilidade pelo sumiço dos numerários não pode ser atribuída a ele, Processado, *“uma vez que restou comprovado através dos depoimentos testemunhais que houve uma série de atos falhos que desencadearam a perda dos valores das fianças.”*

Disse que não sabia qual o procedimento adotado pelo Cartório para efetuar o recolhimento dos valores recebidos, que oficiou instituições financeiras para se inteirar a respeito de como efetuar o depósito e que *“achando temerário abrir uma conta no banco para fazer o depósito, somente restou uma alternativa ao Processado: determinar que os valores fossem anexados às contracapas dos referidos processos.”*

Afirmou que restituiu espontaneamente as quantias ao Cartório, depois de ter tomado ciência do desaparecimento das mesmas, não como assunção de culpa, e sim no intuito de evitar qualquer tipo de constrangimento a ele ou aos servidores.

Arguiu a falsidade da acusação de que ele coagiu uma servidora a simular que os valores restituídos foram encontrados no Cartório.

Requeru o acolhimento da preliminar ou, no mérito, a improcedência das acusações.

Em condições de proferir voto, pedi a inclusão do feito em pauta, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Imperiosa é a análise prioritária da preliminar suscitada pela defesa.

De acordo com o Processado, as audiências designadas para a oitiva das testemunhas são nulas, em razão dele não ter sido intimado para as mesmas, conforme está previsto no parágrafo 2º do artigo 391, do Regimento Interno desta Corte.

A alegação não tem amparo jurídico.

Isto porque a Resolução 135/2011, do Conselho Nacional de Justiça, que *“Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências”*, dispensa a intimação do Processado para os atos instrutórios, quando o mesmo tem defensor constituído nos autos.

É o que se infere da regra inserta no parágrafo 2º do seu artigo 18, *in verbis*:

“Art. 18. Decorrido o prazo para a apresentação da defesa prévia, o relator decidirá sobre a realização dos atos de instrução e a produção de provas requeridas, determinando de ofício as que entender necessárias.

§ 1º - Para a colheita das provas o Relator poderá delegar poderes a magistrado de primeiro ou segundo grau.

§ 2º - **Para todos os demais atos de instrução, com a mesma cautela, serão intimados o magistrado processado OU seu defensor, se houver.”**

O dispositivo confere ao Relator do Processo Administrativo a alternativa de intimação, ou seja, havendo advogado constituído, pode intimar apenas este ou, então, somente o juiz processado.

O Processado constituiu advogados para sua defesa, os quais foram devidamente intimados para as assentadas instrutórias, o que dispensou, obviamente, a sua intimação.

Descabida é, portanto, a nulidade suscitada.

Esta Corte, ao examinar regra similar daquela Resolução (§1º, art. 14), à unanimidade, rejeitou questão preliminar arguida, externando, para tanto, linha intelectual que respalda tal entendimento.

Vale conferir a correspondente fundamentação do voto condutor:

*“(…) A interpretação literal do trecho destacado, em que se tem a conjunção/disjunção OU levando a uma alternância entre os sujeitos passivos, conduz claramente à conclusão de que o processado com defensor constituído será intimado na pessoa deste. Não há uma conjunção aditiva entre os sujeitos passivos a fazer entender que ambos devem ser intimados. Ao revés, a alternância leva, a contrário sensu, à interpretação de que a intimação pessoal do processado só se dará na ausência de defensor constituído. **Noutras palavras, o magistrado sindicado que tenha advogado constituído, será intimado na pessoa deste, sendo dispensada a sua intimação pessoal. (…)**”*

(PAD nº 0002916-46.2010.8.05.0000, Relatora Desa Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 29/11/2012)

É importante enfatizar que a própria Portaria de instauração destacou que o procedimento seria regido pelas regras da Resolução 135, *in litteris*: *“Na instrução probatória observar-se-á o disposto na Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.”*

Sendo assim, não pode o Processado alegar surpresa com a aplicação da norma que embasou o procedimento intimatório adotado na instrução.

O Processado também fundamenta a preliminar de nulidade na tese de violação à regra inserta no artigo 212 do Código de Processo Penal, argumentando que as testemunhas foram inquiridas diretamente pelos Juizes que presidiram as audiências instrutórias, e não por ele próprio.

O dispositivo processual dispõe:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

A alegação, de igual forma, não deve ser acolhida.

É que, diga-se mais uma vez, a defesa técnica constituída pelo Processado foi devidamente intimada para as audiências e optou por não comparecer às mesmas, o que ensejou a designação

de advogados dativos que, apenas em relação à uma testemunha, resolveram inquirir (fl. 343), como se infere dos termos de audiências de fls. 331/339, 343 e 502.

Mas, não é só.

O processo administrativo disciplinar é o instrumento posto à disposição da Administração Pública, para apurar a existência de infrações praticadas pelos seus agentes.

Noticiada a prática de conduta aparentemente incorreta ou ilegítima, deve investigar o ocorrido, restaurar a legalidade e, se for o caso, aplicar as sanções adequadas ao infrator.

O procedimento é regido, dentre outros, pelo princípio da verdade material, o qual autoriza o administrador, **de ofício**, com o objetivo de atender ao interesse público, a buscar a verdade real e que, efetivamente, resulta dos fatos que a constituem.

Para tanto, a autoridade processante deve trasladar para os autos do processo disciplinar, viabilizar ou tentar a produção de qualquer prova lícita que esteja ao seu alcance e que sirva para elucidar a verdade.

Tem a obrigação de reunir para o caderno processual todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria investigada.

Discorrendo sobre o tema, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO externa linha intelectual que respalda tal entendimento:

“Pelo princípio da verdade material, o próprio administrador pode buscar as provas para chegar à sua conclusão e para que o processo administrativo sirva realmente para alcançar a verdade incontestável, e não apenas a que ressaia de um procedimento meramente formal. Devemos lembrar-nos de que nos processos administrativos, diversamente do que ocorre nos processos judiciais, não há propriamente partes, mas sim interessados, e entre estes se coloca a própria Administração. Por conseguinte, o interesse da Administração em alcançar o objeto do processo e, assim, satisfazer o interesse público pela conclusão calcada na verdade real, tem prevalência sobre o interesse do particular.

Apenas como exemplo prático, veja-se a matéria de prova. No processo judicial, é às partes que compete a produção das provas que respaldem suas alegações. O juiz apenas as aprecia como meio de chegar a seu convencimento. No processo administrativo, porém, o próprio administrador vai à busca de documentos, comparece a locais, inspeciona bens, colhe depoimentos e, a final, adota realmente todas as providências que possam conduzi-lo a uma conclusão baseada na verdade material ou real. É esse o exato sentido do princípio da verdade material.” Grifei (in Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, 2012, p. 969)

Na mesma direção intelectual se posiciona a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao tratar do assunto:

“Princípio da verdade material. Consiste em que a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, **deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado,**” Grifei (in Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, 2007, p. 483)

Outra não é a *ratio essendi* da regra inserta no *caput* do artigo 18 da Resolução nº 135/2011, do Conselho Nacional de Justiça, *in litteris*:

“Art. 18. Decorrido o prazo para a apresentação da defesa prévia, o relator decidirá sobre a realização dos atos de instrução e a produção de provas requeridas, **determinando de ofício as que entender necessárias.**”

Logicamente, tais premissas dão embasamento à aplicação apenas subsidiária, “*no que couber*”, das regras processuais penais, o que justifica a incidência relativa dos seus postulados no caso em análise.

É o que está previsto no parágrafo 4º do artigo 18 da referida Resolução, *in verbis*:

“Art. 18 ...

“§ 4º - O depoimento das testemunhas, as acareações e as provas periciais e técnicas destinadas à elucidação dos fatos, serão realizados com aplicação **subsidiária, no que couber**, das normas da legislação processual penal e da legislação processual civil, sucessivamente.”

Sendo assim, embasada em tais premissas doutrinárias e legais, diversamente do quanto arguido pelo Processado, entendo que o Relator do processo administrativo disciplinar está autorizado, ou melhor, **obrigado** a formular perguntas diretamente às testemunhas arroladas para apuração da verdade real, notadamente quando o defensor dativo nomeado pouco ou nada inquirir a respeito dos fatos investigados.

Vale considerar, finalmente, que, até mesmo no âmbito judicial, o Superior Tribunal de Justiça tem relativizado a regra processual penal em exame, como se infere dos excertos das ementas dos seus julgados:

“(…) 4. Não constitui violação da lei federal a inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas, prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.690/2008, porquanto não altera o sistema acusatório.(…)” (EDcl no AgRg no AREsp 430876/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014)

“(…) - A nova redação do art. 212 do CPP dada pela Lei 11.690/2008 permitiu a inquirição das testemunhas diretamente pelas partes, mas não extinguiu a possibilidade de o Juiz também formular diretamente perguntas. Dessa forma, não há falar em nulidade quando o Magistrado inquirir as testemunhas, principalmente se, como no caso dos autos, foi dada a palavra à defesa que, quando achou oportuno, formulou perguntas diretamente às testemunhas. (...)” (HC 251735/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), 6ª TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014)

Patenteada está, portanto, a inexistência dos vícios procedimentais arguidos pela defesa. Com tais considerações, **rejeito a preliminar de nulidade do Processo Administrativo. Mérito.**

O Processo Administrativo Disciplinar em exame foi instaurado para apurar os fatos constantes do Relatório ofertado pela Corregedoria das Comarcas do Interior, descritos na Portaria PAD-PRES nº 01/2012, disponibilizada no DJe de 31/1/2012, *verbis*:

“(…) RESOLVE

I – Instaurar PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR em face do Magistrado S. L. R. P. H., com o seu afastamento das funções judicantes, tendo em vista condutas merecedoras de apuração disciplinar e que lhe são atribuídas, a fim de que sejam apurados os fatos abaixo indicados:

O investigado, na qualidade de Juiz Substituto da Vara Crime da Comarca de Camacã, em 27 de abril de 2010, nos autos do processo nº. 470-53/2010, arbitrou fiança, em favor de NEIDE PEREIRA COSTA, no valor de R\$ 1.085,00 (hum mil e oitenta e cinco reais), que lhe foi entregue em espécie, na mesma data, deixando de recolhê-la à instituição bancária competente, como atestaram os servidores VALÉRIA SANTANA NUNES e CHERLE JULIANO SOUZA COSTA;

Em 30 de novembro de 2010, nos autos do processo 1503-78/2010, concedeu liberdade provisória a PAULO BRITO MEIRA, mediante fiança, fixando-a em R\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais), que lhe foi paga diretamente, naquela data, deixando, também, de recolher aos cofres públicos, conforme certificou a Escrivã Designada;

Quando não mais exercia jurisdição na referida Vara, compareceu à Comarca e decretou a perda das mencionadas fianças, em ambos os feitos, respectivamente, em favor dos Cartórios do Cível e do Crime;

Ao tomar conhecimento de tais fatos, o Dr. FÁBIO MELLO VEIGA, Titular da Vara Cível e 1º Substituto da Vara Crime da Comarca em epígrafe, determinou que os servidores fizessem o imediato depósito judicial dos valores supracitados, sendo cientificado por esses *“que não receberam qualquer valor a título de fiança;”*

Comunicou-se à Corregedoria das Comarcas do Interior as ocorrências relatadas, que instaurou a Sindicância em comento;

Nessa Sindicância, apurou-se, além dos fatos mencionados, que o investigado *“tentou induzir servidora a prestar falso depoimento”, “chegando a encaminhar para o Cartório a quantia apropriada visando simular que teria sido encontrada.”*

II - Em assim agindo, infringiu o Magistrado, em tese:

a) O DEVER DE MANTER CONDUTA IRREPREENSÍVEL NA VIDA PÚBLICA E PARTICULAR (arts. 35, VIII, LOMAN e 178, I, da LOJ);

b) O DEVER DE EXERCER AS SUAS ATIVIDADES COM CONDUTA COMPATÍVEL COM OS PRECEITOS DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL, NORTEADO PELO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE PROFISSIONAL E PESSOAL, DA DIGNIDADE, DA HONRA E DO DECORO (arts. 1º, 15, 16, 17 e 19 do Código de Ética da Magistratura Nacional);

c) O DEVER DE PRIMAR PELO RESPEITO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ÀS LEIS DO PAÍS, BUSCANDO O FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES E A PLENA REALIZAÇÃO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS (art. 2º, do Código de Ética da Magistratura Nacional).

(...)

IV - Na instrução probatória observar-se-á o disposto na Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. (...).

Efetivamente, ficou evidenciado, nos autos, que o Processado, em 27/04/2010 e em 30/11/2010, quando exercia suas atribuições jurisdicionais na Vara Crime da Comarca de Camacan, arbitrou fianças de R\$ 1.085,00 e R\$ 3.400,00 em dois Processos que por lá tramitavam, como se infere do teor das decisões juntadas nos autos da Sindicância nº 0300318-75.2012.805.0000 (fls. 4/5 e 12/13 - em apenso).

Os testemunhos coerentes e harmônicos prestados pelos servidores daquele Juízo conduzem à conclusão de que o próprio Processado recebeu tais quantias e liberou os alvarás de soltura,

sem ter adotado qualquer providência posterior no sentido de recolhê-las em conta judicial, retendo-as indevidamente em seu próprio proveito.

Evidenciam, ademais, que o Processado, instado por várias vezes pela servidora do Cartório a regularizar tal situação, sempre prometeu que devolveria as fianças pagas, sem ter cumprido tais compromissos.

Vale conferir os testemunhos dos servidores da Comarca de Camacan:

(depoimento de Irlande Ferreira Silva, fl. 331)

“que tirou licença em abril de 2010: que ao retornar soube por Valéria que foram arbitradas duas fianças em favor de Neide e Paulo; que o dinheiro tinha ficado com Dr. Sérgio; que comentou o fato com Dra Cleide, porque nunca tinha acontecido antes de um Juiz ficar com dinheiro de processo; que a Dra Cleide orientou a fazer uma certidão; que foi até Dr. Sérgio e solicitou a devolução do dinheiro a ele; que ficou preocupada até porque não tinham costume de receber fiança em cartório; que somente uma vez o cartório recebeu dinheiro de fiança e o valor ficou dentro de um envelope, grampeado e certificado nos autos; que nunca recebeu dinheiro de fiança em cartório; que quando Dr. Sérgio começou a falar de promoção, começou a cobrar ele para devolver o dinheiro; que ele dizia que iria devolver; que não havia dinheiro nos processos envolvidos e nem comprovante de depósito; que estava com receio de Dr. Sergio sair e não devolver o dinheiro; que quando ligava pedindo a devolução do dinheiro, Dr. Sérgio dizia que ia mandar; que cobrou várias vezes esses dinheiros a Dr. Sérgio; que depois que saiu a promoção, ele ligou para Valéria dizendo que ia mandar o dinheiro por alguém para dizer que esse dinheiro estava em um envelope e simular que tinha achado dentro do cartório, porque senão ia quebrar para o cartório (...)”

(depoimento de Cherle Juliano Souza Costa, fl. 333)

“(...) que Neide foi presa; que soube que foi arbitrada fiança em favor de Neide; que era o Dr. Josemar que era advogado de Neide; que estava no cartório e Dr. Josemar chegou para pagar fiança; que ficaram sem saber como era o procedimento; que Valéria saiu para perguntar ao Dr. Sérgio qual era o procedimento, pois nunca houve no cartório um caso de depósito de fiança; que o dinheiro ficou com o Dr. Sérgio e ele disse que iria ver qual era o procedimento para depósito e mandou Valéria expedir o Alvará; que o alvará foi entregue ao advogado; que o Dr. Sérgio não fez o depósito, nem devolveu o dinheiro para o Cartório; que com relação ao processo do cigano, sabe que ele foi preso por porte de arma; (...) que também houve o arbitramento de fiança; que quando veio na sala da administração Sebastião estava saindo com o processo e disse que já havia sido arbitrada fiança e ele iria fazer o Alvará; que esse dinheiro não passou pelo cartório; que nesse caso, o dinheiro foi passado diretamente ou por Sebastião ou pelo advogado, para o Juiz; que quando Irlande retornou de férias, passaram a situação para ela; que Irlande ficou cobrando os valores ao Juiz, principalmente quando houve rumores que ele iria sair da Comarca; que como ele não devolveu, Irlande informou o fato à promotora, Dra Cleide e a Dr. Fábio, que estava chegando na Comarca; que se recorda que o Dr. Sérgio uma vez ligou para a Comarca e que o depoente atendeu e Valeria fez sinal dizendo que não estava ali; Que o Dr Fábio estava entrando na sala e no telefone Dr. Sérgio perguntou por Valéria e disse que Valéria já sabia de tudo; que depois Valeria comentou que ele ligou dizendo que alguém iria trazer os valores e que era para o Cartório dizer que era para simular que tinha achado os valores no cartório; (...)”

(depoimento de Valeria Santana Nunes, fl. 334)

“(...) que estava responsável pelo cartório em abril de 2010, por que Irlande estava de

férias e a depoente estava como escrivã designada; que por conta da prisão da Neide, foi arbitrada uma fiança no valor de R\$ 1.085,00; que não saia qual procedimento de liberdade vinculado a fiança, porque os Juizes anteriores concediam liberdade sem fiança; que por não saber como proceder, foi ao gabinete do Dr. Sérgio, porque o Dr. Josemar veio até o Cartório e entregou o valor a depoente; que Dr. Josemar acompanhou a depoente, mas ficou na porta do Gabinete, que a porta estava entreaberta; que perguntou ao Dr. Sérgio qual seria o procedimento com o dinheiro; que o mesmo disse para deixar o dinheiro com ele, para o mesmo resolver; que o Dr. Sérgio não explicou o que deveria fazer, que veria com um colega; que o Dr. Josemar estava aguardando do lado de fora, retornando para o cartório, expediu alvará; que inclusive fez uma certidão, que está nos autos, assinado pela depoente e por Cherle, dizendo que o dinheiro tinha sido entregue ao Juiz, porque o cartório não sabia qual procedimento para depósito judicial; que depois disso teve um fato de uma fiança que foi expedido alvará, mas este dinheiro nem passou pelo cartório, foi entregue diretamente ao juiz, pelo advogado, no valor de cerca de R\$ 3.000,00, que nesse segundo fato, foi o próprio juiz quem expediu alvará já retornou cumprido, somente para o cartório juntar nos autos; que passou as informações para Irlande; que esse segundo fato se deu quando Irlande já havia retornado ao cartório: que Irlande ficou cobrando constantemente esses dois valores a ele, sempre que tinha oportunidade e o Dr. Sérgio sempre dizia que iria devolver; que quando chegou próximo ao período de promoção/remoção de Juiz, Irlande começou a cobrar novamente, com receio de ficar com esta pendência; (...)

(depoimento de Sebastião Moreira Carvalho, fl. 337)

“(...) que algumas vezes o Dr. Sergio lhe pedia para levar ou buscar processos em Ilhéus; (...) que com relação ao processo do cigano, o advogado, Dr. Alex Ornelas, de Eunápolis esteve no Fórum para pagar uma fiança; que o advogado o encontrou no corredor e encaminhou este a sala de Dr. Sérgio; que depois Dr. Sérgio pediu ao depoente para levar o Alvará na Delegacia; que foi pago uma fiança e o dinheiro entregue diretamente ao Dr. Sérgio, que esta parte presenciou, pois ainda estava no gabinete; que pelo que o Advogado Alex falou, já havia uma decisão estipulando uma fiança e de queria fazer o depósito; que o advogado perguntou a Dr. Sérgio se o dinheiro da fiança deixava com o Dr. Sérgio ou entregava no cartório; que Dr. Sérgio disse que poderia deixar com ele mesmo; que o valor foi cerca de R\$3.000,00 ; (...)”

O relato do advogado de um daqueles processos criminais é esclarecedor:

“(...) que em 2010, a Promotora Dr. Cleide mandou prender Neide Pereira Costa e José Siqueira, donos do guincho de Panelinha sob alegação de apropriação indébita e direção de veículo sem habilitação, neste processo foi arbitrado fiança no valor de R\$ 1.085,00, que pegou o dinheiro e procurou Valéria no cartório para fazer documento de arrecadação, mas esta falou que não sabia como fazer, e que ia procurar saber do Juiz, que viu quando ela veio até o Dr. Sérgio e deu o dinheiro a ele, pois a porta ficou entreaberta; que no retorno dela perguntou o que ele tinha orientado e ela disse que ele mandou expedir o alvará de soltura; que pegou o alvará e foi na Delegacia e liberou o pessoal; que depois disso olhou o processo e não havia guia de depósito nele; que depois soube de Valéria que o Juiz estava lhe envolvendo e dizendo que ela tinha ficado com o dinheiro; que afirma que viu quando Valéria entregou o dinheiro ao Juiz; que Valéria voltou para o cartório sem nenhum dinheiro na mão.”

(depoimento do Dr Josemar Gualberto Dantas, fl 339)

Foi constatado, ademais, que o Processado, quando não mais tinha jurisdição em Cama-

can, vez que, em 05/04/2011 e em 13/04/2011, foi designado, respectivamente, para as Comarcas de Poções e Coribe, (fl. 106 da sindicância), retornou à Administração do Fórum, solicitou os processos criminais já mencionados e decretou a perda das fianças, apondo datas retroativas nas respectivas decisões, como se infere dos testemunhos dos servidores, *verbis*:

“(...) que Dr. Sérgio saiu da Comarca ou dia 04 ou 05 de abril; que no **dia 19 de abril** ele esteve na Comarca e Norma disse que Dr. Sérgio queria os processos relacionados a fiança; que como Dr. Fábio estava na comarca foi até ele e falou que Dr. Sérgio estava na Comarca; que Dr. Fábio disse que Dr. Sérgio poderia olhar o processo mas não despachar; que imaginou que Dr. Sérgio estivesse com a pior das intenções porque ele ainda não tinha devolvido o dinheiro, queria o processo e não era mais juiz da comarca; que junto com Cherle, carimbaram o processo “em branco”; que mostrou o processo a Dr. Fábio, que o folheou todo; que depois entregou o processo a Dr. Sérgio; que quase no final do expediente, Dr. Sérgio ligou e disse que era para pegar o processo com Norma; que quando pegou o processo viu que ele tinha deixado uma decisão em cada um deles, na contracapa; que foi até Dr. Fábio e mostrou; que depois disso juntamente com os demais servidores, certificaram; que as decisões tinham data retroativa; que a decisão decretava a perda da fiança e destinava os valores para os cartórios Crime e Cível; (...)”

(depoimento de Irlande Ferreira Silva, fl. 331)

“(...) que tempos depois que o Dr. Sérgio saiu da comarca, retornou a Comarca, ficando na administração, que os colegas falaram que ele pegou os processos; que Irlande comentou o fato com Dr. Fábio; que carimbaram todos as folhas em branco; que Dr. Sérgio deu despacho nos dois processos com data retroativa destinando o dinheiro para os Cartórios Crime e Cível; que depois deu ciência do fato ao Dr. Fábio e a Dra. Cleide; (...)”

(depoimento de Cherle Juliano Souza Costa, fl. 333)

“(...) que logo após a remoção deste, ele veio a comarca e deu decisão nesses dois processos, na sala da administração; que Dr. Fábio já havia assumido a comarca; que ele deu as duas decisões com data retroativa, determinando o quebramento da fiança e destinando ao Cartório Crime e ao Cartório Cível; que ele nem foi ao cartório; que antes de entregar os processos, Irlande foi até o Dr. Fábio pedir uma orientação até porque, o Dr. Sérgio já não era mais Juiz da Vara Crime; que Dr. Fábio falou que podia entregar os processos a ele, pois o processo era público; que o procedimento que Irlande tomou foi carimbar todas as folhas em branco do processo; que todo mundo presenciou que ele tinha dado decisão com data de quando ele era Juiz da Comarca; e por conta disso, foi dado uma certidão no sentido de que aquela decisão havia sido dada naquele dia e não anteriormente; (...); que Dr. Fábio tomou providências, encaminhando as informações para o Tribunal, solicitando providências; (...)”

(depoimento de Valeria Santana Nunes, fl. 334)

A administradora do Fórum de Camacan, à época, Norma Moema Navarro, por sua vez, disse que:

“(...) que confirma o fato de Dr. Sergio ter vindo até este Fórum após sua saída da Comarca e ter dado uma Decisão; que ele chegou na sala da administração e pediu para chamar Irlande da Vara Crime e alguém do eleitoral; (...) que ele assinou alguns documentos do eleitoral; que ele pediu um processo e depois que ele terminou de fazer tudo que tinha que fazer em Camacan, ele deu a decisão e deixou em cima

da mesa; que tinha uma folha saindo do processo e por isso deduziu que tinha uma decisão; que chamou Irlande para vir pegar o processo e ele disse “olha o que ele fez aqui”; que ela se referia ao fato da decisão que ele tinha dado destinava o dinheiro para comprar materiais para Vara Cível e para Vara Crime; que viu quando Dr. Sérgio deu despacho no processo utilizando o computador da depoente; que no dia em que deu a decisão não era mais juiz da comarca, até porque Dr. Fábio já tinha assumido a titularidade da vara cível e a substituição do crime; (...)”

(fl. 338)

O Processado, dolosamente, proferiu decisões em processos para os quais não tinha competência, violando o princípio do juiz natural, para atender interesse exclusivamente particular.

Registre-se, ainda, que o Dr. Fabio Mello Veiga, juiz que sucedeu o Processado na Comarca de Camacan, tomando ciência dos fatos ora apurados, oficiou a Corregedora das Comarcas do Interior, em 21/06/2011, através do ofício que ensejou a instauração da sindicância em apenso.

Disse o referido Magistrado, no ofício, à Corregedoria:

“(…) que no dia 19 de abril de 2.011, quando o Juiz Substituto acima mencionado não exercia mais jurisdição na Vara Crime desta Comarca, já que o subscritor da presente já havia assumido a titularidade da Vara Cível e consequentemente a Substituição da Vara Crime, aquele compareceu à comarca e DECRETOU A PERDA DA FIANÇA em favor do Cartório Crime desta Comarca (nos autos do processo nº 1503-78/2010) e em favor do Cartório Cível (nos autos do processo nº 470-53/2010)

Ao tomar conhecimento de tais fatos determinei imediatamente que os servidores fizessem o depósito judicial dos valores supracitados.

Sucede, Insigne Desembargadora, que os Diretores de Secretaria das Varas comunicaram, por escrito, como fora determinado, que não receberam qualquer valor a título de fiança.

Ou seja, Nobre Desembargadora, os valores não se encontram nos Cartórios mencionados na decisão que “decretou a perda da fiança”

(fls. 2/3 da sindicância)

Frise-se, outrossim, que a devolução das fianças, pelo Processado, apenas ocorreu no curso da Sindicância, ou seja, depois da comunicação dos fatos à Corregedora competente, através de transferência para a conta bancária de Daiele Freitas, esposa do Oficial de Justiça Sebastião Moreira Carvalho, em 07/07/2011 (fl. 89 - sindicância), a quem incumbiu o saque do dinheiro para entregar no Cartório.

Ao tentar justificar a restituição voluntária das fianças, o Processado alegou que a mesma não consistiu num *“indicativo de uma assunção de culpa de que o mesmo teria se apropriado dos valores, mas, sim, de que sua conduta foi no intuito de evitar qualquer tipo de constrangimento a si ou aos funcionários do cartório.”* (fl. 616)

Tal alegação é inaceitável.

Caso admitíssemos a ingênua tese da defesa, teríamos que, obrigatoriamente, concluir que a omissão funcional do Processado também seria imperdoável, uma vez que a ele competia fiscalizar e adotar providências céleres e necessárias ao recolhimento imediato das fianças em instituição bancária, sobretudo para dar o bom exemplo aos seus subordinados.

Não bastasse isso, teria ele o dever de, imediatamente, comunicar à Corregedoria o alegado *“sumiço”* das quantias pagas, para que a situação fosse logo investigada e remediada com a sanção disciplinar pertinente, **ao invés de tentar perenizar a ocultação da falha funcional cometida.**

Correta foi, sim, a postura do magistrado que sucedeu o Processado, vez que, ao tomar conhecimento do incidente, informou, com brevidade, à Corregedoria das Comarcas do Interior.

Vale consignar, ademais, que, conquanto a conclusão da prova técnica não tenha proporcionado segurança quanto à idoneidade da dinâmica de gravação do conteúdo periciado, os depoimentos de Irlande Ferreira Silva e Valéria Santana Nunes patenteiam que o Processado, ao devolver o valor das fianças, sugeriu que fosse simulada uma situação de reencontro do dinheiro, como se estivesse perdido no Cartório.

Confirmam-se:

“(…) que soube que Dr. Sergio mandou o dinheiro; que não sabe por quem; que Valéria disse que Dr. Sergio tinha devolvido o dinheiro e orientado Valéria por telefone, a dizer que o cartório tinha achado o dinheiro; que Valéria gravou a ligação; que não sabe informar quem recebeu o dinheiro (...)”

(depoimento de Irlande Ferreira Silva - fl. 331)

“(…) que uma determinada data, que se recorda bem, pois era aniversário do pai da depoente, Dr. Sergio ligou pedindo número de conta, querendo depositar ambos os valores na conta da depoente e pedindo que ela simulasse que os dois valores foram encontrados no cartório e falando que se a depoente não fizesse esse procedimento, iria sobrar para todo mundo no cartório (...)”

(depoimento de Valéria Santana Nunes, fls. 334/335)

Ao juiz é vedado agir de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções. É obrigado a cultivar a sua boa imagem, seja na vida pública ou particular, sem jamais violar os princípios éticos do seu *munus*.

Deve ter a orientação, sempre, que o seu agir, quando irregular, repercutirá negativamente no meio em que atua e comprometerá o seu conceito pessoal, de modo a, inevitavelmente, fragilizar o prestígio do próprio Poder Judiciário.

Compete-lhe cultivar princípios éticos e exercitar, continuamente, a função educativa e exemplar de cidadania perante a população e aos servidores subordinados.

Cada magistrado tem o dever incondicional de fomentar a confiança na autoridade moral do Judiciário.

A propósito, disse CARNELUTTI:

“No mais alto da escala está o juiz. Não existe um ofício mais elevado que o seu, nem uma dignidade mais imponente. Os juizes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quer que os crentes percam a fé.”

Em palestra proferida no seminário *“Ética e Cidadania O Olhar do Observatório a Ética na Magistratura”*, na Cidade de Fortaleza (18/6/2001), a Ministra Nancy Andrighi apresentou raciocínio que reforça tal intelecção:

“(…) O juiz é um espelho social onde o jurisdicionado se mira e encontra justificativas para agir de tal e qual forma, isto porque, no seu modo de ver crítico é permitido concluir que ‘se o juiz assim age, mais do que nunca eu, que sou um simples cidadão, posso fazê-lo’.

Esse é o primeiro passo na conscientização de que o juiz ao ser investido nas funções jurisdicionais agrega ao seu ser a responsabilidade da imagem da instituição que representa. É no ser, no estar e no participar, sempre e concomitantemente estará de

forma indissolúvel e permanente associada as imagens do homem-juiz a do Poder Judiciário que representa.”

No caso em análise, a prova testemunhal colhida é absolutamente coerente e conduz à conclusão de que, lamentavelmente, as condutas funcionais do Processado, ora evidenciadas, não se enquadram nos padrões legais e valorativos propostos para o exercício da magistratura.

Isoladas ou conjuntamente, tais condutas são graves, imorais, ilícitas, altamente reprováveis, repreensíveis e inconciliáveis com a judicatura.

Consequentemente, violam as normas insertas no inciso VIII do artigo 35, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e no inciso I do artigo 178, da Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia, os quais dispõem, *in litteris*:

“Art. 35 - São deveres do magistrado:
VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.”

“Art. 178 - São deveres dos magistrados:
“I - manter ilibada conduta na vida pública e particular, zelando pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função;”

Contrariam, ademais, as recomendações estabelecidas pelos artigos 1º, 2º e 19, todos do Código de Ética da Magistratura Nacional:

“Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, **da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.**”

“Art. 2º Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, **buscando o fortalecimento das instituições** e a plena realização dos valores democráticos.”

“Art. 19. Cumpra ao magistrado adotar as medidas necessárias para **evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas** e de sua situação econômico-patrimonial.”

Por tais motivos, **REJEITO A PRELIMINAR e JULGO PROCEDENTES AS ACUSAÇÕES** de prática de infrações disciplinares imputadas ao Processado, por violação ao inciso VIII do artigo 35, da LOMAN, e ao inciso I do artigo 178, da LOJ-BA.

Prevalecendo a procedência sugerida, quanto à penalidade, entendo que as infrações funcionais ora constatadas, pelo alto grau de sua reprovabilidade, devem ser exemplarmente sancionadas, sobretudo para evitar que os subordinados não se valham da máxima carnelutiana *‘se o magistrado fez o errado, porque não posso eu fazê-lo’*.

Os atos ilícitos em questão se enquadram em preceitos legais específicos e impõem a atuação vinculada do Administrador.

Sendo assim, incidem, na hipótese, obrigatoriamente, as regras insertas no inciso II do artigo 387 do Regimento Interno desta Corte e no inciso II do artigo 7º da Resolução 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça, os quais dispõem, *verbis*:

“Art. 387 - O Magistrado será aposentado compulsoriamente, por interesse público, com proventos proporcionais ao tempo de serviço quando:
II - proceder de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;”

“Art. 7º O magistrado será aposentado compulsoriamente, por interesse público, quando:
II - proceder de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;”

Por tais motivos, entendo que, **ao Processado, deve ser aplicada a pena de aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.**

TJBA – Processo Administrativo Disciplinar em face de Magistrado n.º 0023482-11.2013.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 15.08.2015

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE MAGISTRADO. PRELIMINAR. NULIDADE DA INTIMAÇÃO EDITALÍCIA NA SINDICÂNCIA. REJEITADA. CONDUTAS INCOMPATÍVEIS COM A FUNÇÃO DE MAGISTRADO. ABERTURA E TRANCAMENTO DE MATRÍCULAS DE REGISTRO DE IMÓVEIS SEM A DEVIDA CAUTELA. LINGUAGEM DESRESPEITOSA EM INFORMAÇÕES À CORREGEDORIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FALTA DE URBANIDADE COM PARTES, COLEGAS E SERVIDORES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CORTESIA, DA PRUDÊNCIA, INTEGRIDADE PROFISSIONAL E PESSOAL, HONRA E DECORO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PUNIÇÃO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PROCEDÊNCIA.

1 - Rejeita-se a preliminar de nulidade de intimação por Edital, realizada na Sindicância por ser procedimento preliminar e inquisitorial, que não se submete à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2 - Sindicância que demonstra conduta do magistrado, na Comarca, dissonante com os deveres de imparcialidade e independência, ao proferir decisões liminares de abertura e trancamento de registro de imóveis – e insistir veementemente pelo cumprimento das mesmas – sem a devida observância do dever geral de cautela e do preenchimento dos preceitos legais para a concessão do mencionado direito real.

3 - Magistrado que, ao ser convocado para prestar esclarecimentos, ofereceu as informações em tom de escárnio, com linguagem atécnica e palavreado estranho ao exercício da função, não elucidando de maneira suficiente a celeuma verificada pela Corregedoria, além de empregar tratamento desrespeitoso e descortês a colegas, partes e servidores naquele documento.

4 - Considerando que o Magistrado infringiu diversos deveres funcionais, tanto no exercício da função jurisdicional como no exercício da função administrativa, pesando contra si a existência de outros processos administrativos, com aplicação, por duas vezes, da pena de aposentadoria compulsória,

a procedência do PA é medida que se impõe, para aplicar ao processado a pena de aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais. **AÇÃO PROCEDENTE.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Processo Administrativo Disciplinar em face de Magistrado nº 0023482-11.2013.8.05.0000**, em que é processante o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA** e processado o Juiz de Direito **EDUARDO PEDRO NOSTRANI SIMÃO**.

ACORDAM os Desembargadores componentes do Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em julgar **PROCEDENTE** o Processo Administrativo Disciplinar, nos termos do Relatório e Voto do Conductor:

RELATÓRIO

Tratam os autos de Processo Administrativo Disciplinar em face de Magistrado, instaurado nos termos do Acórdão de fls. 02/08 e Portaria de fls. 09/12, com o afastamento do cargo pelo prazo de noventa dias, após a Sindicância nº 0005759-76.2013.8.05.0000, inaugurada com o fito de apurar os fatos noticiados no PA nº 3185/2012, apenso aos PAs nº 17514/2012, 17509/2012 e 62330/2011, correspondentes à infringência dos deveres de **a)** manter ilibada conduta na vida pública e particular, zelando pelo prestígio da Justiça e pela dignidade da sua função (art. 178, I da LOJ); **b)** cumprir e fazer cumprir as determinações legais e os atos de ofício, com independência, serenidade e exatidão (art. 35, I da LOMAN e art. 178, II, da LOJ); **c)** tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência (art. 35, IV da LOMAN e art. 178, VII, da LOJ); **d)** manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII da LOMAN); **e)** manter conduta compatível com os preceitos do Código de Ética e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro (art. 1º do CEMN); **f)** cortesia para com os colegas, membros do Ministério Público, advogados, servidores, partes, testemunhas e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça, com a utilização de linguagem escorreita, polida, respeitosa e compreensível (art. 22 caput e parágrafo único do CEMN) **g)** ao proferir decisões, atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar (art. 25 do CEMN); **h)** manter atitude aberta e paciente para receber argumentos e críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua (art. 26 do CEMN); **i)** não praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (artigo 11, I da Lei 8.429/92).

Distribuídos os autos, a mim coube a relatoria do feito.

Ordenada a citação do processado à fl.15, por Carta de Ordem, e reiterado o pedido de devolução da mesma às fls. 22 e 32, sem sucesso, conforme certidão de fl. 56-verso.

À fl. 80, determinou-se a citação do Magistrado processado pela via postal, mais uma vez sem sucesso, em razão da recusa no recebimento da correspondência.

Esgotadas as tentativas de citação pessoal, ordenou-se, à fl. 82, a citação por edital, diligência cumprida nos termos dos documentos de fls. 84/86, ensejando a revelia do processado e

a designação de defensor dativo à fl. 90, que retirou os autos em 27/10/2014, e só os devolveu em 10/12/2014.

Em petição de fls. 99/100, o defensor requereu a dilação do prazo de defesa, pleiteou fosse certificado nos autos se o Edital de fl. 322 da sindicância foi afixado em local público, e suscitou a nulidade da intimação editalícia realizada na sindicância, sob o argumento de que não foi deferido o prazo de 30 dias para defesa, fixado no artigo 17, III da Resolução nº 135 do CNJ.

Deferido o pedido de renovação do prazo de defesa à fl. 102, o processo foi retirado em carga pelo defensor no dia 12/02/2015, devolvido somente em 12/03/2015.

Ante a ausência de requerimento de providências pelo defensor, e não havendo necessidade de dilação probatória, ordenou-se a juntada aos autos das consultas processuais referentes aos demais Processos Administrativos movidos em face do Magistrado processado, bem como a remessa do feito ao Procurador-Geral de Justiça.

Em Parecer de fls. 127/128, manifestou-se o *Parquet* pela inexistência de interesse ministerial, a justificar a atuação do Órgão no caso concreto.

Estando o feito apto para julgamento, examinei-o e elaborei o presente relatório e voto, ordenando a distribuição de cópias do relatório, voto e outros documentos aos demais Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno, nos termos do artigo 391, §6º do Regimento Interno deste Tribunal, solicitei dia de julgamento.

É o Relatório. Passo a proferir VOTO.

Prefacialmente, cumpre apreciar a preliminar de nulidade da intimação editalícia realizada na sindicância, suscitada pelo defensor na promoção de fls. 99/100.

Não merece acolhimento a arguição de nulidade da intimação por Edital no bojo da Sindicância, tanto porque não restou comprovado qualquer prejuízo ao processado, em decorrência da limitação do prazo de defesa prévia em 15 dias, como porque é pacífico o entendimento do CNJ e da jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que *“A sindicância, por se tratar de procedimento preliminar e inquisitorial visando apurar a ocorrência de infrações administrativas, não se submete à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa”*. Transcreve-se, *ipsis literis*:

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES INDÍCIOS DE INOBSERVÂNCIA AOS DEVERES FUNCIONAIS - PROCEDER INCOMPATÍVEL COM A DIGNIDADE, A HONRA E O DECORO DA FUNÇÃO - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

1. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (Súmula Vinculante nº 5/STF).
2. A sindicância, por se tratar de procedimento preliminar e inquisitorial visando apurar a ocorrência de infrações administrativas, não se submete à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.
3. “O excesso de prazo na conclusão do processo administrativo disciplinar só é causa de nulidade quando se evidencia a ocorrência de prejuízo a defesa do servidor” (MS 13.9581DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22/6/2011, DJe de, 8120 1,), o que não ocorreu na espécie.
4. É válida a prova tomada por empréstimo de expediente em tramitação na Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região instaurado para apurar conduta de magistrado de primeiro grau de jurisdição. Precedentes do STJ e do STF.
5. Possível favorecimento de partes integrantes da relação processual formada nos autos de ação cautelar de arrolamento, apreensão, sequestro e indisponibilidade de bens.
6. Quebra do dever de imparcialidade, transparência e independência, inerentes à atividade jurisdicional, com violação dos deveres impostos aos magistrados (art. 35, I e VIII, da LC 35/79). Conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções (LOMAN, art. 56, 11).

7. Recomendável instauração de processo administrativo disciplinar. (VOTO – MIN. ELIANA CALMON) (CNJ - SIND - Sindicância - 0003173-76.2011.2.00.0000 - Rel. FRANCISCO FALCÃO - 175ª Sessão - j. 23/09/2013).

Ademais, em todas as demais fases do processo administrativo, houve a correta intimação por edital do processado, além das inúmeras tentativas de intimação pessoal, não tendo ocorrido a comunicação pessoal acerca do processo ante a nítida e proposital ocultação do Magistrado processado.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar ventilada.

No que tange ao mérito do PAD, as provas colacionadas à sindicância são suficientes para a verificação da infringência de diversos deveres funcionais pelo Magistrado.

Os fatos narrados dizem respeito especificamente ao período em que o Magistrado processado exerceu as suas funções na Comarca de Coribe, e a abertura do Processo Administrativo justificou-se após a apuração de fatos em outra sindicância – o PA 26116/2011 - movida em face da servidora Iêda Maria de Almeida Lessa. Naquela ocasião, a Corregedora das Comarcas do Interior manifestou-se pelo arquivamento do feito instaurado contra a servidora e a proposição de Sindicância para a apuração dos fatos relacionados aos Magistrados Sérgio Luís Rocha Pinheiro Heathrow e Eduardo Pedro Nostrani Simão, ora processado.

Em suma, as condutas que ensejaram a abertura dos processos administrativos em face dos magistrados relacionavam-se a determinações de abertura e trancamento de matrículas no Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Coribe, sem a devida cautela e formalidade legais, ocorridas entre os anos de 2010 e 2011.

Ademais, além dos atos praticados no exercício da função jurisdicional, chamou a atenção da Corregedoria das Comarcas do Interior as informações prestadas pelo Magistrado processado no curso do PA, na data de 28/05/2012, colacionadas às fls. 254/258 dos autos de Sindicância, que espelham de maneira muito clara o descaso, o desrespeito a colegas, partes e servidores, a imprudência, a utilização de linguagem grosseira e a ofensa aos preceitos de ética, que norteiam as funções constitucionalmente atribuídas aos magistrados.

A tudo isso se soma a ausência de colaboração do processado no presente feito, por meio da ocultação propositada, recusa no recebimento de correspondências e fornecimento de endereços equivocados, inclusive em outros estados.

Neste sentido, tendo se originado o presente Processo Administrativo Disciplinar em razão da Sindicância nº 0005759-76.2013.8.05.0000, cumpre apreciar detalhadamente cada um dos deveres funcionais infringidos pelo Magistrado processado:

a) do dever de manter ilibada conduta na vida pública e particular, zelando pelo prestígio da Justiça e pela dignidade da sua função (art. 178, I da LOJ):

O dever de zelar pelo prestígio e dignidade da Justiça está intimamente relacionado com a missão institucional de representar o Estado através das soluções de conflito entre os sujeitos de direito, prezando pelo exercício da função de forma digna, esmerada e ética.

Se o Magistrado, no exercício das funções que lhe são constitucionalmente atribuídas, sejam elas judicantes ou administrativas, atua de forma desidiosa e grosseira, compromete a reputação do Poder Judiciário e incorre no descumprimento do dever elencado no artigo 178, I da Lei de Organização Judiciária.

No caso dos autos, ao prestar informações à Comissão sindicante, manifestando-se de modo jocoso e ofensivo, o processado escarneceu a Justiça, bem como deixou de zelar pelo pres-

tígio da sua função, no momento em que atacou infundadamente a estrutura do Poder Judiciário e desrespeitou o exercício do direito de ação. Transcreve-se:

“Por conta desta joça (sentença anulada no bojo do processo de retificação de área em trâmite na Comarca de Coribe), no mês de agosto de 2011 recebi umas 10 representações todas orquestradas pela bandidagem envolvida com este grilo milionário.” (fl. 255)

“Outro ponto importante: como o juiz corregedor diz que o cartório está em dia se tomei conhecimento de baixa de hipoteca sem determinação judicial?” (fl. 257)

“Então como pode o juiz corregedor dizer que a serventúria Iêda agiu de forma correta e este magistrado agiu de forma equivocada ao comunicar o fato ao Ministério Público. Queria que eu escondesse o fato? A tá, grilaram 600 mil hectares, a ação de retificação da área onde esse grilo começou foi anulada pelo Egrégio Tribunal de Justiça, e o Estado da Bahia afora ação discriminatória impugnando a mesma matrícula originária (2280) e o Dr Paulo Sérgio queria que eu não comunicasse o fato ao Ministério Público? Por que ele não queria? Quem mandou ele comparecer na comarca para depois insinuar que não teve grilagem, dando a entender que este magistrado saiu trancando matrícula sem fundamento, como se fosse louco?” (fl. 257)

Da leitura dos trechos supratranscritos, depreende-se que o Magistrado processado não empregou qualquer cuidado quando do oferecimento das informações que lhe foram requisitadas – e que integram os seus deveres funcionais – demonstrando conduta desproporcional e incompatível com aquela que se espera de um magistrado, no exercício do dever de zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade da sua função.

Ademais, ao ocultar-se ao longo da Sindicância e do Processo Administrativo, dificultando a apuração dos fatos e o normal andamento do feito, e repetir essa conduta desidiosa por reiteradas vezes, inclusive em outros processos administrativos, o Magistrado agiu de forma contrária à conduta ilibada que dele se espera.

b) cumprir e fazer cumprir as determinações legais e os atos de ofício, com independência, serenidade e exatidão (art. 35, I da LOMAN e art. 178, II, da LOJ)

g) ao proferir decisões, atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar (art. 25 do CEMN);

i) não praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (artigo 11, I da Lei 8.429/92).

As provas colacionadas à Sindicância também demonstram, à exaustão, que, durante o exercício da função jurisdicional na Comarca de Coribe, o Magistrado atuou em dissonância com os deveres de imparcialidade e independência, ao proferir decisões de abertura e trancamento de registro de imóveis – e insistir veementemente pelo cumprimento das mesmas – sem a devida observância do dever geral de cautela e do preenchimento dos preceitos legais para a concessão do mencionado direito real.

Eis o que se depreende da análise das decisões acostadas à Sindicância, às fls. 57/59 (semelhante à decisão de fls. 98/100, proferida em outra Ação de Usucapião) e às fls. 81/82, todas genéricas, proferidas sem motivação especificamente atrelada às peculiaridades de cada uma das ações.

Ademais, chama a atenção a insistência do Magistrado para o cumprimento da decisão que ordenara o trancamento de todas as matrículas derivadas da matrícula nº 2280 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Correntina (fl. 50), posto que, por reiteradas vezes, a servido-

ra Iêda Maria de Almeida Lessa comunicou que deixara de cumprir a averbação de trancamento da mencionada matrícula e seus desdobramentos por não constar o nome da Sra. Maria Florência Gonçalves e seu marido Antônio José de Moura em nenhum registro oriundo daquela matrícula (fl. 51).

Inclusive, o ato da servidora ensejou a comunicação feita pelo Magistrado processado ao Ministério Público (fl. 52), e a consequente instauração de sindicância em face da Oficiala, ocasião em que o descumprimento do dever funcional do Magistrado tornou-se ainda mais evidente. Isso porque, após a acurada análise feita *in loco* pelo Juiz Auxiliar Corregedor, Dr. Paulo Sérgio Barbosa de Oliveira, em razão das denúncias apuradas contra a servidora, constatou-se que os livros, certidões, escrituras e documentos do Cartório encontravam-se em plena regularidade (fls. 236/243).

O Juiz Auxiliar Corregedor fez ainda consignar que, ao tomarem conhecimento de que a serventaria se recusava a cumprir as ordens de trancamento de matrícula emanadas pelos magistrados, sob o argumento da incompatibilidade entre os dados fornecidos e os dados constantes nos registros dos imóveis, os Juízes envolvidos (inclusive o processado) não procuraram elucidar a regularidade dessas informações.

E, quando restou convocado a prestar os seus esclarecimentos no bojo da sindicância movida em face da servidora, o Magistrado ofereceu as informações já mencionadas, em tom de escárnio, com linguagem atécnica e palavreado estranho ao exercício da função, não elucidando de maneira suficiente a celeuma verificada pela Corregedoria.

c) tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência (art. 35, IV da LOMAN e art. 178, VII, da LOJ);

f) cortesia para com os colegas, membros do Ministério Público, advogados, servidores, partes, testemunhas e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça, com a utilização de linguagem escorreita, polida, respeitosa e compreensível (art. 22 caput e parágrafo único do CEMN)

d) manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, VIII da LOMAN);

h) manter atitude aberta e paciente para receber argumentos e críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua (art. 26 do CEMN);

Nos autos sob comento, restou comprovado que os deveres supramencionados foram infringidos pelo Magistrado processado quando do oferecimento das informações prestadas à Corregedoria, acostadas às fls. 254/258 dos autos da sindicância em apenso.

Naquela ocasião, além da linguagem desrespeitosa e grosseira, o processado demonstrou a falta de urbanidade e cortesia para com servidores, juízes e partes, o que interfere diretamente no dever de conduta irrepreensível na vida pública.

Segundo Contreiras de Carvalho: *“Verifica-se impropriedade de linguagem quando os seus termos são inadequados à análise ou à apreciação da matéria sobre a qual formula o magistrado a sua opinião ou, ainda, à motivação da decisão. Quanto ao excesso de linguagem, caracteriza-se pela violência de que venham a se revestir as expressões usadas pelo juiz, indicando uma atitude que se não compatibiliza com a regra da lei que determina sejam as suas disposições cumpridas com serenidade”* (CARVALHO, A. A. Contreiras de. *Lei Orgânica da magistratura nacional interpretada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 87.)

Neste sentido, emergem do documento expressões completamente inadequadas a um Magistrado, violentas e grosseiras, utilizadas naquela ocasião:

“o poste está urinando no cachorro” (fl. 254)

“O subscritor destas informações não sofre de síndrome de down” (fl. 254)

Para a alegria do Juiz Paulo Sérgio Barbosa de Oliveira” (fl. 255)

“eu sou palhaço é?!” (fl. 256)

Ademais, além da linguagem pouco polida, o Magistrado empregou tratamento desrespeitoso e descortês a colegas, partes e servidores, conforme se ilustra:

“(...) não conheço o Sérgio Luis Rocha Pinheiro Hathrow, e nem quero conhecer. E se, de fato, houve extorsão, ele não é meu colega, eis que não sou colega de bandido – isso falo para ele e para qualquer outro magistrado.” (fl. 254)

“Reiterei o ofício explicando à serventaria como se ela tivesse 5 anos de idade e, novamente, recebi mais um ‘h’ “. (fl. 254)

“Procuraram sucumbentes em processos e pagaram para que as partes me representassem (gastaram muito dinheiro com isso). Só que essa vagabundagem não lembra que existe só a ação de retificação de área” (fl. 254)

A prova é inconteste, porque produzida pelo próprio Magistrado. As ofensas encontram-se consignadas em um documento oficial, requisitado pela Corregedoria de Justiça, e o tom irônico, acompanhado de afirmações temerosas e não comprovadas, demonstra sobejamente a infração de diversos deveres funcionais, relacionados, sobretudo, à ética profissional, elencados no Código de Ética da Magistratura Nacional, na Lei Orgânica da Magistratura e na Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia.

e) manter conduta compatível com os preceitos do Código de Ética e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro (art. 1º do CEMN);

Do mesmo modo, o documento de fls. 254/258 demonstra a ofensa aos princípios do conhecimento e capacitação, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro, ao passo que o Magistrado consigna, como se fossem verdadeiras, informações que sequer foram apuradas por ele através do devido processo legal, e relata fatos que não guardam qualquer pertinência com o exercício da função judicante ou administrativa que lhe foi atribuída. Ilustra-se:

“Chegou em minhas mãos uma representação do pessoal da AIBA – acho que é da associação de produtores dizendo que a fazenda Passagem Funda tem cadeia sucessória de 66 anos. Eu sou palhaço é?” (fl. 256)

“E o pior ainda, tomei conhecimento de que a matrícula anterior já tinha sido can-

celada há mais de 10 anos por decisão do Tribunal de Justiça e a serventária ainda insistia em proceder registros e averbações. Então se ela baixou hipoteca e penhora sem autorização, como o Juiz Corregedor poderia dizer que o cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Coribe estaria em ordem?” (fl. 257)

“E outra coisa: eu mesmo já vi escrituras fazendo referência a Maria Florência na Comarca de Coribe. Então como pode o juiz corregedor dizer que a serventária Iêda agiu de forma correta e este magistrado agiu de forma equivocada ao comunicar o fato ao Ministério Público. Queria que eu escondesse o fato?” (fl. 257)

É dizer, se o magistrado estava questionando, em suas informações, a conduta de servidores e de outros juízes, inclusive do Juiz Auxiliar Corregedor, deveria ter utilizado em seu documento, além de linguagem técnica e respeitável, informações precisas, obtidas através de processos judiciais por ele conduzidos, ou através de informações oficiais, ou por ele devidamente averiguadas, jamais podendo consignar em um documento suposições ou notícias recebidas de terceiros, sem qualquer prova de que eram verídicas.

Ainda que não estivesse, naquele momento, no exercício da função jurisdicional, estava imbuído da função administrativa que lhe é legalmente atribuída, devendo zelar, em qualquer conduta que lhe diga respeito, pelo cumprimento do seu dever de prudência, diligência, integridade profissional, honra e decoro.

Da aplicação da penalidade:

Devidamente comprovadas as infringências dos deveres funcionais, cumpre delimitar a pena aplicável ao processado.

Segundo o artigo 42 da Lei Complementar nº 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura, “são penas disciplinares: I - advertência; II - censura; III - remoção compulsória; IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; VI – demissão”.

Cada uma das condutas acima descritas, se praticada individualmente e sem a existência de antecedentes que agravem a sanção do processado, é passível de punição através de advertência, censura ou remoção compulsória – penalidades mais brandas do que a disponibilidade com vencimentos proporcionais ou a aposentadoria compulsória.

Entretanto, no caso sob comento, o Magistrado infringiu diversos deveres funcionais, tanto no exercício da função judicante, como no exercício da função administrativa, pesando contra si a existência de outros processos administrativos, conforme certidão de fl. 116, já tendo sido julgados procedentes dois destes PADs – nº 0011756-11.2011.8.05.0000 e nº 0000558-69.2014.8.05.0000, com aplicação, em ambos, da pena de aposentadoria compulsória, cujos antecedentes devem ser levados em conta para efeitos de fixação da pena cabível.

Neste sentido, as condutas aqui descritas, somadas entre si, e observadas sob o prisma dos antecedentes do processado, ensejam a aplicação da pena de aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais.

Nos termos do art. 7º da Resolução 135/2011 do CNJ:

O magistrado será aposentado compulsoriamente, por interesse público, quando:
I - mostrar-se manifestamente negligente no cumprimento de seus deveres;
II - proceder de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;
III - demonstrar escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou apresentar comportamento funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Observando a citada Resolução, a penalidade se justifica, posto que ficou sobejamente comprovado nos autos, inclusive através das provas documentais colhidas na ocasião da Sindicância, que o Magistrado processado reiteradamente procedeu de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; além de haver demonstrado manifesto comportamento funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Deste entendimento não destoa o CNJ. Senão, vejamos:

AVOCAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESÍDIA. FAVORECIMENTO DE ADVOGADOS. REMOÇÃO E APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. LOMAN, ART. 42, III e V.

1. Imputação a magistrado de desídia no cumprimento dos deveres jurisdicionais e rapidez incomum no processamento de pedidos apresentados por determinados advogados.

2. Processo administrativo disciplinar que observou o direito de defesa, inclusive após a sua avocação pelo Conselho Nacional de Justiça.

3. A interrupção da prescrição ocorre com a decisão do Plenário ou do Órgão Especial que determina a instauração do processo administrativo disciplinar (Resolução CNJ 135, art. 24, § 1º).

4. Comprovação de condutas ofensivas do dever de cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício (art. 35, I, da Loman), bem como incompatíveis com a dignidade, a honra e o decoro das funções jurisdicionais (art. 56, II, da Loman).

5. “Ao magistrado que infringe seus deveres de neutralidade, independência e imparcialidade, descritos na LOMAN e no Código de Ética da Magistratura, comprometendo ‘não só a sua autoridade como a própria imagem de probidade que a sociedade deve ter da magistratura’, não havendo qualquer circunstância que atenuie sua responsabilidade, é adequada e proporcionalmente aplicada a pena de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais, pelo Tribunal a que se encontre vinculado” (Precedentes do CNJ).

6. Conversão do feito em processo administrativo disciplinar, com aplicação das penas de remoção e aposentadoria compulsórias. (CNJ - APD - Avocação - 0003651-84.2011.2.00.0000 - Rel. SAULO CASALI BAHIA - 184ª Sessão - 11/03/2014).

Ante o exposto, voto no sentido de **JULGAR PROCEDENTE** o processo, mediante a aplicação da pena de aposentadoria compulsória ao Magistrado processado, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

Determino ainda a extração das peças necessárias para apuração de eventual prática criminosa, remetendo-as ao Órgão do Ministério Público.

TJBA – Apelação n.º 0006608-47.2012.8.05.0141, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Lícia de Castro L. Carvalho, julgado em 04.08.2015

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EX SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO DE REINTEGRAÇÃO AO CARGO ANTES OCUPADO, RECEBIMENTO DE SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO DE AFASTAMENTO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREI-

TO. RECONHECIMENTO. DECRETO FEDERAL Nº. 20.910/32. INCIDÊNCIA, AINDA QUE SE TRATE DE AÇÃO AJUIZADA EM FACE DE ATO NULO. PROCESSO EXTINTO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPROVIDO.

Prescreve em cinco anos, contados do ato ou fato que o originou, todo ou qualquer direito ou ação contra Fazenda Pública. Inteligência do art. 1º do Decreto Nº 20. 910/32

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

Decorridos mais de cinco anos entre o ato de demissão e a propositura da ação, resta caracterizada a prescrição, nos termos do referido decreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CÍVEL Nº.0006608-47.2012.8.05.0141**, da Comarca de **JEQUIÉ**, sendo apelante **Antonio Carlos Brito** e apelado, **Município de Jequié**.

Acordam os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **negar provimento** ao recurso, confirmando a sentença.

RELATÓRIO

A sentença de fls.15/18, adotado o relatório, à luz do art. 269, IV do CPC e art. 1º do Decreto Federal nº 20. 910/32, julga extinto, com resolução de mérito, processo referente a ação ordinária de *“Reintegração cumulada com Indenização por Perdas e Danos”*, tombada sob nº 0006608-47.2012.8.05.0141, proposta por **Antonio Carlos Brito** em face do **Município de Jequié**.

Irresignado o demandante interpõe recurso de apelação, fls.20/27, independentemente de preparo, visando reforma da sentença a julgar procedente a ação. Alega, em síntese, sua condição de aprovado em concurso público municipal no ano de 1992, mas demitido por meio de Decreto Municipal nº. 2.985/94, que anulou o certame ‘sob alegação de existência de ilegalidade’; reconhecimento, por Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sede de apelação em mandado de segurança (nº 13870-7/00), da nulidade do ato administrativo que culminou com a demissão imposta, com determinação de reintegração dos impetrantes ao cargo antes ocupado; inocorrência de prescrição de fundo de direito em se tratando de ato administrativo nulo, e seu direito a imediata reintegração ao cargo, com pagamento de salários e vantagens relativos a todo período em que esteve impedido de exercê-lo, inclusive recebimento de indenização por dano moral. Exibe peças, **fls. 28/30**.

Município de Jequié, inobstante intimado, não ofereceu resposta. Certidão à **fl. 33**.

Recurso encaminhado a esta instância, distribuído para a Quarta Câmara Cível, cabendo-me a função de relatora.

É o relatório que submeto à apreciação de eminente Desembargador Revisor.

VOTO

A presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso impõe seu conhecimento.

Não assiste razão ao recorrente.

Cuidam os autos de Ação proposta por **Antonio Carlos Brito** em face do Município de Jequié, em 27/11/2013, visando anulação de ato administrativo consubstanciado em decreto Municipal datado de 30 de março de 1994, que anulou o concurso público no qual fora aprovado e, por conseguinte, o demitiu do cargo público para o qual havia sido nomeado em 1992, fls. 09/10.

Não merece reforma, nem censura, a sentença guerreada, proferida com fundamentação adequada, em consonância com as provas e elementos carreados para os Autos, reconhecendo a ocorrência de prescrição do fundo de direito, nos seguintes termos:

*“ (...) Conforme narrado na inicial, o Decreto Municipal que exonerou o requerente é de 30 de março de 1994. Desde então tem-se passados 19 anos, ultrapassando em muito prazo de prescrição contra a Fazenda Pública, estabelecido pelo Decreto 20910/1932: Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim **todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.** (grifo nosso)*

Desta forma, se verifica, no caso em tela a ocorrência da prescrição, que pode ser observada de ofício pelo magistrado, conforme o CPC:

Art.219. [• c]

*§ 5º O juiz pronunciará, **de ofício**, a prescrição. (grifo nosso) Embora se tenha declarado nulo o ato administrativo, a sentença proferida no Mandado de Segurança não tem o condão de reiniciar a contagem do prazo prescricional, posto que ação proposta por terceiros não gera a suspensão do prazo prescricional erga omnes, tão somente inter partes.*

Assim, o marco inicial da contagem do prazo é a publicação do ato demissionário. Sobre o assunto é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRETENSÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA EXCLUSÃO.

1. A demanda visando à reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos contados do ato de sua exclusão.

(STJ, T1, AgRg no REsp 1217235 / RJ. Relator(a): Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Data do Julgamento: 01/09/2011. Data da publicação/Fonte: DJe 08/09/2011).

Ainda recentemente, o STJ corroborou seu posicionamento:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. ATO NULO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. O prazo para propositura de ação de reintegração de policial militar é de 5 (cinco) anos, a contar do ato de exclusão ou licenciamento, nos termos do Decreto 20.910/32, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

(STJ, T1, AgRg no AREsp 47688/GO. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA. Data do Julgamento: 21/03/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/04/2013). Ainda que se argumente que o ato foi declarado nulo, e sua nulidade pudesse gerar efeitos erga omnes, prevalece o marco inicial da prescrição do direito do autor:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. DECRETONº 20.910/32. OCORRÊNCIA 1. A ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de exclusão ou licenciamento, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo e que trate de verbas alimentares. (STJ, T6, AgRg no REsp 1171808 / RS. Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data do Julgamento: 14/02/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 27/02/2012).

Necessário é que o magistrado observe de ofício tal fenômeno, e ainda no nascedouro dos processos, resguardando não somente o interesse público, como também a segurança jurídica, evitando assim a propositura de inúmeras de ações, tornando ainda mais abarrotado o Poder Judiciário com demandas propostas a destempo, como bem alude o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do STJ:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ATO DEMISSÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento do STJ é o de que, conforme disposto do art. 1º do Decreto 20.910/32, é de cinco anos, a contar da demissão, o prazo para ajuizamento de ação objetivando reintegração de servidor.

2. O instituto da prescrição, originário do Direito Civil, tem a função de pacificar as relações da vida social, e, apesar de sua carga extintiva de certas pretensões individuais legítimas, não pode ser superado apenas em razão desse efeito, qualquer que seja a parte que o invoque ou a que seja por ele beneficiada. (STJ, T1, AgRg no Ag 1424392 / DF. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Data do Julgamento: 06/09/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 14/09/2012). (...).”

Prescreve em cinco anos, contados do ato ou fato que o originou, todo ou qualquer direito ou ação contra Fazenda Pública. Inteligência do art. 1º do Decreto Nº 20. 910/32, *in verbis*,

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

Decorridos mais de cinco anos entre o ato de demissão e a propositura da presente ação, resta caracterizada a prescrição, nos termos do referido decreto. Ademais, não socorre ao apelante o reconhecimento, por Tribunal de Justiça da Bahia, da nulidade do ato administrativo demissório, em acórdão proferido nos idos de 2000, em sede de apelação em Mandado de segurança impetrado por alguns dos ex-servidores em face da Municipalidade, (n.13870-7/00), haja vista que sequer integrou aquela lide, não sendo atingido por seus efeitos, produzidos ‘inter partes’ e não ‘erga omnes’. O apelante não pode ignorar a prescrição de fundo de direito consumada, consistente na perda de ação atribuída a um direito, pelo não uso, por mais de cinco anos.

Consoante jurisprudência pacificada do STJ:

“O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos termos do Decreto n. 20.910/32, o prazo para a propositura da ação de reintegração de cargo público é de cinco anos, a contar do ato que excluiu o servidor público, ainda que o ato seja nulo” (AgRg no REsp 1.158.353/AM, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/08/2014).

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EREsp 545.538/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 05/11/2009).

Por tais razões nega-se provimento ao recurso.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0016021-85.2013.8.05.0000, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, julgado em 18.05.2015

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR VIOLAÇÃO AO ART. 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVAS DA INÉRCIA DA JUNTADA DA PETIÇÃO DE AGRAVO. ARGUIÇÃO REJEITADA. PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES. CONTRATAÇÃO DA NETA PARA CARGO EM COMISSÃO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. EXISTÊNCIA DE PROVAS MÍNIMAS. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NEPOTISMO. RECEBIMENTO DA INICIAL. MEDIDA IMPOSITIVA. ARGUMENTO DE INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA REJEITADO. FUNDAMENTOS SUCINTOS. CONCLUSÃO LÓGICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. Preliminar de Violação ao Art. 526 do Código de Processo Civil. Compulsando-se os autos, verifica-se que o agravado não comprovou a sua alegação de que o agravante não teria cumprido a determinação constante do art. 526 do Código de Processo Civil, posto que não juntou a certidão aludida nas suas contrarrazões do presente recurso. Assim, rejeita-se a arguição de descumprimento do art. 526 do Código de Processo Civil.

II. No mérito, versa a lide acerca do recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa ajuizada em face do agravante por ter contratado parente sua para cargo comissionado no órgão que dirigia. Da detida análise dos

autos, infere-se que o Ministério Público do Estado da Bahia, com fundamento em indícios de prática de ato que se desvela como de improbidade administrativa ajuizou a demanda originária com a finalidade de verificar a ocorrência de nepotismo.

III. In casu, a agravada, na exordial da ação principal, aludiu a ocorrência da prática de nepotismo por parte do ora agravante, uma vez que esse nomeou Carla Fernanda da Silva Oliveira, sua neta, para o cargo de Controladora Interna da Câmara.

IV. Não se deve confundir decisão sucinta com falta de fundamentação. Se o magistrado não se alongar acerca do tema, mas apontar, ainda que de maneira deveras objetiva, a razão de decidir, não há que se falar em violação ao disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição da República. Com efeito, a decisão resultou de um exercício lógico, em que premissas e conclusões guardam pertinência, não havendo o que se falar em ausência de fundamentação. Rejeita-se, portanto, a alegação de nulidade da decisão agravada.

V. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, voto no sentido de REJEITAR a preliminar arguida e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento nº. **0016021-85.2013.805.0000**, de Camamu, em que são agravante e agravado, respectivamente, CARLOS FERNANDO DA SILVA e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar arguida e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, pelos motivos adiante expendidos.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por CARLOS FERNANDO DA SILVA contra a decisão proferida pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara dos Feitos de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Camamu, que, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, recebeu a inicial da Ação de Improbidade Administrativa.

Irresignado, o agravante pugnou pela reforma da decisão, sob o fundamento de que a decisão de recebimento da inicial não enfrenta o conjunto probatório, apenas fazendo menção às folhas do processo em que estão tais elementos probatórios, sem especificar os que foram utilizados para a formação do convencimento.

Salientou, ademais, que mesmo que na primeira fase do procedimento da ação civil pública por improbidade administrativa deve-se trabalhar com juízo de cognição sumária, tal fato não autoriza a falta de fundamentação.

Argumentou, também, que “*não há que se aplicar o princípio in dubio pro societate em sede de ação civil pública, bem como que o mesmo não é apto a funcionar como fundamentação idônea da inicial.*”

Diante de tais considerações, requereu o provimento do agravo para que seja indeferida a inicial da Ação de Improbidade Administrativa.

Em decisão proferida a fl. 108, restou indeferido o pleito liminar, determinando-se a inti-

mação do agravado para, querendo, apresentar contrarrazões, bem como a notificação do eminente magistrado singular para apresentar informações.

Notificado, o ilustre magistrado singular não apresentou informações, conforme se extrai da certidão de fl. 115.

Devidamente intimado, o agravado apresentou contrarrazões às fls. 132/136, alegando, preliminarmente, a inadmissibilidade do presente agravo de instrumento por violação ao art. 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil, posto que o agravante não juntou ao processo principal a cópia da petição do agravo de instrumento no prazo de 3 (três) dias após a interposição do recurso.

No mérito, sustentou que a decisão fora sucinta e bem fundamentada, restando inadmissível a sua reforma. Assim, pugnou pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às fls. 139/141, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

Presentes as condições de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Ab initio, cumpre analisar a preliminar de inadmissibilidade do recurso em razão da violação ao art. 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o agravado não comprovou a sua alegação de que o agravante não teria cumprido a determinação constante do art. 526 do Código de Processo Civil, posto que não juntou a certidão aludida nas suas contrarrazões do presente recurso.

Assim, rejeita-se a arguição de descumprimento do art. 526 do Código de Processo Civil.

No mérito, versa a lide acerca do recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa ajuizada em face do agravante por ter contratado parente sua para cargo comissionado no órgão que dirigia.

Da detida análise dos autos, infere-se que o Ministério Público do Estado da Bahia, com fundamento em indícios de prática de ato que se desvela como de improbidade administrativa, ajuizou a demanda originária com a finalidade de verificar a ocorrência de nepotismo.

A Constituição Federal de 1988, visando assegurar o Estado Democrático de Direito brasileiro, estabeleceu, em seu art. 37, os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência como norteadores das normas de Direito Administrativo, que são imperativas aos atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição (...). (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

Com efeito, o texto constitucional impõe ao Administrador Público atuação ética a expressar o atendimento dos deveres de probidade e moralidade, pena de aplicação de medidas legalmente previstas.

In casu, a agravada, na exordial da ação principal, aludiu a ocorrência da prática de nepotismo por parte do ora agravante, uma vez que esse nomeou Carla Fernanda da Silva Oliveira, sua neta, para o cargo de Controladora Interna da Câmara.

O nepotismo caracteriza-se pela nomeação, por Administradores Públicos, de parentes consanguíneos e afins, para ocupação de cargos de comissão e confiança, prática que por traduzir ideia de favorecimento, é considerada ofensiva aos princípios mencionados.

Nesse prisma, o nepotismo, em sua essência, remete à ideia de favorecimento, razão pela qual a nomeação, por Administradores Públicos, de parentes consanguíneos e afins, para ocupação de cargos de comissão e confiança, em face da considerável influência do vínculo familiar como motivação do ato administrativo, é tida como conduta imoral.

O Supremo Tribunal Federal assenta que a proibição ao nepotismo na nomeação para cargos em comissão decorre da própria Constituição Federal, dispensada, pois, normatização estadual ou municipal específica sobre a matéria.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, restou ainda mais cristalino o referido entendimento, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº. 13 do STF: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Diante de tais fatos, o eminente magistrado singular, com indícios probatórios suficientes, recebeu a inicial da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, posto que restou vislumbrado, *in initio litis*, a possibilidade de ter ocorrido a prática de nepotismo pelo agravante.

Neste diapasão, é o entendimento jurisprudencial:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE PARA OCUPAR CARGO EM COMISSÃO. NEPOTISMO. PRÁTICA VEDADA PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 13. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL PROIBITIVA. DESNECESSIDADE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

“O nepotismo deve ser combatido independentemente da existência de lei municipal proibitiva, pois viola escancaradamente princípios constitucionais basilares, tais como o da moralidade, o da impessoalidade, o da isonomia e o da eficiência, os quais são hierarquicamente superiores às demais normas e positivamente vinculantes” (RN nº 2008.060797-0, Rel. Des. Luiz César Medeiros) – (TJSC – AC n. 2008.011177-8, Rel. Des. Newton Janke, j. 27.7.10).

No mesmo sentido:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEPOTISMO. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE Nº 13 DA SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSOS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. A pretensão do agravante em produzir provas para atestar a eficiência e probidade da sua Assessora Parlamentar esbarra no Verbo nº 13 da Súmula Vinculante do e. Supremo Tribunal Federal, na medida em que a servidora em comento é sua irmã.

4. Negativa de seguimento que se impõe, diante do fato de que a pretensão do agravante vai de encontro a Súmula do Supremo Tribunal Federal. SEGUIMENTO NEGADO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (TJRS – 3ª Câmara Cível, AI nº. 70026391532, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 26/09/2008).

Na mesma linha, é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DESTA PRESIDÊNCIA, QUE INDEFERIU O PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR, CONCEDIDA EM AÇÃO POPULAR. FILHA DO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS, NOMEADA PARA O CARGO DE DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE TRIBUTOS DAQUELA MUNICIPALIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE NEPOTISMO, A TEOR DA SÚMULA VINCULANTE Nº. 13, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA, INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA, OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA, EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (TJBA – Tribunal Pleno, AR nº. 36045-9/2008, Rel. Des. Sílvia Carneiro Santos Zarif, j. 12.09.2008).

Frise-se, ademais, que “além de relatado o fato de maneira pormenorizada, caracterizando a conduta de cada agente, ainda cuidou de fazer acompanhar a inicial de documentos que, aparentemente, comprovam o parentesco entre ambos. Para tanto, juntou o ato de contratação e o respectivo cargo ocupado e a certidão de nascimento da contratada, além de documento pessoal do contratante e o nexo causal relativo à conduta ilícita apontada, tudo diretamente ligado aos protagonistas.” (COSTA, Paulo Marcelo. Parecer Ministerial nº. 636/2015).

Com efeito, traz-se o entendimento jurisprudencial:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A comprovação da efetiva responsabilidade pelo ato de improbidade administrativa – se houve conduta omissiva ou comissiva relativa à prática de nepotismo – será apurada na fase instrutória do processo. Correto o recebimento da petição inicial. Recurso Improvido. (TJSP – 7ª Câmara de Direito Público, AI nº. 0011031-37.2011.826.0000, Rel. Des. Moacir Peres, julgado em 02.05.11).

Por fim, tem-se que a fundamentação da decisão agravada fora sucinta, restando inadmissível reconhecer a sua nulidade, posto que foram apresentados os argumentos e a conclusão lógica da fundamentação do *decisum*.

Não se deve confundir decisão sucinta com falta de fundamentação. Se o magistrado não se alongar acerca do tema, mas apontar, ainda que de maneira deveras objetiva, a razão de decidir, não há que se falar em violação ao disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição da República.

Com efeito, a decisão resultou de um exercício lógico, em que premissas e conclusões guardam pertinência, não havendo o que se falar em ausência de fundamentação. Nesse sentido, transcrevo trecho do aresto do Superior Tribunal de Justiça:

O magistrado, para corretamente motivar suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos argüídos pelas partes. Admite-se a fundamentação sucinta, desde que suficiente à segura resolução da lide, ou seja, desenvolvida consoante a livre convicção do juiz e em atenção aos elementos peculiares ao caso concreto. In casu, a Corte a quo manifestou-se, conquanto sucintamente, de forma clara e coerente, sobre as questões suscitadas na petição inicial da ação rescisória, quais sejam, dolo da parte vencedora, violação à literal disposição de lei, documento novo e erro de fato. Precedentes (AgRg no Ag nº 627.816/MG; REsp nºs 605.068/RS, 401.635/MG e 592.007/RS). (STJ – 4ª Turma Julgadora, REsp 334.600/CE, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 04.05.2006, DJ 29.05.2006, p. 250).

Rejeita-se, portanto, a alegação de nulidade da decisão agravada.

Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, voto no sentido de REJEITAR a preliminar arguida e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0023597-32.2013.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Mauricio Kertzman Szporer, julgado em 14.08.2015

MANDADO DE SEGURANÇA – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXTERNA – RESOLUÇÃO Nº 09/2013 – ATIVIDADE DE NATUREZA EXCLUSIVAMENTE EXTERNA – ENTENDIMENTO DO PLENO DESTA CORTE DE JUSTIÇA – SEGURANÇA DENEGADA.

1. Entendeu o Colegiado desta Corte que a Gratificação de Atividade Externa deve ser concedida, tão somente, aos titulares do cargo de Oficial de Justiça avaliador, quando em exercício regular de cumprimentos de mandados e atos processuais de natureza externa.
2. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Mandado de Segurança nº 0023597-32.2013.8.05.0000, da Comarca de Salvador, em que é recorrente SINPOJUD - Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia e recorrido o Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, POR MAIORIA, **DENEGAR A SEGURANÇA**, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado pelo SINPOJUD – SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA, contra ato do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA que, ao editar a Resolução nº 09, de 19 de junho de 2013, limitou a percepção da Gratificação de Atividade Externa apenas aos servidores do Cargo de Oficial de Justiça Avaliador.

Sustenta o impetrante que o ato administrativo objurgado contrariou frontalmente a norma legal instituidora da gratificação. Acrescenta que a similitude entre as atividades desenvolvidas

pelo grupo de servidores que representa e a categoria beneficiada pela Resolução, conduz forçosamente à equiparação na percepção da gratificação. Requereu fosse implementado o pagamento da GAE aos Agentes de Proteção ao Menor, Motoristas Judiciários e Auditores do Poder Judiciário do Estado da Bahia, nos mesmos moldes pagos aos Oficiais de Justiça, inclusive o pagamento às parcelas retroativas.

Assistência judiciária gratuita indeferida às fls. 72/74.

Custas recolhidas às fls. 76/80.

Despacho da lavra da Juíza Convocada Cassinelza da Costa Santos Lopes à fl. 87, reservando-se a apreciar o pedido liminar após a formalização do contraditório.

A autoridade impetrada, às fls. 90/92, informou que a GAE perseguida é devida àqueles servidores cujos cargos possuem atribuições soberanamente de natureza externa. Em virtude do conceito abstrato do que se entende por “soberanamente externo”, o Pleno desta Corte de Justiça entendeu que é aquela atividade cuja natureza é absolutamente externa e desde quando no exercício regular de cumprimento de mandados e ato processuais de natureza externa, acrescenta.

Encaminhados os autos ao *Parquet*, este opinou às fls. 101/103, pela conversão do feito em diligência, a fim de que fosse citado o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada.

Acolhido o pronunciamento, consoante despacho de fl. 105, órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada foi citado, consoante fl. 107, quedando-se inerte, consoante certidão de fl. 111.

Retornando ao *Parquet*, este opinou definitivamente pela denegação da segurança, consoante parecer de fls. 113/121.

Ato contínuo, os autos retornaram-me conclusos.

Examinados, em condições de proferir voto e imune a revisão, solicitei a inclusão do feito em pauta de julgamento.

VOTO

Cinge-se a controvérsia acerca da legalidade, ou não, da Resolução do Tribunal de Justiça em limitar a percepção da gratificação por atividade externa somente aos Oficiais de Justiça Avaliadores e o seu não alcance aos servidores que ocupam os cargos de Agente de Proteção ao Menor, Motorista Judiciário e Auditor.

Dispõe a Lei nº 11.170/2008 – sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia –, em seu art. 13, que a gratificação por atividade externa é devida exclusivamente aos ocupantes de cargos cujas atribuições sejam **soberanamente de natureza desta e no exercício destas**. Vale transcrever:

“Art. 13 - Fica instituída a Gratificação de Atividade Externa – GAE, devida **exclusivamente aos ocupantes de cargos cujas atribuições sejam soberanamente de natureza externa e no exercício destas**.

§ 1º - A gratificação de que trata este artigo corresponde a 30% (trinta por cento) do vencimento básico do servidor, sendo implantada de forma gradativa, na proporção dos incisos I a V deste parágrafo, vedada a instituição de quaisquer outras gratificações dessa natureza no período compreendido entre 1º de setembro de 2008 e 31 de dezembro de 2017:

- I - 20% (vinte por cento) da gratificação, a partir de 1º de julho de 2013;
- II - 40% (quarenta por cento) da gratificação, a partir de 1º de julho de 2014;
- III - 60% (sessenta por cento) da gratificação, a partir de 1º de julho de 2015;
- IV - 80% (oitenta por cento) da gratificação, a partir de 1º de julho de 2016;

V - 100% (cem por cento) da gratificação, a partir de 1º de julho de 2017.

§ 2º - É vedada a percepção da gratificação prevista neste artigo pelo servidor designado para o exercício de função comissionada.

§ 3º - A percepção da gratificação de que trata o caput deste artigo é incompatível com o adicional de periculosidade”.

A Lei de Organização Judiciária, ao dispor sobre as atribuições de cada cargo/função, mormente com relação aos beneficiados e estes substituídos que buscam a percepção da gratificação, assim dispõe:

“Art. 256 - Ao Oficial de Justiça Avaliador compete, de modo específico:

I - cumprir os mandados, fazendo citações, intimações, notificações e outras diligências emanadas do Juiz;

II - fazer inventário e avaliação de bens e lavrar termos de penhora;

III - lavrar autos e certidões referentes aos atos que praticarem;

IV - convocar pessoas idôneas que testemunhem atos de sua função, quando a lei o exigir, anotando, obrigatoriamente, os respectivos nomes, número da carteira de identidade ou outro documento e endereço;

V - exercer, cumulativamente, quaisquer outras funções previstas nesta Lei e dar cumprimento às ordens emanadas do Juiz, pertinentes ao serviço judiciário.

§ 1º - Nenhum Oficial de Justiça Avaliador poderá cumprir o mandado por outrem sem que antes seja substituído expressamente pelo Juiz da Vara de onde emanar a ordem, mediante despacho nos autos. Em caso de transgressão, o Juiz mandará instaurar sindicância e o conseqüente processo disciplinar.

§ 2º - O Oficial de Justiça Avaliador somente entrará em gozo de férias estando os mandados a ele distribuídos devidamente certificados e devolvidos à respectiva Vara ou Juizado, cabendo a estes órgãos expedir certidão negativa destinada à Diretoria do Fórum.

§ 3º - No cumprimento das diligências do seu ofício, o Oficial de Justiça Avaliador, obrigatoriamente, deverá exibir sua cédula de identidade funcional.

§ 4º - Nas certidões que lavrar, o Oficial de Justiça Avaliador, após subscrevê-las, aporá um carimbo com seu nome completo e sua matrícula.

§ 5º - Nas avaliações de bens imóveis, móveis e semoventes e seus respectivos rendimentos, direitos e ações, o Oficial de Justiça Avaliador, descrevendo cada coisa com a indispensável individualização e clareza, atribuir-lhes-á, separadamente, a natureza e o valor, computando, quando se tratar de imóveis, o valor dos acessórios e das benfeitorias.

§ 6º - O Oficial de Justiça Avaliador tem fé pública nos atos que praticar, não sendo obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”.

“Art. 260 - Cumprir ao Agente de Proteção à Criança e ao Adolescente:

I - proceder, mediante determinação judicial, às investigações relativas às crianças e adolescentes, seus pais, tutores ou encarregados de sua guarda, com o fim de esclarecer a ocorrência de fatos ou circunstâncias que possam comprometer sua segurança física e moral;

II - apreender e conduzir, por determinação judicial, crianças e adolescentes abandonados ou infratores e proceder, a respeito deles, às investigações referidas no inciso anterior;

III - fiscalizar adolescentes sujeitos à liberdade assistida, bem como crianças e adolescentes entregues mediante termo de responsabilidade e guarda;

IV - exercer vigilância sobre crianças em ambientes públicos, cinemas, teatros e casas de diversão pública em geral, mediante ordem de serviço específica para a diligência;

V - apreender exemplares de publicações declaradas proibidas;

VI - representar ao juiz sobre as medidas úteis ou necessárias ao resguardo dos interesses da criança e do adolescente;

VII - lavrar autos de infração às leis ou ordens judiciais relativas à assistência e proteção à criança e ao adolescente;

VIII - fiscalizar as condições de trabalho dos adolescentes, especialmente as referentes a sua segurança contra acidentes;

IX - cumprir e fazer cumprir as determinações do Juiz e das autoridades que com ele colaboram na execução de medidas de proteção à criança e ao adolescente”.

Da exegese das disposições legais acima descritas, fácil verificar a distinção entre as atividades desempenhadas pelos substituídos e pelos paradigmas, quando este desempenham atribuições de caráter soberanamente externa, vale traduzir, cuja essencialidade ou integralidade, desde que seja quando do exercício da função, é realizada de forma externa, fora das dependências do Judiciário.

Esta interpretação e enquadramento legal foram amplamente discutidos em sessão plenária desta Corte (vide fls. 93/95), o que resultou na edição da Resolução que, obtemperou, acertadamente, pela restrição ao pagamento da gratificação, sobretudo em razão da natureza da atividade que a lei visa recompensar. Destaco:

“CONSIDERANDO que, nos termos do art. 13 da Lei Estadual nº 11.170, de 26 de agosto de 2008, a Gratificação de Atividade Externa – GAE é devida exclusivamente aos servidores no exercício de atribuições soberanamente de natureza externa; e

CONSIDERANDO que a Lei de Organização Judiciária, em seu art. 256, atribui ao Oficial de Justiça Avaliador o cumprimento de atividades preponderantemente de natureza externa;

RESOLVE

Art. 1º A Gratificação de Atividade Externa a que se refere o art. 13 da Lei Estadual nº 11.170, de 26 de agosto de 2008, é devida exclusivamente aos servidores titulares do cargo de Oficial de Justiça Avaliador, quando em exercício regular de cumprimento de mandados e atos processuais de natureza externa, na forma estabelecida pela legislação processual civil, penal, trabalhista e demais leis específicas”.

Este entendimento, por exemplo, é o mesmo que decorre da Lei 11.416/06 – que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União –, que, ao tratar sobre a Gratificação da Atividade Externa, assim dispõe:

“Art. 16º: Fica instituída a Gratificação de Atividade Externa - GAE, devida exclusivamente aos ocupantes do cargo de Analista Judiciário referidos no § 1º do art. 4º desta Lei”.

“Art. 4º: As atribuições dos cargos serão descritas em regulamento, observado o seguinte:

[...]

§1º: Os ocupantes do cargo de Analista Judiciário - área judiciária cuja atribuições estejam relacionadas com a execução de mandados e atos processuais de natureza externa, na forma estabelecida pela legislação processual civil, penal, trabalhista e demais leis especiais, serão enquadrados na especialidade de Oficial de Justiça Avaliador Federal”.

Não se pode olvidar que, ante o amparo legal acima descrito, o Tribunal de Justiça da

Bahia, no exercício da sua competência de elaborar regulamentos necessários à plena eficácia da Lei, agiu em estrita legalidade ao limitar a percepção da gratificação aos paradigmas perseguidos pelos substituídos.

Quanto à competência para elaborar regulamentos acerca da matéria, vale acrescentar os seguinte dispositivos da Lei 11.170/2008:

“Art. 25 - Caberá ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia baixar os atos regulamentares necessários à aplicação desta Lei, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar de sua publicação.

“Art. 29 - As dúvidas decorrentes da implantação do Plano de Carreiras e Vencimentos dos Servidores do Poder Judiciário da Bahia serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça.

Neste sentido foi o pronunciamento ministerial:

“Desta forma, percebe-se, sem embaçamentos, que não há qualquer ilegalidade na resolução editada, tendo em vista que a legislação em comento expressamente autoriza o Tribunal de Justiça da Bahia a editar Regulamentos, a fim de possibilitar a aplicabilidade e eficácia de seus dispositivos.

A outro giro, já que se dizer que o Poder Judiciário, apesar de, como os demais Poderes, encontrar-se adstrito ao princípio da legalidade administrativa, é dotado de autonomia financeira a administrativa, lhe sendo permitido, desta forma, organizar os seus servidores por meio de atos infralegais, [...]”

Quanto ao *meritum causae*, assim foi o pronunciamento:

“Nesse passo, impunha-se ao impetrante elencar e demonstrar, documentalmente, na sua peça vestibular quais seriam os cargos dispostos na Resolução nº 001/2013, revogada pela Resolução nº 009/2013, que possuíam atribuições soberanamente de natureza externa, de modo a fazerem jus à continuidade do recebimento da referida gratificação, nos termos da lei.

Deste ônus, efetivamente, o Autor Mandamental não se desincumbiu, como se nota da simples – e ainda que perfunctória – leitura da peça incoativa”

Ao final, conclui o *custus legis* que “[...] com esteio na argumentação supra apresentada, posiciona-se o Ministério Público do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria-Geral de Justiça, atuando como fiscal da ordem jurídica (*custus juris*), pela denegação da segurança pretendida, ante a ausência de ilegalidade no ato impetrado e, por consequência, ausência de direito líquido e certo a ser amparado pelo presente writ”.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, **voto no sentido de DENEGAR A SEGURANÇA** vindicada, nos termos lançados acima.

TJBA – Apelação Cível nº 0318084-75.2011.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Augusto de Lima Bispo, julgado em 09.03.2015

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. PEDIDO DE CUMULAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO POLICIAL E GRATIFICAÇÃO DE COMANDO COM GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. AFASTADA. MÉRITO. SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO POLICIAL MILITAR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. IMPLANTAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL MILITAR. GRATIFICAÇÕES QUE TÊM O MESMO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE COMANDO. BENEFÍCIO DEVIDO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE COMANDO E DIREÇÃO. NATUREZA *PROPTER PERSONA*. SUPRESSÃO INDEVIDA. APELO PROVIDO, EM PARTE.

Inobservada a incidência da prescrição do fundo de direito nas ações em que se discute o adimplemento de gratificação que possui natureza de trato sucessivo, nos exatos termos da Súmula 85 do STJ.

Pertinente é a percepção da Gratificação de Atividade (GAPM) em substituição à Gratificação de Função (GFPM), como previsto em Lei, visto que ambas decorrem de um mesmo fato gerador, qual seja, compensar o exercício das atividades e os riscos a elas inerentes, não implicando, destarte, ofensa ou violação a princípios constitucionais.

A Gratificação de comando decorre do efetivo exercício da atividade de comando, perdurando enquanto durar tal status. Injustificável a pretensão da supressão da referida vantagem, sob pena de violar direito adquirido, aos policiais militares da ativa, que já auferiam o benefício antes da vigência da Lei 7.145/97.

PREJUDICIAL AFASTADA. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0318084-75.2011.8.05.0001, tendo como Apelante **Gabriel Manuel da Silva Neto** e como apelado o **Estado da Bahia, ACORDAM os Desembargadores** integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade**, em **CONHECER a apelação**, afastando a prejudicial de prescrição e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, reformando a sentença a quo.**

RELATÓRIO

O presente Recurso de Apelação foi interposto por **Gabriel Manuel da Silva Neto** contra sentença prolatada, às fls. 40/47 pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia, nos autos da Ação Ordinária, tombada sob o 0318084-75.2011.8.05.0001, proposta pelo próprio Apelante, que decidindo antecipadamente a lide, julgou improcedente a ação, por entender pela impossibilidade de acumulação da Gratificação de Função Policial com a Gratificação por Atividade Policial, enquanto que a Gratificação de Comando somente é devida pelo efetivo exercício da atividade de comando e direção.

Condenou a parte autora no pagamento das custas e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, todavia, tendo em vista que a parte é beneficiária da Gratuidade da Justiça, suspendeu os efeitos da condenação, nos termos do art. 12 da lei 1060/50.

Irresignada com o *decisum*, a parte autora apelou, às fls. 58/75, aduzindo que a GFPM não pode ser entendida como transitória, mas própria e perenemente vinculada ao cargo exercido, atraindo, portanto, a natureza de adicional. Diz, assim, que deve ser respeitado o direito adquirido, visto que o adicional já havia se incorporado ao patrimônio jurídico da apelante e sua supressão violou o regramento do art. 37 da Constituição Federal.

Sustenta, ainda, a possibilidade de cumulação da gratificação de Comando com a GAPM, alegando que a aludida Gratificação possui caráter personalíssimo e que não poderia ser suprimida por advento da instituição da GAPM.

Ao final, pugna pelo provimento da apelação, a fim de que seja reformada a sentença e julgada procedente a ação.

Nas contrarrazões, de fls. 80/92, em síntese, o Estado da Bahia, pleiteia o acolhimento da prejudicial de mérito, com o reconhecimento da prescrição do fundo de direito, sob o argumento de que o marco inicial da prescrição operou-se com a publicação da lei que suprimiu a gratificação em destaque. No mérito, aduz que a cumulação das gratificações é ilegal, na medida em que a GAPM foi instituída em caráter substitutivo, e não cumulativo, sendo, pois, juridicamente impossível. Trata do posicionamento do STJ e do STF quanto à inalterabilidade do regime remuneratório do servidor público. Quanto às gratificações, informa que têm idêntico fato gerador, sendo juridicamente impossível o acréscimo cumulativo de vantagens, sob pena de violação ao inciso XIV, do art. 37 da CF.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque presente seus pressupostos de admissibilidade.

Quanto à prejudicial de prescrição, não assiste razão ao apelado desde quando a ação foi ajuizada dentro do quinquênio legal, sendo o Estado da Bahia devidamente citado, inclusive, contestando a ação tempestivamente, sem prejuízos.

É importante frisar, ainda, no que diz respeito à prescrição, que a presente demanda envolve relação de trato sucessivo, quitadas através de prestações periódicas, de caráter alimentar, renovadas mês a mês, em que figura como devedora a Fazenda Pública, recaindo a prescrição quinquenal somente sobre as parcelas anteriores à propositura da ação, nunca sobre o direito às gratificações em si mesmo, sendo por conseguinte aplicável a súmula 85. É o que se depreende do seguinte aresto colacionado *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL. LEI ESTADUAL Nº 1.990/97. EXTINÇÃO DE GRADUAÇÕES. RECLASSIFICAÇÃO. SERVIDORES INATIVOS. EXTENSÃO DOS REAJUSTES CONCEDIDOS AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE SE PLITEAR A REFERIDA VANTAGEM PERANTE O JUDICIÁRIO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 85/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - A Eg. Quinta Turma desta Corte tem entendido que proposta ação de revisão de proventos com o fito de obter a equivalência dos proventos do autor com o soldo de militar em grau hierárquico superior imediato ao que ocupava quando na ativa, a relação jurídica é de trato sucessivo, de natureza alimentar, devendo a prescrição atingir somente as prestações vencidas antes do quinquênio. Precedentes. II - Agravo desprovido”. (AgRg no AI nº 730.198/2005 – RS, julgado em 21/03/2006, Rel. Min. Gilson Dipp).

No mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO AFASTADA – RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO – MÉRITO – ADICIONAL DE FUNÇÃO – SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO – ART. 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA – Nas prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial renova-se a cada período, diante da prática de ato omissivo continuado. Na conformidade do artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, viola o princípio da isonomia a concessão do adicional de função somente aos servidores em atividade, visto que aos proventos dos servidores inativos deve ser estendida toda vantagem deferida aos da atividade, sobretudo quando decorrente de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, como na hipótese em concreto”. (TJMS – MS 2004.009783-2/0000-00 – Capital – 1ª S.Cív. – Rel. Des. Hamilton Carli – J. 06.12.2004).

Desse modo, mesmo que a presente ação houvesse sido ajuizada após transcorridos mais de cinco anos da vigência da Lei Estadual nº 7145/1997, o que, no caso, não ocorreu, permaneceria vivo o direito dos apelantes de cobrar os valores relativos aos meses subsequentes, **não podendo se falar em prescrição de fundo de direito**.

No mérito, com efeito, a Lei 7.145/97 em seu artigo 12 extinguiu, entre outras gratificações, a Gratificação de Função Policial Militar, senão vejamos:

Art. 12 - Ficam extintas, a partir da vigência desta Lei, as Gratificações de Função Policial Militar, de Habilitação, de Comando e de Encargos Especiais do Fundo Especial de Aperfeiçoamento dos Serviços Policiais - FEASPOL, previstas, respectivamente, nas Leis nos 4.454, de 15 de maio de 1985, 6.403 de 20 de maio de 1992 e 6.896 de 28 de julho de 1995, e cancelados, conseqüentemente, os respectivos pagamentos.

Com o advento da Lei Estadual nº 7.145/97, foi instituída a “Gratificação de Atividade Policial Militar”. Confira-se o teor de seu artigo 6º:

Art. 6º - Fica instituída a Gratificação de Atividade Policial Militar, nas referências e valores constantes do Anexo II, que será concedida aos servidores policiais militares com o objetivo de compensar o exercício de suas atividades e os riscos delas decorrentes, levando-se em conta:

I - o local e a natureza do exercício funcional;

II - o grau de risco inerente às atribuições normais do posto ou graduação;

III - o conceito e o nível de desempenho do policial militar.

Extraí-se dos textos legais supramencionados que a GAPM e GFPM possuem o mesmo fato gerador, quando a Gratificação de Atividade Policial Militar foi instituída com o objetivo de compensar o exercício das atividades de Policial Militar e os riscos dela decorrentes, fazendo os servidores militares jus, ainda que em níveis diferentes.

Seguindo esta linha de raciocínio, não há dúvida de que a GAPM (Gratificação de Atividade Policial Militar) é paga em decorrência do exercício da função Policial Militar. Deste modo, forçoso é reconhecer a impossibilidade de sua cumulação com a GFPM, gratificação que possui idêntico fundamento, isto é, mesmo fato gerador, pois, do contrário, estar-se-á violando o art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, o qual veda a cumulatividade de vantagens iguais.

Este, inclusive, é o posicionamento deste Egrégio Tribunal, consoante se infere dos arestos a seguir transcritos:

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. JULGADO. INCOERÊNCIA. VERIFICAÇÃO. GFPM E GAP. INACUMULAÇÃO. DECISUM. LACUNA. INOCORRÊNCIA. EMBARGANTES. INTUITO. NOVO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO. ACOLHIMENTO PARCIAL. Concluindo o acórdão que a GFPM não pode ser cumulada com a GAP e diante da demonstração de que os embargantes já recebem a primeira, evidente a contradição no decisum ao afirmar que os mesmos têm direito à segunda, pelo que corrigir-se o julgado afastando-se a dita incoerência e ratificando a conclusão do mesmo, no sentido de que os recorrentes não podem receber, cumulativamente, a GAP e a GFPM, daí porque e diante da incoerência de omissão, os aclaratórios devem ser acolhidos em parte apenas para corrigir parcialmente o acórdão, na forma dantes mencionada, até porque, quanto aos demais aspectos do julgado, buscam os recorrentes uma reapreciação de matéria já decidida. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. (TJ/BA, Apelação Cível nº 0086733-05.2010.8.05.0001, Des. Relator: Emílio Salomão Resedá; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 04/12/2012).

EMENTA: APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. POLICIAIS MILITARES. GAP. RECURSO DO ESTADO DA BAHIA. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85, STJ. PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS ANTERIORES AO QUINQUÊNIO QUE ANTECEDEU À PROPOSITURA DA AÇÃO. REJEIÇÃO DA PREFACIAL. INACUMULATIVIDADE DA GAP COM OUTRAS GRATIFICAÇÕES JÁ INTEGRADAS AOS VENCIMENTOS DOS AUTORES. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A GHPM. NATUREZAS DIVERSAS. INTEGRAÇÃO AOS PROVENTOS DE PENSIONISTAS DE POLICIAL MILITAR. VIABILIDADE. EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS FUNCIONÁRIOS EM ATIVIDADE. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 8º, DO ART. 40, E DO PARÁGRAFO 2º, DO ART. 42, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. GAP NÍVEL III. JORNADA DE TRABALHO SUPERIOR A 40 HORAS SEMANAIS. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. ART. 7º, §2º, DA LEI 7.145/97. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECEBIMENTO DA GAP NA REFERÊNCIA III. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE NESTE SENTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DOS §§ 3º E 4º DO ART. 20, DO CPC. RATIFICAÇÃO. APELO DE JORGE PEREIRA DE CARVALHO E ADOLFO RODRIGUES DE OLIVEIRA. PERCEPÇÃO DA GAP JUNTAMENTE COM A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO POLICIAL MILITAR GFPM. GRATIFICAÇÕES COM O MESMO FATO GERADOR. INACUMULATIVIDADE. PRETENSÃO. AFASTAMENTO. RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO DA BAHIA. IMPROVIMENTO. APELO MANEJADO PELOS AUTORES DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA, EM NECESSÁRIO REEXAME. (TJ/BA, Apelação Cível nº 0086733-05.2010.805.0001, Des. Relator: Emílio Salomão Resedá; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 18/09/2012)

APELAÇÕES CÍVEIS. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIOS. PEDIDO DE INTEGRAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL - GAP AOS PROVENTOS PERCEBIDOS POR SERVIDORES MILITARES APOSENTADOS. INACUMULABILIDADE ENTRE A GAP E A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO POLICIAL MILITAR - GFPM. [...] DE FORMA DIVERSA AO GHPM, NÃO PODERÁ SER A GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE POLICIAL - GAP CUMULADA COM A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO POLICIAL MILITAR (GFPM), GRATIFICAÇÃO ESTA QUE, SEGUNDO OS TERMOS DA LEI ESTADUAL Nº 7.145/97, POSSUI

O MESMO FATO GERADOR DA GAP. NESTE PONTO, COM A INCORPORAÇÃO DA GAP AO VENCIMENTO DOS AUTORES, A GFPM DEVERÁ SER SUBSTITUÍDA POR ELA NOS TERMOS POSTOS PELA SUPRACITADA LEI ESTADUAL. [...] (TJBA, Apelação nº 53812-7/2006, Quinta Câmara Cível, Rel. Desa. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA, j. 30/10/2007)

Registre-se, por oportuno, que a substituição da GFPM pela GAPM não se configura em ofensa ao direito adquirido, para o que impende trazer à colação o posicionamento da Suprema Corte, considerando-se que “[...] Não tem o servidor público direito adquirido à manutenção de determinado regime de composição de vencimentos ou proventos; o que a Constituição lhe assegura é a irredutibilidade deles; garantia respeitada sempre que, da aplicação do novo sistema legal, não advenha decréscimo da soma total da remuneração paga[...]”, como se configura no caso em tela.

Por outro lado, no que tange à Gratificação de Comando, a mesma foi instituída pela Lei Estadual nº 6.403/92, art. 14, *caput*, e § 2º, sendo devida aos Oficiais da Polícia Militar quando em efetivo exercício da atividade de comando, perdurando enquanto durar tal *status*.

O fato gerador da referida gratificação continua vigendo, posto que o autor atende aos requisitos necessários para recebê-la, quando estava em vigor sua lei instituidora, e até hoje não perdeu tal qualidade, não havendo razão para que tal remuneração seja extirpada de suas remunerações.

Assim, tratando-se de gratificação, que possui requisitos específicos, com natureza personalíssima, torna-se injustificável a supressão dos vencimentos dos oficiais, que já a auferia, antes da Lei 7.145/97, sob pena de afronta ao direito adquirido.

Neste mesmo sentido, precedente deste Colendo Tribunal.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CUMULAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO DE POLICIAL MILITAR E GRATIFICAÇÃO DE COMANDO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DAS GRATIFICAÇÕES QUE JÁ ESTAVAM INCORPORADAS ANTES DA LEI ESTADUAL 7.145/97. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. INJURIDICIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA CONFIRMADA. SUBSÍDIOS E VENCIMENTOS JÁ INCORPORADOS PASSARAM A INTEGRAR O PATRIMÔNIO DO APELADO, SENDO VEDADA A REDUÇÃO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 37 XV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO TEM O ESCOPO DE ESTIMULAR A QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL, SENDO UMA JUSTA RETRIBUIÇÃO PARA AQUELE POLICIAL MILITAR QUE APRIMORA, ATRAVÉS DE CURSOS OFICIAIS, O EXERCÍCIO DE SUA PROFISSÃO. A GRATIFICAÇÃO DE COMANDO DENTRO DA HIERARQUIA MILITAR, OU SEJA É PRIVATIVA DOS OFICIAIS DAQUELES QUE SÃO POSSUIDORES DA HABILITAÇÃO PARA ESTE EXERCÍCIO, CONSTITUINDO-SE O PAGAMENTO DESTA VERBA, ATO DE NATUREZA VINCULADA, DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ... (TJ-BA, Apelação Cível n.º 66099-1/2008, Relator: PAULO ROBERTO BASTOS FURTADO, Data de Julgamento: 16/01/2009, QUARTA CÂMARA CÍVEL).

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL à APELAÇÃO, para afastar a prejudicial de prescrição, e, no mérito, REFORMAR A SENTENÇA PARA JULGAR PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO INICIAL**, condenando o Estado da Bahia ao pagamento da Gratificação de Comando ao apelante, até que cessados os requisitos autorizadores da sua percepção, assim como os valores retroativos das parcelas decorrentes da sua exclusão, devendo incidir sobre o pagamento correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela devida,

medida pelo IPCA, e juros de mora, desde a citação, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, esclarecendo-se que, a partir do **advento da Lei 11.960/2009**, deve haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pelos autores devem ser ressarcidas pelo Estado, bem como os honorários advocatícios, que fixam-se em 10% do valor da condenação resultante.

TJBA – Mandado de Segurança n.º 0001283-78.2002.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª Maria da Graça Osório Pimentel, julgado em 08.08.2012

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO. PRELIMINARES VENTILADAS. REJEITADAS. ATIVIDADE JURÍDICA. CERTAME ANTERIOR A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2044. REGRA DO EDITAL VIOLADORA DA LEGALIDADE. PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

I- Nos termos do §3º do artigo 6º da Lei 12.016/2009, a autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que “tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

II- O Estado da Bahia, mediante representação regular, compareceu aos autos para oferecer manifestação de defesa, confrontando a argumentação autoral e sustentando a legitimidade da atuação administrativa, viabilizando a aplicação da teoria da encampação e firmando a competência desta Corte.

III- Quanto à suposta decadência da impetração, é inconteste não haver sentido em eleger a data de publicação do edital como marco para contagem do lapso decadencial. Na verdade, o questionamento é aprumado contra a exclusão da Requerente.

IV- Quanto à preliminar de nulidade processual, é incontroverso que a citação edilícia ocorreu, uma vez que foi publicado por duas vezes no Diário Oficial e por duas vezes em jornal de grande circulação, sendo ampla a publicidade, não tendo que se falar em nulidade.

V- A matéria já está pacificada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, no que toca aos concursos públicos para magistratura anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, o conceito de atividade jurídica deve ser entendido em seu sentido mais amplo, incluindo até mesmo atividades de estágio acadêmico e atividades desenvolvidas perante Tribunais, ainda que não privativas a bacharéis de Direito.

VI- É incontroverso, assim, que, para os concursos de magistratura anteriores à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, a atividade jurídica deverá ser interpretada de forma geral, compreendendo também atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito.

VII – Todavia, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 é que o cômputo do período de prática jurídica passou a ser considerado a partir do bacharelado.

VIII – Nesse sentido, o concurso foi realizado em 2002, anteriormente à reforma constitucional, tendo a Impetrante comprovado o exercício de atividade jurídica, em estágio acadêmico e como ocupante de cargo público privativo de bacharel em direito, cumprindo, assim, o prazo mínimo de 02 (dois) anos previsto na Lei nº 3.731/79.

IX- Nesse diapasão, a segurança deve ser concedida em parte a fim de assegurar à Impetrante que a banca examinadora do concurso considere preenchido o requisito de prática forense.

X- Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0001283-78.2002.805.0000-0 da comarca de Salvador, em que é Impetrante ITANA ECA MENEZES DE LUNA e Impetrado PRESIDENTE DA COMISSÃO EXAMINADORA PARA PROVIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores componentes o Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, para **REJEITAR A PRELIMINAR VENTILADA E CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA PLEITEADA**, e o fazem de acordo com o voto da relatora DESª. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL.

RELATÓRIO

Trata-se de *Mandado de Segurança com pedido liminar* impetrado por ITANA ECA MENEZES DE LUNA, qualificada nos autos, contra ato atribuído ao PRESIDENTE DA COMISSÃO EXAMINADORA PARA PROVIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, consistente em não reconhecer a sua regular aprovação no concurso público para o provimento de vagas para juiz substituto.

Relata a Impetrante que prestou o mencionado concurso público, logrando aprovação, obtendo a colocação de 97ª (nonagésima sétima) nas provas objetivas e subjetiva.

Sustentou que, de acordo com o edital nº 01/2002, o candidato deveria ser bacharel em Direito e ter exercido 03 (três) anos de advocacia, sem contar estágio, ou de cargo ou função pública para os quais se exija diploma em bacharel em Direito.

Alegou que essa regra afronta o art. 102 da Lei Estadual nº 3731/79, que preleciona que o candidato deve ter prática forense, adquirida no exercício de qualquer atividade ligado ao foro, durante, pelo menos, dois anos.

Salientou, assim, que o edital nº 01/2002 de 27/06/2002 teria violado a Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia.

Irresignada reclamou a Impetrante a concessão de medida liminar, assegurando-lhe o direito à posse no cargo de juíza substituta e no final a concessão da segurança.

Liminar indeferida à fl. 171.

Agravo Regimental às fls. 174/199.

Improvemento do Agravo às fls. 222/224.

Informações às fls. 228/235.

Parecer pela conversão do feito em diligência para que fosse feita a citação por edital de todos os candidatos aprovados no concurso.

Petição de fls. 313/314 da Impetrante solicitando o benefício da assistência judiciária para que fosse dispensada a publicação do edital em jornal local.

Decisão de fls. 322/323 indeferindo a gratuidade requerida.

Agravo Regimental interposto desta decisão e indeferido à fl.351 por intempestividade.

Embargos de Declaração às fls. 354/355, rejeitados, *in totum* por este egrégio Tribunal de Justiça.

O Estado da Bahia interveio no feito às fls. 463/471, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva da Autoridade Coatora; impossibilidade de incidência da Teoria da Encampação no caso concreto; impugnação tardia ao Edital e nulidade processual. No mérito, requereu a denegação da segurança.

Pronunciamento da Douta Procuradoria de Justiça às fls. 556/572, opinando pela concessão da segurança.

É, no que interessa, o **RELATÓRIO**.

VOTO

Nos termos do §3º do artigo 6º da Lei 12.016/2009, a autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que “tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

O Estado da Bahia, mediante representação regular, compareceu aos autos para oferecer manifestação de defesa, confrontando a argumentação autoral e sustentando a legitimidade da atuação administrativa, viabilizando a aplicação da teoria da encampação e firmando a competência desta Corte.

Quanto à suposta decadência da impetração, é incontestado não haver sentido em eleger a data de publicação do edital como marco para contagem do lapso decadencial. Na verdade, o questionamento é apurado contra a exclusão da Requerente.

Quanto a preliminar de nulidade processual, é incontroverso que a citação edilícia ocorreu, uma vez que foi publicado por duas vezes no Diário Oficial e por duas vezes em jornal de grande circulação, sendo ampla a publicidade, não tendo que se falar em nulidade.

Rejeitando essas preliminares e já passando à abordagem de mérito:

No mérito, cinge-se a controvérsia à possibilidade de exigência, em concurso público para provimento de vagas de juiz substituto realizado antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, da comprovação do exercício, por três anos, da advocacia ou de cargo ou função pública para os quais se exija diploma de bacharel em Direito.

Reza o consagrado aforismo que “o edital é a lei do concurso público”. Essa máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital, que não só é o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o regerão.

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da legalidade e moralidade, mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância. Com efeito, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitam com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.

Com efeito, dispõe o item 3.4 do Edital nº01/2002 – JS/TJBA, de 27 de junho de 2002 (fl.22), que regulou o certame, impôs, como requisito básico para a investidura no cargo:

3.4. Ser titulado bacharel em direito e ter exercido 03 (três) anos de advocacia, sem contar estágio, ou de cargo ou função pública para os quais se exija diploma de bacharel em Direito.

Entretanto, a Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia, Lei Estadual nº3731/79, que dispõe sobre o ingresso na Magistratura Estadual, não faz essa exigência ou restrição.

Nesse sentido:

Art. 102. LOJ-BA. Para inscrever-se no concurso, o candidato deverá preencher os seguintes requisitos:

(omissi)

IX- Ter prática forense, adquirida no exercício de qualquer cargo ou atividade ligada ao foro, durante, pelo menos, dois anos.

Perlustrando o tema de fundo, verifica-se, assim, que assiste razão à Impetrante ao alegar violação a direito líquido e certo.

Para sustentar minhas alegações, seguem excertos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre o caso estudado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DO ESTADO DA BAHIA. DECADÊNCIA. NAO CONFIGURAÇÃO. EXIGÊNCIA. EDITAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA POR TRÊS ANOS. COMPROVAÇÃO.

1. O prazo para impetração do mandamus inaugura-se com a ciência pelo interessado do ato que lhe feriu o direito líquido e certo. Precedentes.

2. Esta Corte consolidou o entendimento de que, para os concursos da magistratura anteriores à edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, o conceito de prática forense deve ser o mais amplo possível, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel de direito, como também as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito.

3. Demonstrado pelo impetrante o exercício de cargo público em que desenvolveu atividades relacionadas à área de direito, deve ser reconhecido seu direito líquido e certo de ter cumprido a exigência prevista no item 3.4 do Edital n. 01/2002.

4. Recurso ordinário provido.” (RMS 23.362/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009)

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO. ESTADO DA BAHIA. ATIVIDADE JURÍDICA. CONCEITO. I - Para os concursos da magistratura anteriores à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, esta e. Corte já tinha pacificado o entendimento de que o conceito de atividade jurídica deveria ser”interpretado de forma ampla, não se restringindo apenas ao exercício de cargo no Ministério Público, magistratura ou em cargo privativo de bacharel em Direito, bem como ao exercício da advocacia, compreendendo também atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica.”II - Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 é que o cômputo do período de prática jurídica passou a ser considerado a partir do bacharelado. Precedente : RMS nº 21.426-MT . III

- Na espécie, o concurso foi realizado em 2004, anteriormente à reforma constitucional, tendo o recorrente comprovado o exercício de atividade jurídica, em estágio acadêmico e como ocupante de cargo público privativo de bacharel em direito, cumprindo, assim, o prazo mínimo de 02 (dois) anos previsto na Lei nº 3.731/79.

Recurso ordinário provido. (RMS 22.892/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 218)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DO ESTADO DA BAHIA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA POR TRÊS ANOS. COMPROVAÇÃO.

1. É legítima, legal e constitucional a exigência de tempo de exercício de atividade jurídica pelo período mínimo de três anos para o ingresso na magistratura, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel de direito, como também as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica. Precedentes.

2. *Recurso provido.* (RMS 18.513/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 10/10/2005 p. 435)

Por derradeiro, a matéria já está pacificada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, no que toca aos concursos públicos para magistratura anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, o conceito de atividade jurídica deve ser entendido em seu sentido mais amplo, incluindo até mesmo atividades de estágio acadêmico e atividades desenvolvidas perante Tribunais, ainda que não privativas a bacharéis de Direito.

Ante o exposto, hei por bem REJEITAR AS PRELIMINARES VENTILADAS E CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA a fim de assegurar à Impetrante que a banca examinadora do concurso considere preenchido o requisito de prática forense.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0019291-83.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Mauricio Kertzman Szporer, julgado em 26.02.2015

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE PROFESSORA INDÍGENA DA CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NÃO PREENCHIMENTO DA QUALIDADE DE “INDÍGENA”. IMPOSIÇÃO EDITALÍCIA. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. É cediço que o Estado, ao organizar concurso público para o provimento do cargo de professor da rede estadual, pode determinar quais são os requisitos necessários para tanto, tendo em vista ser o detentor da soberania (art. 1º, I da CF) da qual já falava Jean Bodin nos Seis livros da República. Nessa senda, não tendo sido afirmado expressamente no edital que, para ser reconhecido como indígena, o candidato deve apresentar declaração na qual conste a assinatura de mais de um cacique da comunidade, em tese não poderia a impetrante ter sido considerada inapta a exercer o cargo almejado.

2. Entretanto, em que pese tal consideração, não se pode fechar os olhos ao fato de que a comunidade indígena tem autonomia para decidir as questões

que possam vir a afetar a sua cultura e as suas tradições, comunidade essa que, malgrado seja composta de diversas pessoas, é representada por seus líderes, cuja maioria, no caso dos autos, não concorda em conceder à impetrante a qualidade de indígena, mas tão somente de “agregada ou beneficiária”.

3. Nessa senda, se a liderança local não concorda com a assunção do cargo pela impetrante, alegando para tanto a proteção de sua cultura e de suas tradições, como forma de resguardar o seu processo de conhecimento, não é caso de conceder a segurança, sob pena de afronta à decisão tomada pelos líderes da comunidade indígena, os quais possuem autonomia para decidir as questões capazes de afetar o interesse de seus membros.

4. Por mais que a impetrante conviva há mais de 10 (dez) anos com os indígenas, ela não é indígena de nascença, tendo sido oriunda de outra realidade familiar, social e cultural, além de ter sido submetida a processo de criação diverso daquele em que já se nasce e é criado, desde sempre, em uma comunidade indígena, o que é capaz de afetar a personalidade do ser humano, a maneira pela qual este vê o mundo e, conseqüentemente, a forma que transmite o conhecimento adquirido a outras pessoas, na condição de docente.

5. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Mandado de Segurança nº 0019291-83.2014.8.05.0000, da Comarca de Salvador, em que é recorrente Valdilene dos Santos e recorrido Estado da Bahia e Secretário de Educação do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **DENEGAR A SEGURANÇA, JULGADO PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL DE FLS. 110-119**, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado em face de ato que excluiu a impetrante do concurso público para provimento do cargo de Professora Indígena da Carreira do Magistério Público do Estado da Bahia – Edital SAEB/03/2013.

Alega a impetrante que foi aprovada dentro do número de vagas (7º lugar) para lecionar na DIREC 10-Paulo Afonso-Município de Rodelas, Aldeia Tuxá Rodelas, Escola Estadual Indígena Capitão Francisco Rodelas, nos termos da Portaria Conjunta SAEB/SEC nº. 023/2014.

Todavia, após a análise da documentação apresentada, as autoridades apontadas como co-atoras teriam concluído que a impetrante não preencheria os requisitos pertinentes ao cargo, tendo em vista o fato de que ela não pertenceria à comunidade indígena Tuxá-Rodelas, conforme previsto no item 2.2 do edital do certame.

Na visão da impetrante, a conclusão é errônea, posto que ela efetivamente preenche o requisito supracitado, tendo inclusive obtido uma declaração do cacique Ancelmo da Conceição, um dos líderes da aldeia, no sentido de reconhecer o seu pertencimento à aludida comunidade.

Nessa senda, afirma que o ato que a excluiu do concurso público é ilegal e arbitrário, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da confiança, posto que não pode sofrer discriminação em virtude da sua suposta condição de “não-índia”, sobretudo quando é casada há mais de 10 (dez) anos com um membro da comunidade, possuindo 2 (dois) filhos com este, partilhando dos costumes, tradições, cultos e rituais locais, o que é corroborado pela

declaração de mais de 100 (cem) integrantes indígenas, aldeados e não aldeados, de que possui condições de assumir o cargo almejado, além de ser beneficiária de todos os serviços ofertados à comunidade, tais quais saúde, educação e habitação, entre outros.

Diante do exposto, pleiteou a concessão de medida liminar, a fim de que seja determinada a anulação da decisão que declarou o não preenchimento dos requisitos pertinentes à vaga e, consequentemente, a sua nomeação para o exercício do cargo de Professora Indígena, ou que, caso assim não seja possível, seja reservada a vaga até o trânsito em julgado da ação, confirmando-se a medida ao final.

A liminar foi indeferida às fls. 90-94.

Intervenção do Estado às fls. 98-107, defendendo a inexistência de demonstração inequívoca do direito líquido e certo da impetrante, posto que não bastaria ser identificada como pertencente a um grupo étnico, com características culturais distintas, típicas de uma aldeia indígena, para ser considerada índia.

Foi interposto agravo regimental contra a decisão que indeferiu a liminar (fls. 110-119).

Notificados para prestar as suas informações, os impetrados permaneceram silentes, conforme certidão de fls. 120.

Em seu parecer, opina o Ministério Público pela denegação da segurança, diante da não comprovação da qualidade de indígena pela impetrante.

É o relatório. Peço dia de julgamento.

VOTO

Inicialmente, reputo prejudicado o agravo regimental de fls. 110-119, diante do julgamento do mérito da demanda.

Entendo que a segurança deve ser denegada, com base no quanto já dito quando do indeferimento do pedido antecipatório de tutela.

No caso dos autos, a impetrante afirma pertencer à comunidade indígena no seio da qual pretende se tornar professora da rede pública de ensino, exercendo o cargo específico de Professora Indígena.

Às fls. 52-60, nota-se que um dos caciques da aldeia (Ancelmo da Conceição), após consultar a opinião de antropóloga vinculada ao Ministério Público Federal, atestou o quanto relatado pela impetrante, no sentido de que ela pertence à comunidade Tuxá, situada no Município de Rodelas, estando apta a exercer a função almejada, tendo em vista ser conhecedora dos processos de produção e dos processos econômicos próprios da comunidade, bem como dos métodos de ensino e aprendizagem locais.

Nas mesmas folhas, a impetrante também juntou abaixo assinado composto de 109 (cento e nove) assinaturas, atribuídas a aldeados e não aldeados da comunidade indígena em questão, no sentido de reconhecer que ela teria direito de assumir o referido cargo, reconhecendo-a, ainda, como integrante da comunidade.

Ocorre que, às fls. 65-74, consta a informação de que a impetrante não teria direito de assumir o cargo, tendo em vista não preencher um dos requisitos exigidos para tanto, uma vez que ficou decidido na comunidade indígena que, para fins de comprovação da identidade étnica Tuxá, é necessário a assinatura da maioria dos caciques existentes na aldeia, e não de apenas um, sendo que os demais caciques não aprovam a assunção do cargo por terceiros não pertencentes à comunidade, ainda que se trate de pessoa casada há mais de 10 (dez) anos com um membro originário.

Percebe-se, assim, que o caso envolve a discussão sobre o fato de a impetrante pertencer ou

não à comunidade indígena em questão, como forma de possibilitar que ela venha a lecionar na escola local, situada dentro da aldeia e dirigida aos membros desta.

De um lado, a impetrante alega pertencer à comunidade, sendo conhecedora das tradições e, inclusive, delas partilhar, o que foi reconhecido por um dos caciques, por uma antropóloga e por 109 (cento e nove) membros, razão pela qual entende possuir todas as condições para se tornar Professora da Escola Estadual Indígena Capitão Francisco Rodelas.

De outro lado, está presente o interesse de outros membros da comunidade, dentre eles os demais caciques, o pajé e os líderes, os quais afirmaram que, “para nosso povo, índio é todo aquele que nasce índio, sendo reconhecido pelo grupo a qual pertence, não sendo possível se tornar detentor do direito do índio pelo fato de contrair família”, pois “nessa condição ele/ela é um beneficiário ou um agregado da comunidade, sendo seus filhos aceitos como legítimos indígenas” (fls. 67), tendo sido afirmado, ainda, a necessidade de que as declarações para fins de assunção do cargo de professor deverão conter a assinatura da maioria dos caciques, e não de apenas um (fls. 69), posto que a escola onde haverá o preenchimento das vagas pertence à aldeia, não sendo por eles aceito que “outras lideranças venham a intervir em seu processo de reconhecimento secular”.

Vê-se, portanto, que a questão diz respeito à própria ingerência do Estado nas comunidades indígenas, as quais há séculos lutam para preservar a sua cultura e as suas tradições, conforme relatado por Pierre Clastres em sua clássica obra *A sociedade contra o Estado*.

É cediço que o Estado, ao organizar concurso público para o provimento do cargo de professor da rede estadual, pode determinar quais são os requisitos necessários para tanto, tendo em vista ser o detentor da soberania (art. 1º, I da CF) da qual já falava Jean Bodin nos *Seis livros da República*.

Nessa senda, não tendo sido afirmado expressamente no edital que, para ser reconhecido como indígena, o candidato deve apresentar declaração na qual conste a assinatura de mais de um cacique da comunidade, em tese não poderia a impetrante ter sido considerada inapta a exercer o cargo.

Entretanto, em que pese tal consideração, não se pode fechar os olhos ao fato de que a comunidade indígena tem autonomia para decidir as questões que possam vir a afetar a sua cultura e as suas tradições, comunidade essa que, malgrado seja composta de diversas pessoas, é representada por seus líderes, cuja maioria, no caso dos autos, não concorda em conceder à impetrante a qualidade de indígena, mas tão somente de “agregada ou beneficiária”.

Nessa senda, se a liderança local não concorda com a assunção do cargo pela impetrante, alegando para tanto a proteção de sua cultura e de suas tradições, como forma de resguardar o seu processo de conhecimento, entendo que não é caso de conceder a segurança, sob pena de afronta à decisão tomada pelos líderes da comunidade indígena, os quais possuem autonomia para decidir as questões capazes de afetar o interesse de seus membros.

Não é à toa que o art. 231 da Constituição Federal expressamente prevê que “são reconhecidos aos índios **sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições**”, de forma a permitir que as comunidades indígenas possam manter as suas diferenças frente a políticas e pretensões contrárias aos seus interesses.

Deferir a pretensão da impetrante poderia, inclusive, causar um mal-estar de difícil reparação na localidade, além de poder afetar a tradição na produção do conhecimento, sendo razoável a preocupação dos demais caciques e do pajé de afastar a possibilidade de disseminação de ideologias estranhas à comunidade, nos moldes do quanto já relatado por Louis Althusser em sua obra *Aparelhos ideológicos de Estado*, guardadas as devidas proporções.

Afinal, por mais que a impetrante conviva há mais de 10 (dez) anos com os indígenas, ela não é indígena de nascença, tendo sido oriunda de outra realidade familiar, social e cultural, além de ter sido submetida a processo de criação diverso daquele em que já se nasce e é criado, desde

sempre, em uma comunidade indígena, o que é capaz de afetar a personalidade do ser humano, a maneira pela qual este vê o mundo e, conseqüentemente, a forma que transmite o conhecimento adquirido a outras pessoas, na condição de docente.

Diante do exposto, voto no sentido de denegar a segurança, julgando-se prejudicado o agravo regimental de fls. 110-119.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0018866-56.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 28.05.2015

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. PRELIMINARES. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. REJEITADAS. CONCURSO PÚBLICO. PERITO MÉDICO-LEGAL. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. DESPROPORCIONALIDADE DO EXAME. REINTEGRAÇÃO DOS CANDIDATOS AO CERTAME. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Rejeita-se a preliminar de decadência, pois o prazo decadencial para a impetração somente começa a fluir a partir do ato administrativo de eliminação do candidato, ainda que a causa de pedir envolva a redação do próprio Edital. Precedentes do STJ.

Outrossim, não merece acolhimento a preliminar de falta de condição da ação, uma vez que o polo passivo da demanda encontra-se regularmente composto pelas autoridades competentes para determinar o desfazimento do ato administrativo combatido.

A realização de Teste de Aptidão Física como etapa eliminatória do certame público deve obedecer aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, revelando-se inconstitucionais as exigências desarrazoadas ou desproporcionais à habilitação do cargo que se busca preencher.

A despeito de possuir respaldo legal no artigo 61, VII da Lei 11.370/2009, a exigência do TAF para o cargo de perito médico-legal, tal como descrito no Edital Saeb/01/2014, não atende ao princípio da razoabilidade, pois não se compatibiliza com a função a ser desempenhada, muito mais atrelada à técnica específica do que à força física. **SEGURANÇA CONCEDIDA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança n.º 0018866-56.2014.8.05.0000**, em que figuram como impetrante o como impetrados o **SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA E OUTROS**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia, **à unanimidade, em rejeitar a preliminar de falta de condição da ação, e por maioria, rejeitar a preliminar de decadência e CONCEDER A SEGURANÇA**, nos termos do relatório e voto do Relator:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado com o escopo de possibilitar o prosseguimento do impetrante no certame regido pelo Edital Saeb/01/2014, para provimento do cargo de Perito Médico-legal, não obstante a sua reprovação no Teste de Aptidão Física.

Adoto o relatório da decisão de fls. 56/58, que deferiu a liminar pleiteada e ordenou às autoridades coatoras a convocação do impetrante para a realização das etapas subsequentes do certame, assegurando ainda em seu favor a reserva da vaga, caso seja devidamente aprovado, até a efetiva apreciação do mérito da ação.

Às fls. 81/95, o Estado da Bahia interpôs Agravo Regimental e, às fls. 64/80, apresentou defesa, suscitando, preliminarmente, a decadência do direito de impetração e a falta de condição da ação pela ausência de inclusão do Governador do Estado no polo passivo do *mandamus*. No mérito, defendeu a legalidade do teste de aptidão física a que se submeteu o impetrante, eis que se trata de procedimento previsto no Edital e respaldado na Lei Estadual nº 11.370/2009, além de ser exame que se justifica por tratar-se de profissional vinculado à Polícia Civil, que deve apresentar condição física necessária para o exercício da atividade policial. Arguiu, ainda, a racionalidade e razoabilidade do teste executado, devendo ser observado o princípio da isonomia. Por fim, sustentou a violação ao instrumento convocatório e a necessidade de observância do número de vagas previstas para a realização do curso de formação. Nestes termos, pleiteou o acolhimento das preliminares ou a denegação da segurança pretendida.

Em seu opinativo, manifestou-se o Ministério Público pelo acolhimento da preliminar de decadência ou, em caso de superação da prejudicial, opinou pela denegação da segurança pleiteada (fls. 98/103).

As autoridades coatoras prestaram as informações requisitadas às fls. 105/106, 107/108 e 109/110.

Dispensada a revisão do feito, em razão do quanto disposto no artigo 166 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o Relatório.

VOTO

Precipuamente, cumpre salientar que resta prejudicado o Agravo Regimental interposto às fls. 81/95, em razão do julgamento definitivo do feito pelo Órgão Colegiado, através do presente Acórdão.

No que tange à preliminar sustentada pelo Estado da Bahia, não há falar em decadência do direito de impetração, pois o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado acerca do tema, no sentido de que o prazo decadencial para a impetração de Mandado de Segurança somente começa a fluir a partir do ato administrativo que importou em eliminação do candidato, ainda que a causa de pedir envolva a redação do próprio Edital. Ilustra-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. LIMITE DE IDADE. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CERTAME.

1. A atual jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o termo a quo para a fluência do prazo decadencial no tocante às regras do edital que tratam do limite de idade deve ser contado do ato que determina a eliminação do candidato e não da mera publicação do respectivo edital. Precedentes: AgRg no AREsp 258.950/BA,

Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/03/2013; REsp 1.258.466/MS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 13.09.2011; REsp 1.368.735/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/05/2013; AgRg no AREsp 259.405/BA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 18/04/2013).

2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp 213.264/BA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

Outrossim, não há que falar em falta de condição da ação por ausência de inclusão do Governador do Estado no polo passivo da demanda, uma vez recair sobre o Secretário da Administração e o Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia os poderes para determinar o desfazimento do ato administrativo de eliminação do candidato do certame, conforme consigna o próprio Edital de Abertura do Concurso SAEB/01/2014 (fl. 19).

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares sustentadas.

Quanto ao mérito da ação, com razão o impetrante.

O Supremo Tribunal Federal já reiterou, por diversas vezes, o entendimento no sentido de que a realização de Teste de Aptidão Física como etapa eliminatória do certame público deve obedecer aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, declarando inconstitucionais as exigências desarrazoadas ou desproporcionais à habilitação do cargo que se busca preencher. Ilustra-se:

CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE ESFORÇO FÍSICO. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à habilitação ao cargo que se busca preencher. (STF - RE 412357 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 18-04-2013 PUBLIC 19-04-2013)

Entretanto, a despeito do atendimento ao princípio da legalidade, uma vez que há expressa previsão para a realização do referido teste tanto na legislação invocada, artigo 61, VII da Lei 11.370/2009, como no próprio Edital do certame, os exercícios exigidos, descritos no Anexo IV do Edital Saeb/01/2014 (fls.36/37), não guardam proporcionalidade com as funções que serão exercidas pelos candidatos, caso aprovados, descritas no item 2.2 do Edital (fl. 19).

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “*afigura-se ilegal, passível de exame pelo Judiciário, a exigência editalícia do teste de esforço físico, com caráter eliminatório, a candidato a cargo (médico legista), que, pela sua própria natureza, pode ser exercido até por um deficiente físico que tenha recebido licença do Conselho de Medicina para exercer a profissão [...] A atuação deste, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica. Além dos princípios explícitos, a Carta da República abrange também os implícitos, entre os quais estão o da razoabilidade, o da proporcionalidade, aplicáveis ao caso concreto*” (STF - Trecho do voto proferido no AI 278127/MA, Rel. Min. Marco Aurélio. j. 18/08/2000)

E, no caso dos autos, o teste de esforço físico aplicado aos candidatos aos cargos de perito médico-legal não se revela proporcional, por ser semelhante aos testes aplicados em outros concursos cujas funções demandam uma certa compleição física, a exemplo do concurso para provimento dos cargos de Delegado de Polícia e Investigador de Polícia, regido pelo Edital Saeb/01/2013, e do concurso para provimento do cargo de Soldado da Polícia Militar, regido pelo Edital Saeb/01/2006, quais sejam: teste de barra, teste de flexão abdominal e teste de corrida de 12 minutos.

Por todo o exposto, e por não ser possível a realização de um novo teste físico, até por falta de parâmetros proporcionais à atividade que será desempenhada pelos candidatos aprovados, impõe-se a anulação do TAF realizado e a consequente reintegração do candidato impetrante no certame, assegurando a sua participação na etapa seguinte, e consequente nomeação e posse, caso seja aprovado em todas as demais etapas e esteja classificado dentro do número de vagas disponibilizadas no Edital, independentemente do resultado obtido na prova de esforço físico.

E aqui, vale a pena abrir um parêntese no sentido de alertar a douta Procuradoria Estadual para a litigiosidade em casos semelhantes e que pode ser evitada, colaborando, destarte, para a melhoria da prestação jurisdicional. Esclareço: a adequação do TAF ao cargo ofertado no edital do concurso público é matéria pacífica no STF e no STJ, a exemplo das decisões aqui transcritas e que vinculam os julgamentos dos Tribunais Estaduais, que não podem julgar de forma diferente. Assim, a insistência do Estado da Bahia, por suas Secretarias, em exigir o mesmo TAF para o candidato a Policial e para Perito Médico-Legal, como se ambos fossem desempenhar funções idênticas, só faz gerar a impetração de inúmeros Mandados de Seguranças que, à luz dos julgamentos daquelas Cortes, serão concedidos, produzindo maior litigiosidade e atravancando mais ainda o funcionamento da justiça.

Ante o exposto, voto no sentido de confirmar a antecipação da tutela anteriormente concedida, rejeitar as preliminares e **CONCEDER A SEGURANÇA**, nos termos acima delineados.

TJBA – Mandado de Segurança n.º 0007608-15.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 27.08.2015

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. EDITAL SAEB/1/2012. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. REJEITADAS. CANDIDATO ELIMINADO EM RAZÃO DOS ALTOS NÍVEIS DE TGP. DEFICIÊNCIA CORRIGÍVEL. INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO NÃO DEMONSTRADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FORMALISMO EXARCEBADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DIREITO DO IMPETRANTE DE FREQUENTAR O CURSO DE FORMAÇÃO CONDICIONADO À APROVAÇÃO NOS EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. ORDEM CONCEDIDA.

O Secretário da Administração é parte legítima para figurar no polo passivo, uma vez que as cláusulas do Edital estipulam a sua responsabilização pelos questionamentos sobre a legalidade e aplicação das regras editalícias.

A preliminar de incompetência absoluta da Seção Cível para processar e julgar o presente *mandamus* resta prejudicada por ser reconhecido como autoridade coatora o Secretário da Administração.

A eliminação de candidato motivada pela alteração dos níveis enzimáticos, *in casu*, a TGP, não se coaduna com as disposições que emanam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente porque o interesse público não estaria sendo resguardado, visto que não demonstrado o impedimento da “anomalia” excludente para o exercício da carreira militar.

Diante do quadro que se descortina nos autos, a eliminação consagra o for-

malismo exacerbado e consequente subversão do verdadeiro fim colimado pela Administração Pública.

Assim, imperiosa à concessão da segurança vindicada, no sentido de confirmar à participação e matrícula do Impetrante no Curso de Formação, caso aprovado, nos exames pré-admissionais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança Preventivo n.º 0007608-15.2015.8.05.0000**, da Comarca de Salvador, em que figuram como partes, Impetrante, **Jhonathan Santos Gomes** e, Impetradas, **Secretário da Administração** e o **Comandante Geral da Polícia Militar**, ambos do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **rejeitar as preliminares** e, no mérito, **conceder a segurança** para, confirmando a liminar deferida às fls.55/56, assegurar o direito do impetrante de participar das próximas fases do concurso e se, habilitado nos exames pré-admissionais, determinar à realização da matrícula do candidato no Curso de Formação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **Jhonathan Santos Gomes** contra ato coator perpetrado pelo **Secretário da Administração e o Comandante Geral da Polícia Militar**, ambos do Estado da Bahia, que o eliminou do Concurso Público - SAEB/1/2012, em razão dos altos níveis de transaminase glutâmico pirúvica – TGP apresentados e, por conseguinte, obistou seu ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar.

Asseverou que obteve êxito nas etapas, discursiva e objetiva, do certame, sendo habilitado na 481.^a posição para o cargo de soldado masculino, Região 03 e, em 22.02.2015, convocado para submeter-se aos exames prévios admissionais, sendo, posteriormente, considerado “inapto”, na publicação do D.O.E de 23/03/2015.

Requeru, liminarmente, a realização das demais etapas dos exames pré-admissionais, inclusive, o teste de aptidão física – TAF, que fora impedido de fazer e, caso aprovado, a efetivação da matrícula no próximo curso de formação de soldados da Polícia Militar.

Por fim, pugnou pela confirmação da decisão liminar com a concessão da segurança para, assegurar-lhe o direito de participar dos demais exames pré-admissionais e, consequentemente se, habilitado, a matrícula definitiva no curso de formação.

Com a inicial vieram encartados os documentos de fls. 29/50.

A medida de urgência vindicada foi deferida às fls.55/56 pela Relatora à época, no sentido de determinar às autoridades coatoras que procedessem à matrícula do Impetrante no curso de formação de Soldado da Polícia Militar, vez que restou aprovado nos exames pré-admissionais.

A Procuradoria do Estado apresentou agravo regimental, às fls. 61/69, pugnando pela cassação da liminar com a respectiva denegação da segurança vindicada e, ainda, pugnou pelo questionamento da matéria ventilada.

O Estado da Bahia interveio no feito, às fls. 70/80, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva do Secretário de Administração, bem como a incompetência do Tribunal de Justiça para processar e julgar o feito. No mérito, destacou que o Impetrante foi considerado inapto, em virtude de apresentar nível enzimático superior aos índices de normalidade.

Sustentou, ademais, a insubsistência da pretensão do impetrante, porquanto o candidato

foi eliminado, de forma legítima, do certame, tendo em vista que não logrou êxito na etapa dos exames médicos, inexistindo, assim, qualquer arbitrariedade na atuação administrativa.

Alegou, ainda, que o Edital SAEB/1/2012 previu no item 2.2 os requisitos para o ingresso no curso de formação de Soldado da Polícia Militar, entre eles, ter aptidão física e mental, comprovadas mediante exames médico-odontológico, testes físicos e exames psicológicos, conforme às disposições contidas nas Portarias n.º 050 – CG/08 e 064 – CG/11.

Por fim, ressaltou a impossibilidade de permanência do candidato no certame, sob pena de violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, pugnando, pela denegação da segurança pretendida.

O Comandante Geral da Polícia Militar, às fls. 82/84, prestou informações. O Secretário da Administração do Estado da Bahia não se manifestou.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou, por meio do parecer de fls. 87/98, pela concessão da segurança.

Relatados os autos, inclua-se em pauta para julgamento.

VOTO

Cuida-se de Ação Mandamental impetrada por **Jhonathan Santos Gomes** objetivando a convocação no Curso de Formação da Polícia Militar do Estado da Bahia, porquanto foi eliminado, em razão de suposta inaptidão, do Concurso Público para provimento de vagas para o cargo de Soldado da Polícia Militar Bahia.

Ab initio, cumpre a análise das preliminares alegadas em sede de defesa.

A preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário da Administração, levantada pelo Estado da Bahia, não merece guarida, visto que se trata de discussão pautada em interpretação e aplicação do Edital por ele devidamente firmado, bem como responde pelos questionamentos sobre sua legalidade, além da correta aplicação das regras nele dispostas.

Quanto a preliminar de incompetência absoluta da Seção Cível de Direito Público para processar e julgar o presente *mandamus*, resta afastada por ter este Julgador reconhecido o Secretário da Administração como autoridade coatora.

Por tais razões, **rejeito as preambulares suscitadas**.

No mérito, insurge-se o Impetrante contra ato da administração que o excluiu do certame, por conta dos altos níveis da enzima TGP, deflagrados pela junta médica, obstando-o de matricular-se no curso de formação.

Entretanto, a eliminação automática do Impetrante no concurso público, em razão de alteração enzimática, não se coaduna com as disposições que emanam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente porque o interesse público não estaria sendo resguardado.

Sabendo-se que os princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública, a decisão da autoridade coatora de eliminar, sumariamente, o candidato, não levou em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, não tendo tal fato acarretado qualquer prejuízo à Administração, tampouco aos demais candidatos, não existiria razão para que dele decorresse a exclusão do Impetrante do certame.

Sobre o tema, refere-se a doutrina:

“A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do

objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”
(Diogo de Figueiredo Moreira Neto . In Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 ed. Editora Atlas, p. 81).

Diante do quadro que se descortina nos autos, a eliminação consagra o formalismo exacerbado e consequente subversão do verdadeiro fim colimado pela Administração Pública.

A respeito, tomamos preciosa lição do doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello:

“...a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado”.

Ademais, cumpre destacar que o próprio Edital prevê a solicitação de exames complementares para os casos que demandem elucidação diagnóstica. Desta feita, se, porventura, a junta médica vislumbrasse algum indício de enfermidade incapacitante ao ingresso na carreira policial, deveria ter solicitado ao recorrente, exames específicos da suspeita clínica e, assim, posicionar-se acerca do diagnóstico final do impetrante, hipótese não configurada no caso vertente.

Todavia, não obstante a conduta silente administrativa quanto à requisição de testes diagnósticos da eventual patologia eliminatória, o jurisdicionado realizou novo exame laboratorial, cujo resultado revelou estrita compatibilidade com os valores de referência atribuídos como padrão de normalidade, bem como, submeteu-se à avaliação clínica, restando, outrossim, suficientemente comprovado, mediante a consistente documentação complementar adunada, que o candidato não possui alteração sanguínea persistente e, tampouco, incurável, com o condão de inabilitá-lo do certame, ressoando imperioso o seu prosseguimento no processo seletivo em comento.

Demais disso, a Administração Pública não pode negar a investidura em cargo público a candidato que apresentou alterações fisiológicas compatíveis com a carreira pretendida. O procedimento viola direito constitucional, afronta o princípio da razoabilidade e macula o direito da parte ao livre acesso ao ingresso no serviço público.

Destarte, tem prevalecido na jurisprudência pátria que as deficiências, quando desvinculadas da função a ser exercida pelo jurisdicionado, não pode servir como critério para eliminação em concurso público, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isso porque, a respectiva eliminação de candidato, enquadrado como inapto a exercer as funções de policial militar, quando inexistente comprovação acerca da suposta deficiência como fator impeditivo do exercício da carreira militar, afronta nitidamente os princípios Constitucionais.

Nesse sentido é o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - Mandado de Segurança - Concurso público - Edital - Estrita vinculação à lei - Obrigatoriedade - Inteligência do art. 37 da CF - Policial e bombeiro militar - Miopia acima do grau permitido no edital - Exigência não prevista em lei - Deficiência visual corrigível - Inaptidão no exame médico - Princípio da razoabilidade - Inobservância - Eliminação nula - Concessão da segurança - 1) Em decorrência do princípio da legalidade que preside os atos da Administração, por sinal consagrado no art. 37 da Carta Magna, os editais de concursos públicos, por serem atos administrativos infralegais, não podem estabelecer requisitos que não sejam expressamente previstos na lei - 2) Não é razoável - e nem justa - a eliminação de concorrente ao cargo de policial ou bombeiro militar, tão-somente, em razão de ser ele portador de miopia em grau acima do previsto no edital, mormente quando essa regra limitativa não encontra amparo

na lei e a deficiência visual, corrigível que é por cirurgia ou pelo uso de lentes, não prejudica o exercício da atividade funcional - 3) Segurança concedida. (TJ-AP, Relator: Desembargador MÁRIO GURTYEV, Data de Julgamento: 30/04/2008, Tribunal Pleno)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO. REJEITADA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA NO EXAME DE SAÚDE POR NÃO ATENDER EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS DE NATUREZA OFTALMOLÓGICA. ACUIDADE VISUAL. REVERSÍVEL. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RESERVA DE VAGA. CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARCIALMENTE. 1.A classificação alcançada obsta tão-somente, no momento, que a recorrente se submeta à investigação social e matrícula no Curso de Formação, não significando haver qualquer impedimento no sentido de que posteriormente venha a mesma ser convocada pela Administração para tais fim. Sem repercussão no objeto do recurso instrumental. Preliminar rejeitada. 2.A recorrente, ante a declaração de sua inaptidão no exame de saúde, submeterá a novos exames perante instituições particulares, entre as quais, a Fundação Alrino Ventura, que resultaram em afirmar ser a mesma portadora de miopia, que, todavia, corrigida permite ter aquela acuidade visual normal, inclusive, solicitando a conduta pertinente. 3.A reprovação da candidata/recorrente afigura-se aparentemente abusiva, tendo em vista que a aludida patologia, em face de seu caráter plenamente corrigível, não impõe qualquer limitação física para o exercício das funções inerentes ao cargo de policial militar, mostrando-se, assim, in casu, necessária a ingerência do Poder Judiciário, não havendo que se falar em transgressão à regra do art. 2.º, da Constituição Federal. 3.Destarte, o periculum in mora é patente, posto que a exclusão da agravante, nesse momento, a impossibilitaria de continuar realizando as demais etapas do certame, dentro das vagas ofertadas no momento oportuno, acarretando a ineficiência da prestação jurisdicional. Sendo certo que a mera superação das etapas do certame não retira o perigo da demora como alegado pelo recorrido, cabendo, na verdade, a este promover os meios necessários para a efetivação da tutela antecipada. 4.Inexistir direito líquido e certo à nomeação, devendo tão-somente ser assegurada a reserva da vaga para o caso da candidata/agravada ser classificada dentro das vagas ofertadas. 5.À unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao agravo de instrumento. (TJ-PE - AI: 480895720108170001 PE 0017574-42.2010.8.17.0000, Relator: José Ivo de Paula Guimarães, Data de Julgamento: 31/03/2011, 8.ª Câmara Cível)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - CONCURSO PÚBLICO - SOLDADO COMBATENTE DA POLÍCIA MILITAR - ELIMINAÇÃO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE ACUIDADE VISUAL - DEFICIÊNCIA CORRIGÍVEL COM O USO DE LENTE DE CONTATO - APTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DEMONSTRADA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Considerando que a eliminação do candidato se deu em razão de patologia que não causa inaptidão para o trabalho, posto que facilmente corrigível com o uso de lente de contato no olho esquerdo, deve-se entendê-la como desarrazoada e desproporcional. Precedentes do e. TJ/ES. 2 - Decisão que indefere o pedido de medida liminar reformada para permitir a participação do candidato nas demais fases do certame. 3 - Recurso conhecido e provido (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24119006633, Relator: WILLIAM COUTO GONÇALVES - Relator Substituto: EWERTON SCHWAB PINTO JUNIOR, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data da Publicação no Diário: 09/05/2012).”

Outrossim, denota-se descabida a manutenção do ato impugnado, uma vez que a alteração apresentada pelo Impetrante, além de não se enquadrar no rol inabilitante das enfermidades crônicas ou irreversíveis, consignadas no instrumento convocatório em tela, já foi revertida, não configurando, portanto, fato impeditivo do desempenho das atividades inerentes ao cargo de Soldado da Polícia Militar.

Por fim, registro que com o julgamento do presente fica prejudicado o agravo regimental de fls. 61/69 dos autos.

Ex positis, **rejeito as preliminares** e, no mérito, **concedo a segurança** vindicada para, confirmando a liminar deferida às fls. 55/56, assegurar o direito do impetrante de participar das próximas fases do concurso e, se habilitado nos exames pré-admissionais, determinar a realização da matrícula do candidato no Curso de Formação.

Tendo em vista a isenção Estatal, e tratando-se de mandado de segurança, a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF e do art. 25, da Lei 12.016/09, deixo de condenar os impetrados em custas e honorários.

TJBA – Agravo de Instrumento n.º 0010152-73.2015.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. Roberto Maynard Frank, julgado em 18.08.2015

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. IMPUGNAÇÃO POR EMPRESA PERDEDORA. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO JÁ ADJUDICADO E ASSINADO. SERVIÇO QUE JÁ ESTÁ SENDO PRESTADO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO PARA PRESERVAR OS DEVERES DA CÂMARA MUNICIPAL E INTERESSES DA COLETIVIDADE QUANTO À PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA DAS ATIVIDADES DO PODER LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO AGRAVO PARA PERMITIR A CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ATÉ RESOLUÇÃO FINAL DA DEMANDA.

A Câmara Municipal tem personalidade judiciária, permitindo a sua atuação em juízo para defesa de interesse próprio e de suas prerrogativas institucionais. Preliminar de ilegitimidade rejeitada.

É direito dos cidadãos de Salvador serem informados sobre as ações dos legisladores por meio da Câmara Legislativa Municipal, de modo a dar plena eficácia ao princípio constitucional de publicidade, regrado no art. 37, caput, da Carta Magna. Da mesma forma, é dever do Órgão Legislativo prestar informações atualizadas sobre suas atividades, de modo a garantir a transparência relacionada à atuação daqueles que foram eleitos pelo povo para representá-los na formulação legislativa municipal.

Mostra-se prejudicial, portanto, ao interesse público primário e à coletividade decisão que impede a prestação do serviço de publicidade da Câmara Municipal por empresa vencedora de licitação e com contrato já assinado e prestação já iniciada, ainda que exista impugnação judicial de empresa perdedora.

4. A execução dos serviços de publicidade deve ser mantida enquanto

pendente a discussão judicial, de modo a preservar os deveres de publicidade e transparência do Órgão Municipal e os interesses da coletividade.

5. Recurso provido para reformar a decisão agravada, mantendo íntegro o resultado do concurso licitatório e a contratação da empresa vencedora, que poderá prestar os serviços ajustados, até julgamento final do mérito da demanda originária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 0010152-73.2015.8.05.0000, de Salvador/BA, em que são partes, como Agravante, **Presidente da Câmara Municipal de Salvador** e, como Agravados, **Tourinho Publicidade Ltda Epp**.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, pelas razões que integram o voto condutor.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida em sede de Mandado de Segurança no qual o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador deferiu a liminar para suspender o processo licitatório que culminou na contratação de empresa de publicidade para a Câmara Municipal de Salvador.

O Agravante alega que a desclassificação do Agravado se deu dentro dos limites da regra do Edital, diante da existência de identificação de envelope que deveria ser entregue sem nenhum tipo de escrita ou grafia no invólucro de um dos envelopes entregues.

Alega ainda que o certame já foi concluído desde março de 2015, com a homologação e assinatura do contrato pelo vencedor, que está impedido de praticar os atos necessários aos serviços de divulgação e publicidade da Câmara Municipal de Salvador em virtude da liminar proferida pelo Juízo de origem.

Alega a presença de irregularidades na ação de origem, que implicariam a rejeição do mandado de segurança.

Sustenta a presença dos requisitos para a concessão do efeito suspensivo e pede o seu deferimento imediato para se reformar a decisão recorrida e deferir a medida liminar pleiteada.

Foi deferido o efeito suspensivo para permitir a prestação dos serviços contratados pela empresa vencedora do certame, até julgamento final do recurso – fls. 974/975.

Foram apresentadas contrarrazões de fls. 978/989, com pedido de reconsideração.

Não houve informações do juízo *a quo*, conforme certidão de fls. 991.

O Parquet pronunciou-se às fls. 995/999 pelo provimento do Recurso e confirmação da decisão proferida em efeito suspensivo.

Vieram os autos conclusos.

Isentos de revisão, peço dia para julgamento.

ACÓRDÃO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida em sede de Mandado de Segurança no qual o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador deferiu

a liminar para suspender o processo licitatório que culminou na contratação de empresa de publicidade para a Câmara Municipal de Salvador.

O Agravante alega que a desclassificação do Agravado se deu dentro dos limites da regra do Edital, diante da existência de identificação de envelope que deveria ser entregue sem nenhum tipo de escrita ou grafia no invólucro.

Alega ainda que o certame já foi concluído desde março de 2015, com a homologação e assinatura do contrato pelo vencedor, que está impedido de praticar os atos necessários aos serviços de divulgação e publicidade da Câmara Municipal de Salvador em virtude da liminar proferida pelo Juízo de origem.

Analizados os documentos e alegações do Recurso, considero que deve ser confirmada a decisão proferida em efeito suspensivo, negando-se o pedido de reconsideração formulado nas contrarrazões, na forma dos fundamentos que seguem.

A princípio, aprecio a alegação de ilegitimidade da Câmara Municipal de Salvador para interpor o presente Recurso.

Não prospera a preliminar, porquanto a Câmara Municipal de Salvador está atuando em defesa de interesse e prerrogativa institucional, relativa à preservação da prestação do serviço de publicidade do próprio Órgão, possuindo personalidade judiciária para tanto, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a seguir colacionada:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO VISANDO A EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. CAPACIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. CO-
NHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. SÚMULA 456/STF. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Doutrina e jurisprudência entendem que as Casas Legislativas - câmaras municipais e assembleias legislativas - têm apenas personalidade judiciária, e não jurídica. Assim, podem estar em juízo tão somente na defesa de suas prerrogativas institucionais. Não têm, por conseguinte, legitimidade para recorrer ou apresentar contrarrazões em ação envolvendo direitos estatutários de servidores.

2. Tratando-se de ação ordinária em que os autores, servidores do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, postulam a equiparação de seus vencimentos, a qual fora julgada procedente, a legitimidade recursal recai na Fazenda Pública do Estado de Goiás, tendo em vista que tal matéria extrapola a mera defesa das prerrogativas institucionais da Assembleia Legislativa, assim compreendidas aquelas eminentemente de natureza política.

Precedentes do STJ.

3. O Superior Tribunal de Justiça pode enfrentar a matéria prevista nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, porquanto “Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais podem ser conhecidos *ex officio* no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art.

257 do RISTJ e Súmula n.º 456 do STF” (REsp 864.362/RJ, Rel. Min.

LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 15/9/2008).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 44.971/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 05/06/2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉBITO DA CÂMARA MUNICIPAL.

RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “A Câmara Municipal não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, a qual lhe autoriza apenas atuar em juízo para defender os seus interesses estritamente institucionais, ou seja, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão, não se enquadrando, nesse rol, o interesse patrimonial do ente municipal.” (REsp 1429322/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/02/2014).

2. Consequentemente, não pode ser demandada em razão do descumprimento de obrigação tributária, relativa à contribuição previdenciária, pois o sujeito passivo da contribuição incidente sobre a remuneração de membros da Câmara Municipal é o Município (que figura na condição de pessoa jurídica de direito público).

Desse modo, cabe ao Município responder pelo inadimplemento de contribuição previdenciária devida por seus órgãos.

3. “O princípio da separação dos poderes e o da autonomia financeira e administrativa não podem eximir o Município de responsabilidades assumidas por seus órgãos.” (AgRg no REsp 1303395/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1486651/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014)

Desta forma, presente a defesa de interesse institucional da Agravante, rejeito a preliminar de ilegitimidade.

Quanto às demais preliminares, inclusive as arguidas pela Agravante, a exemplo da perda superveniente do interesse de agir, entendo que as mesmas devem ser apreciadas primeiramente pelo juízo de origem, em razão de seus fundamentos se confundirem, em maior parte, com a questão de mérito discutida na demanda original.

No mérito propriamente dito, entendo que deve ser dado provimento ao Agravo, mantendo-se integralmente a decisão proferida na apreciação do efeito suspensivo.

Nesta linha, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau irá impedir completamente a prestação de todo o serviço de publicidade relativo à Câmara Municipal da Cidade de Salvador, podendo levar a prejuízos de grande monta para a Municipalidade e para os administrados.

Com efeito, é direito dos cidadãos de Salvador serem informados sobre as ações dos legisladores por meio da Câmara Legislativa Municipal, de modo a dar plena eficácia ao princípio constitucional de publicidade, regrado no art. 37, caput, da Carta Magna.

Da mesma forma, é dever do Órgão Legislativo prestar informações atualizadas sobre suas atividades, de modo a garantir a transparência relacionada à atuação daqueles que foram eleitos pelo povo para representá-los na formulação legislativa municipal.

Os atos relacionados à publicidade de formulações legislativas são essenciais ao próprio andamento do processo legislativo municipal e, em alguns casos, podem levar a sua invalidez, podendo se exigir, nos casos previstos em lei, a prévia apresentação e discussão de propostas com os administrados, o que exige prévia publicização.

Além destes pontos de fundamental importância, considero plausíveis os argumentos da Agravante quando indica que a exclusão da Agravada se deu com base em regras previstas no Edital de Licitação, inclusive de acordo com ata que indicou haver indevida identificação em envelope que deveria estar isento de qualquer risco, rasura, slogan ou marca, o que se depreende dos documentos de fls. 69 e 132.

Verifico, ademais, a partir dos documentos colacionados pela Agravante, que o procedi-

mento licitatório já foi concluído, restando comprovado nos autos – fls. 203/233, que houve assinatura do contrato de serviços, que já estão prestados pela empresa contratada.

Diante do exposto, **dou provimento ao agravo** para reformar a decisão agravada, mantendo íntegro o resultado do concurso licitatório e a contratação da empresa vencedora, que poderá prestar os serviços ajustados, até julgamento final do mérito da demanda originária.

TJBA – Apelação Cível n.º 0004341-13.2004.8.05.0229, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Silvia Carneiro Santos Zarif, julgado em 23.03.2015

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO REJEITADA. APREENSÃO DE VEÍCULO QUE REALIZAVA TRANSPORTE SUPOSTAMENTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. ILEGALIDADE. INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE VEÍCULO COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE MULTAS. POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DO BEM APENAS PELO TEMPO NECESSÁRIO À LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO OU ATÉ REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO. NORMA REGULAMENTAR QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA LEI REVELA-SE ABUSIVA. PREVISÃO LEGAL DO ART.231, VIII, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO É APENAS DE RETENÇÃO E NÃO DE APREENSÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA DETERMINAR A LIBERAÇÃO DO VEÍCULO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível n.º 0004341-13.2004.805.0229**, de Santo Antônio de Jesus, sendo Apelante **AGERBA – AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA, TRANSPORTE E COMUNICAÇÕES DA BAHIA** e Apelado **LUTERO JORGE NOGUEIRA**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO**, nos termos do relatório e voto da Relatora que integram este aresto.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível contra sentença (fls.29/31), que concedeu em parte a segurança, para obrigar a autoridade Impetrada, em caso de infração a qualquer das leis e regulamentos citados na decisão, após a lavratura do respectivo auto de infração, liberar imediatamente o veículo do Impetrante descrito na inicial, juntamente com os documentos que o acompanham, ficando vedado descarregar ou reter o veículo como forma de coação para pagamento de multa, estando os efeitos da sentença restritos à área de fiscalização da AGERBA em Santo Antônio de Jesus.

O Impetrante ajuizou a presente ação mandamental com o objetivo de liberação do veículo apreendido ilegalmente pela autoridade fiscal coatora, sob o fundamento de que, ainda que

estivesse realizando transporte irregular, o que alega não ser o caso, ato de fiscalização ensejaria apenas a retenção do bem e não a sua apreensão.

Inconformada com a sentença, a AGERBA apelou (fls.53/66), requerendo a sua reforma total. Suscita, preliminarmente, a extinção do processo sem resolução do mérito em face da ausência de direito líquido do Impetrante.

No mérito, afirma, em síntese, que é ilegal a prestação do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros pelo Autor, visto que não possui a licença especial, outorgada pelo Poder Público através da participação em processo licitatório, fato este que enseja a legítima fiscalização da AGERBA.

Contrarrazões não foram ofertadas, conforme certidão de fls.89.

Parecer Ministerial às fls.95/101, opinando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

Estando presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação interposta.

A partir da análise apurada dos autos e conforme os próprios fundamentos expostos na irretocável decisão de 1º grau, verifica-se que ela deve ser mantida integralmente.

Inicialmente, cumpre rejeitar a preliminar de ausência de direito líquido e certo suscitada pela Apelante, visto que essa prefacial confunde-se com o mérito da demanda que será abordado a seguir.

Com efeito, conforme asseverado pela decisão *a quo*, configura-se como coator e abusivo o ato de retenção do veículo de qualquer pessoa, após a ação fiscalizadora do Estado.

É certo que o próprio Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) contém disposição expressa, considerando infração o transporte remunerado de passageiros sem a devida autorização pelo órgão competente, punível com multa e medida administrativa de retenção, apenas como meio de corrigir a irregularidade:

Art. 231. Transitar com o veículo:

VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente:

Infração - média;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo;

Art. 270. O veículo poderá ser retido nos casos expressos neste Código.

§ 1º Quando a irregularidade puder ser sanada no local da infração, o veículo será liberado tão logo seja regularizada a situação.

Entretanto, revela-se abusiva a norma regulamentar que preveja sanção mais severa do que aquela disposta no CTB, excedendo os limites impostos pela lei, como ocorre com a Resolução nº 27/2001 da AGERBA, contendo previsão de apreensão de veículo, que só poderá ser liberado após correspondente comprovação da respectiva multa:

Art. 101. A penalidade de apreensão do veículo será aplicada nos seguintes casos:
(...)

II - às outras transportadoras, qualquer pessoa jurídica ou física, no caso de operação de serviço intermunicipal de transporte de passageiros não autorizada pela AGERBA, em ônibus, micro ônibus, automóvel, bem como em veículos

utilitários ou quaisquer outros não indicados para o transporte de passageiros, sem prejuízo dos demais procedimentos para apuração de responsabilidade civil ou criminal.

§1º A pena de apreensão de veículo será aplicada sem prejuízo da cobrança de multa de valor correspondente a R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

§2º O veículo apreendido somente será liberado após a correspondente comprovação do recolhimento, aos cofres da AGERBA, da multa e demais despesas decorrentes da ação de apreensão.

Dessa forma, não poderia uma resolução, como fonte secundária do Direito, inovar a ordem jurídica e ir além das disposições contidas na própria lei, instituindo sanção administrativa mais severa e não prevista no próprio Código Brasileiro de Trânsito, isto é, condicionando a liberação de veículo apreendido ao pagamento de multas.

Ademais, sem a instauração do devido processo legal, que, no caso em tela, seria o procedimento fiscal administrativo, para o regular exercício público do agente do Estado, não se pode admitir a interferência pública na esfera privada, ainda que seu objetivo se revele justo, pois o Estado não deve atender somente aos fins a que se propõe, mas também zelar pela regular atividade dos meios para se obter tais finalidades.

A apreensão do veículo se impõe na hipótese de flagrante violação à legislação em vigor, devendo a retenção perdurar durante o período necessário à materialização da infração. Portanto, a apreensão só se justifica pelo tempo indispensável à lavratura do auto de infração, devendo ocorrer a posterior liberação do veículo, sendo vedada a apreensão como meio coercitivo para pagamento de multas administrativas.

Outrossim, para a cobrança do seu crédito, a Administração Pública dispõe de meio próprio e legal, em que será facultado ao cidadão o devido processo legal, com ampla defesa e o contraditório, não tendo a autoridade administrativa autorização para apreender, reter e leiloar bens para receber multas administrativas. Esse entendimento já está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DO VEÍCULO E CONDICIONAMENTO DA LIBERAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTAS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO AO JULGAR O RESP 1.144.810/MG, MEDIANTE A LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. Segundo disposto no art. 231, VIII, da Lei n. 9.503/97, o transporte irregular de passageiros é apenado com multa e retenção do veículo. Assim, é ilegal e arbitrária a apreensão do veículo, e o condicionamento da respectiva liberação ao pagamento de multas e de despesas com remoção e estadia, por falta de amparo legal, uma vez que a lei apenas prevê a medida administrativa de retenção.

2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção desta Corte, ao julgar o REsp 1.144.810/MG, mediante a sistemática prevista na Lei dos Recursos Repetitivos.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1124687/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011)

Dessa forma, demonstrada a inadequação da norma regulamentar invocada, bem como a efetiva violação a direito líquido e certo, ocasionada por ato ilegal da autoridade coatora, revela-se irrepreensível a decisão que concedeu a ordem postulada pelo Impetrante.

Ante o exposto, e na esteira do parecer ministerial, o voto é no sentido de REJEITAR A

PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, MANTENDO INTEGRALMENTE A SENTENÇA.

TJBA – Mandado de Segurança n.º 0007847-87.2013.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Livaldo Reaiche, julgado em 26.11.2014

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE REMOÇÃO DE SERVIENTIA EXTRAJUDICIAL PARA DISTRITO JUDICIÁRIO DIVERSO DO QUAL SE ENCONTRA INSTALADA. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DO DISTRITO JUDICIÁRIO POR ATO NORMATIVO COMPETENTE. ILEGALIDADE DO ATO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se vislumbra a obrigatoriedade dos limites geográficos dos distritos judiciário e administrativo, posto que suas finalidades possuem feições marcadamente distintas. Enquanto aquele se destina à organização e planejamento de políticas públicas ligadas ao Executivo, este visa à organização dos serviços prestados pelo Poder Judiciário;
2. A competência para fixação dos limites geográficos dos distritos, administrativo e judiciário, possui, ademais, nítida delimitação, cabendo exclusivamente ao Judiciário a regulamentação do segundo;
3. Tratando-se de Cartório de Registro Civil, a proximidade em relação aos seus usuários milita em favor da remoção para localidade inserida no Distrito Judiciário, haja vista que facilitaria o acesso, bem como a obtenção de informações dos atos registrados por terceiros;
4. A necessidade de coincidência entre a instalação da unidade do Cartório e os limites geográficos estabelecidos para seu distrito encontra, ainda, ressonância na jurisprudência pátria. Precedente: RMS 10.586/PR;
5. Contudo, *in casu*, a remoção do aludido Cartório, determinada às fls. 13, não merece subsistir ante a ausência de delimitação geográfica do Distrito Judiciário de Ferradas, considerando a informação do Município de Itabuna, no sentido de que o local não integra a categoria de distrito, sendo definido como bairro (doc. de fl. 19).;
6. Não se pode olvidar que a LOJ 10.845/2007 criou, em seu Anexo I, o Distrito Judiciário de Ferradas, atribuindo-lhe a existência de um Cartório de Registro Civil c/ Funções Notariais, todavia a sua extensão deixou de ser delimitada por ato normativo competente, não devendo prevalecer o entendimento de que a circunscrição seria restrita exclusivamente ao bairro de Ferradas, posto que ausente disposição normativa nesse sentido;
7. Revela-se, pois, temerária a medida que determina a mudança do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito de Ferradas, da sede da Comarca de Itabuna, para outro endereço obrigatoriamente localizado no bairro de Ferradas, pois, com a regulamentação da circunscrição do aludido Distrito Judiciário, este poderá abranger área correspondente a diversos bairros do Município de Itabuna, autorizando o Cartório Extrajudicial a se instalar em qualquer deles, desde que inseridos em sua circunscrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança nº 0007847-87.2013.805.0000**, tendo como impetrante **HUGO COSTA SANTIAGO JÚNIOR** e como impetrado a **DESEMBARGADORA CORREGEDORA DAS COMARCAS DO INTERIOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA**.

Acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **EM COMPOSIÇÃO PLENÁRIA E, À UNANIMIDADE, EM CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA e JULGAR PREJUDICADOS O AGRAVO REGIMENTAL Nº 0007847-87.2013.8.05.0000/50001 e o AGRAVO Nº 0007847-87.2013.8.05.0000/50002.**

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por **HUGO COSTA SANTIAGO JÚNIOR**, contra ato da Desembargadora Corregedora das Comarcas do Interior do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que declarou a impossibilidade de funcionamento do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito de Ferradas na sede da Comarca de Itabuna/Ba.

Noticiou o Impetrante, em síntese, a distinção existente entre distrito judiciário e distrito administrativo, argumentando que os únicos Distritos Judiciários existentes na Comarca de Itabuna são o da sede e o de Itapé, não havendo discriminação quanto aos limites territoriais do de Ferradas, invocando o disposto nos arts. 3º, da Lei nº 3731/79, e 9º da Lei nº 8935/94.

Ressaltou os efeitos da privatização dos cartórios extrajudiciais do Estado, afirmando ser Oficial de Registro e titular do Cartório de Registro de Pessoas Naturais de Ferradas, que tem como limites circunscricionais, para prática dos atos, o município de Itabuna.

Asseverou, porém, que o Impetrado prolatou decisão contrária à Lei Federal nº 8935/94, restringindo o local de atuação do Cartório do Impetrante ao bairro de Ferradas, violando os princípios da legalidade, da moralidade, razoabilidade, impessoalidade e independência gerencial, funcional, financeira e administrativa das serventias extrajudiciais.

Arguiu que a circunscrição estabelecida para os órgãos judiciais, prevista na Lei de Organização Judiciária do Estado, é inaplicável às serventias extrajudiciais, citando o disposto nos arts. 4º, 9º, 28 e 92, do mesmo Diploma Legal.

Alegou que diversos Cartórios encontram-se instalados nas sedes das Comarcas, como em Ilhéus e Vitória da Conquista, invocando o princípio da isonomia, bem assim salientou os prejuízos sofridos pela população do município de Itabuna e pelo Tribunal de Justiça, caso fosse mantido o ato impugnado.

Concluiu pugnando pelo deferimento da liminar, para que seja suspensa a decisão guerreada, prolatada nos autos do Processo Administrativo nº 46557/2012, e, ao final, pela concessão definitiva da segurança.

Instruindo a inicial, vieram os documentos de fls. 11/49.

Inicialmente, o pedido de liminar fora denegado pela então Relatora, a Drª. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, *desisum* reformado em juízo de retratação pela Drª Pilar Célia Tobio de Claro, em virtude da interposição do Agravo Regimental (fls. 51/53 e 101/105).

Na sequência, o Estado da Bahia interveio no feito, sustentando a legalidade do ato combatido e postulando a denegação da segurança pleiteada (fls. 111/118).

Encaminhados os autos ao Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos opinou, às fls. 121/129, pela concessão.

Em seguida, o Estado da Bahia interpôs Agravo Regimental contra a decisão concessiva de liminar (fls. 131/133).

Às fls. 136, ingressaram nos autos as Belªs Alice Maria Silva de Sá e Emília Miranda Teles Midlej, requerendo o prazo de 30 (trinta) dias para prestar informações adicionais acerca do PA – 46557/2012, no qual foram solicitadas providências quanto à situação supostamente irregular em que se encontrava o Cartório de Registro Civil com Funções Notariais do Distrito de Ferradas, cuja tramitação culminou no ato objeto da presente impetração.

Analisado o aludido pedido, entendeu a então Relatora, a Juíza Convocada Pilar Célia Tobio de Claro, que as mencionadas Bacharelas deveriam figurar no *mandamus* como litisconsortes passivas, uma vez que são Tabeliães Delegatárias dos Tabelionatos de Notas do 1º e 2º Ofícios da Comarca de Itabuna. Consequentemente, determinou que o Impetrante promovesse a citação de ambas, sob pena de extinção do processo (fls. 138/139).

Por sua vez, Hugo Costa Santiago Júnior interpôs “Agravo Retido” contra a referida decisão, postulando, em juízo de retratação, fosse declarada a inexistência de litisconsórcio passivo necessário, porém, em obediência ao quanto determinado, requereu a emenda da inicial para acrescentar os nomes das partes, buscando, ainda, a citação das mesmas (fl. 196).

Devidamente citadas (certidão de fl. 320), apenas a Belª. Emília Kátia Miranda Teles Midlej manifestou-se, às fls. 325/330, pugnando pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O art. 5º, LXIX, da CF/88, ao dispor sobre o mandado de segurança, afirma que:

Art. 5º (...)

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Verifica-se do dispositivo supracitado que o mandado de segurança exige, além das condições da ação previstas no art. 267, VI, do CPC, a presença de outras duas. São elas: existência de direito líquido e certo e lesão ou ameaça de lesão ao referido direito, praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público

Sobre o direito líquido e certo, valiosa é a lição de Pedro Roberto Decomain:

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo* é *direito comprovado de plano*”

Como o direito nasce de fatos e, para que seja considerado líquido e certo, necessita ser comprovável de plano, a conclusão que se extrai é que os fatos, a partir dos quais pretende o impetrante ver nascidos esse seu direito, necessitam ser passíveis de comprovação mediante simples exibição de documentos.

Mais uma vez, como dito por Hely Lopes Meirelles, por se exigir direito líquido e certo é que não se permite dilação probatória em mandado de segurança. Em decorrência disso, apenas prova documental se admite seja nele produzida. No mandado de segurança efetivamente não é possível a produção de prova pericial ou de prova oral (depoimento pessoal do impetrante, da autoridade coatora ou inquirição de teste-

munhas). Se, para comprovação dos fatos a partir dos quais pretende ver reconhecida a existência do seu direito, o impetrante do *writ* necessitar de provas desta índole, o mandado de segurança não será o procedimento cabível para que submeta à solução do Judiciário a lide na qual está envolvido com a Administração Pública.

(...)

Mais do que exclusivamente documental, **a prova dos fatos, para que o direito invocado pelo impetrante do mandado de segurança possa mesmo merecer o qualificativo de líquido e certo, há de ser pré-constituída.** Significa isso que **os documentos com os quais pretende demonstrar os fatos que afirma darem origem ao direito cuja proteção jurisdicional invoca, devem ser apresentados pelo impetrante juntamente com a própria petição inicial.** (grifo nossos) (DECOMAIN, Pedro Roberto – Mandado de Segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009, p. 30/33).

No caso *sub oculi*, exsurge que o Impetrante logrou êxito em demonstrar a liquidez e certeza do direito alegado, havendo nos autos prova pré-constituída que conduz ao acolhimento da pretensão.

Prima facie, deve-se consignar que não se vislumbra a obrigatoria identidade dos limites geográficos dos distritos judiciário e administrativo, posto que suas finalidades possuem feições marcadamente distintas. Enquanto aquele se destina à organização e planejamento de políticas públicas ligadas ao Executivo, este último visa à organização dos serviços prestados pelo Judiciário.

A competência para fixação dos limites geográficos dos distritos, administrativo e judiciário, possui, ademais, nítida delimitação, cabendo, exclusivamente, à Lei de Organização Judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a regulamentação dos seus.

Sobre o tema, vale destacar o posicionamento do STJ que segue consubstanciado no seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE SERRA/ES. CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS. LIMITES TERRITORIAIS. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO TJ/ES BASEADA EM PERÍCIA TÉCNICA QUE DELIMITOU O DISTRITO JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA. INCIDÊNCIA DOS LIMITES PREVISTOS NA LEI ESTADUAL N. 1.919/63. INAPLICABILIDADE DA LEI MUNICIPAL 001/2001, QUE SE REFERE APENAS AOS DISTRITOS ADMINISTRATIVOS. (...)

3. A recorrente alega, em suma, que o distrito de Carapina teve seus limites estabelecidos pelo Município da Serra no exercício de sua competência funcional (Lei Complementar n. 001/2001), os quais devem reger as serventias delegadas. Argumenta, ainda, que “a fixação dos limites interdistritais não é de competência do Poder Judiciário, mas, a teor do art. 30, inc. IV, da Constituição Federal, é do Município da Serra” (fls. 714).

4. Consoante bem asseverou o acórdão atacado, não há como prevalecer os limites fixados pela Lei Complementar n. 001/2001, promovida pelo município da Serra com esteio no art. 30, IV, da CF, porquanto tal norma possui natureza meramente administrativa, voltada para o ente municipal, enquanto que os distritos judiciários fazem parte da divisão judiciária para fins de administração da justiça, para a qual tem iniciativa legal o atual Tribunal de Justiça do Estado, nos termos do artigo 125, §1º, da CF.

5. Por conseguinte, não se pode dizer que o Poder Judiciário invadiu a autonomia do Município na delimitação de seus limites administrativos, pois não promoveu

a alteração desses, mas apenas dirimiu conflito acerca da divisão judiciária da municipalidade, a fim de delimitar a área de atuação dos Cartórios envolvidos na lide, utilizando-se, para tanto, das confrontações fixadas na Lei Estadual n. 1.919/63, as quais, diga-se de passagem, foram confirmadas por perícia.

6. Sob esse enfoque, afasta-se a alegada violação ao princípio da independência dos poderes, tendo em vista que a divisão judiciária de que trata a decisão atacada pela impetração não se confunde com a divisão administrativa, cuja competência atribui-se ao Poder Executivo.

(RMS 14.109/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 20/11/2009)

Ultrapassada esta questão, observa-se ser louvável a preocupação do Insígne Desembargador Corregedor das Comarcas do Interior do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à época, no que tange à proximidade do Cartório em relação aos seus usuários, diante da facilidade do acesso, bem como da obtenção de informações dos atos registrados por terceiros.

De outra banda, a necessidade de coincidência entre a instalação da unidade cartorária e os limites geográficos estabelecidos para seu distrito, fundamenta-se, ainda, na jurisprudência pátria, consoante se observa do julgado adiante transcrito:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA. RECURSO. RATIFICAÇÃO PELO ÓRGÃO ESPECIAL. CARTÓRIO DISTRITAL NÃO PODE TER INSTALAÇÕES FORA DE SEU LIMITE TERRITORIAL. ART. 27 DO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DO PARANÁ (LEI Nº 8.280/89).

Pode existir distrito administrativo sem distrito judiciário. O Cartório distrital deve ficar jungido aos limites territoriais de sua base.

Recurso improvido.

(RMS 10.586/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2001, DJ 03/09/2001, p. 145)

Contudo, *in casu*, a remoção do aludido Cartório, determinada às fls. 13, não merece subsistir ante a ausência de delimitação geográfica do Distrito Judiciário de Ferradas, haja vista a informação da Prefeitura de Itabuna noticiando que Ferradas, atualmente, é, apenas, um bairro daquele Município (doc. de fl. 19).

Não se pode olvidar que a Lei nº 10.845/2007 (LOJ) criou, em seu Anexo I, o Distrito Judiciário de Ferradas, atribuindo-lhe a existência de um Cartório de Registro Civil c/ Funções Notariais.

Frise-se, entretanto, que a extensão do mencionado Distrito Judiciário não se encontra estabelecida por ato normativo competente, deixando de prevalecer o entendimento de que a circunscrição seria limitada exclusivamente ao bairro de Ferradas, posto que ausente disposição normativa nesse sentido.

Na espécie, não se observa regência de norma que preveja clara e expressamente a delimitação geográfica do Distrito Judiciário de Ferradas, circunstância reconhecida no parecer da Corregedoria das Comarcas do Interior, encartado às fls. 14/16.

Revela-se, portanto, temerária a medida que determina a mudança do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito de Ferradas para outro endereço obrigatoriamente localizado no bairro de Ferradas, pois, com a regulamentação da circunscrição do referido Distrito, este poderá abranger área correspondente a diversos bairros de Itabuna, autorizando o Cartório Extrajudicial a se instalar em qualquer deles, desde que integrados em sua delimitação.

Destarte, malgrado a previsão da existência do Distrito de Ferradas na Lei nº 10.845/2007

(LOJ), não se pode impor o cumprimento de dispositivo legal sem a devida normatização, mormente quando haja a possibilidade de limitação ou prejuízo a direitos de seus destinatários.

Ex positis, **CONCEDE-SE PARCIALMENTE A SEGURANÇA PLEITEADA**, determinando-se a sustação do ato de remoção das instalações físicas do Cartório de Registro Civil com Funções Notariais do Distrito de Ferradas da sede da Comarca de Itabuna, até que os seus limites geográficos venham a ser devidamente regulamentados.

Sem custas ante a isenção legal, e sem honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105 do STJ c/c a Súmula 512 do STF.

Por fim, julgam-se prejudicados o Agravo Regimental nº 0007847-87.2013.8.05.0000/50001, de fls. 131/133, e o Agravo nº 0007847-87.2013.8.05.0000/50002 (fls. 276/283), que deve ser recebido como Regimental, haja vista a inexistência de dispositivo legal que preveja a modalidade retida em processo originário.

TJBA – Apelação Cível n.º 0412133-74.2012.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Cícero Landin Neto, julgado em 21.07.2015

Apelação Cível. ISS. Cobrança sobre os descontos concedidos pela instituição de ensino. Preliminar de Uniformização de Jurisprudência rejeitada, uma vez que se trata de mera faculdade do julgador, consoante art. 476 do CPC, devendo atentar para os critérios de conveniência e oportunidade. Precedentes do STJ. No mérito, tem-se que no preço do serviço não se incluem as diferenças, reduções, os descontos ou abatimentos, concedidos por ocasião da contratação do serviço, pois não fazem parte do efetivo valor da contraprestação relativa ao fornecimento de trabalho. Os descontos, condicionados ou incondicionados, representam uma diminuição efetiva do preço, razão pela qual não fazem parte da verdadeira receita do apelante, não integrando, desse modo, a base de cálculo do ISS. Recurso provido, para reconhecer que os descontos concedidos pela apelante não devem integrar a base de cálculo do Imposto sobre Serviço (ISS).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Apelação Cível nº 0412133-74.2012.8.05.0001*, em que figuram, como apelante, *PORTINARI EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS* e, apelado, *MUNICÍPIO DO SALVADOR*.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, *rejeitar a preliminar de Uniformização de Jurisprudência e no mérito, dar provimento ao presente Recurso*, e assim o fazem pelos motivos a seguir expostos:

RELATÓRIO

A presente Apelação Cível foi interposta por *PORTINARI EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS* contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca do Salvador, que, nos autos da Ação Ordinária nº 0412133-74.2012.8.05.0001, movida contra o *MUNICÍPIO DO SALVADOR*, ora apelado, julgou *improcedente o pedido, con-*

denando, ainda, o apelante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, à razão de 15% sobre o valor da causa (fls. 499/504).

Em suas razões de apelação (fls. 507/516), preliminarmente, requer a Uniformização de Jurisprudência, considerando que *“a Primeira Câmara Cível já manifestou entendimento nos autos da Ação Anulatória nº 00828-14.2007.8.05.001 (decisão transitada em julgado e colacionada à inicial), em que são partes as pessoas jurídicas que contêm nestes autos, concluindo que não incide ISS sobre as deduções do preço do serviço prestado pela apelante decorrente dos descontos e abatimentos concedidos aos alunos, cujos pais se encontram em dificuldades financeiras (...)”*.

Afirma que o Código de Processo Civil e o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia asseguram a Uniformização da Jurisprudência como garantia dos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica, evitando-se decisões opostas sobre o mesmo tema.

No mérito, sustenta que o *“ISS é a expressão monetária do valor do serviço que represente efetiva receita auferida pelo prestador como contraprestação do serviço prestado e tributável pelos municípios”, concluindo, assim, que “é ilegal a tributação de valores concedidos a título de bolsa ou de desconto para a instituição de ensino, uma vez que não representa receita efetiva para o prestador do serviço”*.

Defende que, para fim de apuração da base de cálculo do ISS, o CTN estabeleceu *“que em regra os descontos e abatimentos não são considerados para efeito de cálculo do ISS”*, excluindo-os da base de cálculo do tributo.

Sustenta que o § 1º do art. 3º do Decreto Municipal nº 13.609/2002 possibilitou às empresas de educação a utilização do *regime de caixa*, que é caracterizado pela tributação sobre a receita efetivamente auferida, excluindo-se da base de cálculo os descontos concedidos e a inadimplência apurada naquele mês, salientando que *“as instituições de ensino estão obrigadas a realizar descontos nas taxas de matrícula e de exame e quaisquer outras relativas ao ensino, para as famílias com mais de um filho no estabelecimento de ensino”* (Decreto Lei nº 3.200/41, art. 24).

Afirma, ainda, que todos os descontos concedidos são incondicionados, não impondo qualquer contraprestação ao beneficiário, não dependendo de qualquer evento posterior, não podendo ser considerado receita, razão pela qual não pode integrar a base de cálculo do ISS.

Ao final, requer seja conhecido e provido o presente Recurso para *“reformular a sentença singular, para declarar a inexistência de crédito tributário formalizado na notificação fiscal de lançamento nº 3670.2006, invertendo-se o ônus da sucumbência”*.

Às fls. 523/540, o *MUNICÍPIO DE SALVADOR* apresentou as suas contrarrazões, refutando todos os argumentos do apelante, pugnando pela manutenção da Sentença.

A Procuradoria de Justiça, através do Parecer de fls. 544/546, entendeu como *indevida a sua atuação no presente feito*.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre enfrentar o pleito de Uniformização de Jurisprudência. O art. 476 do CPC preconiza que compete ao Relator, ao proferir o voto, solicitar o prévio pronunciamento do Tribunal sobre a interpretação do direito a respeito do qual ocorre divergência ou sobre a decisão hostilizada que tenha sido interpretada de forma diversa de outra Turma, Câmara ou Grupo.

A presente irresignação não merece êxito, pois, a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência é mera faculdade do julgador, devendo atentar para os critérios de conveniência e oportunidade, *“(...) não vinculando o juiz, dispondo ele da faculdade de decidir da conveniência e oportunidade par admitir o seu processamento”* (RSTJ 138/181).

Ademais, *“o pedido de uniformização de jurisprudência revela caráter eminentemente preventi-*

vo e, consoante cediço, não vincula o órgão julgador, ao qual a iniciativa do incidente é mera faculdade, consoante a ratio essendi do art. 476 do CPC. Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 620276/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 01.08.2006; EDcl nos EDcl no RMS 20101/ES, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 30.05.2006 e EDcl no AgRg nos EDcl no CC 34001/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 29.11.2004”. (...) (STJ, REsp 745.363/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 20/09/2007, DJ 18/10/2007 p. 270i).

Registre-se que, conforme ensinamento do ilustre jurista BARBOSA MOREIRA, o instituto da uniformização de jurisprudência “*não visa apreciar concretamente a lide, mas, ao revés, objetiva apenas discutir teses jurídicas contrapostas, com o fito de pacificar a jurisprudência interna de determinado Tribunal*”. (In Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 07/17).

Desta forma, afasta-se a preliminar suscitada de incidente de uniformização de jurisprudência.

No mérito, cinge-se a controvérsia em determinar se os descontos concedidos pela apelante – instituição de ensino – compõem a base de cálculo do Imposto sobre Serviço (ISS), lançado na Notificação Fiscal nº 3670.2006 (fls. 25/28).

Imperativo definir, conforme a legislação que trata da matéria, “*que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço*” (art. 7º da Lei Complementar nº 116/03), bem como esclarecer que o preço do serviço é o efetivo valor da contraprestação relativa ao fornecimento de trabalho.

Ora, diante dessas afirmações, conclui-se que no preço do serviço não se incluem as diferenças, reduções, os descontos ou abatimentos, concedidos por ocasião da contratação do serviço, pois, o preço do serviço é a “*receita auferida pelo prestador como contraprestação pela prestação do serviço tributável pelo Município ou pelo Distrito Federal ao qual cabem os impostos municipais*”, concluindo que “*onde não houver receita, jamais se poderá cogitar de exigência de ISS, pela singela razão de que, nessa hipótese, preço não há*” (AYRES F. BARRETO in ISS na Constituição e na Lei. SP: Dialética, 2005, p. 355).

JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO destaca nesse sentido que “*no cálculo do tributo também não devem ser incluídos os valores pertinentes a seguro, juros e quaisquer outras importâncias recebidas ou debitadas – como multas e indenizações – pois tais verbas têm natureza jurídica diversa do respectivo preço contratual. Nessa mesma situação devem ser considerados os valores relativos a descontos/abatimentos (condicionais ou incondicionais), porque caracterizam diminuição do preço dos serviços e consequente redução da base de cálculo...*” (In ISS – aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Dialética, 2005, p. 140).

Evidencia-se que o desconto, independentemente de estar condicionado a evento futuro e incerto, ou ser incondicionado, as diferenças, as reduções, os abatimentos, concedidos por ocasião da contratação do serviço, não fazem parte do efetivo valor da contraprestação relativa ao fornecimento de trabalho, razão pela qual não podem compor a base de cálculo do ISS, uma vez que, também, não foi autorizado pela norma que rege a matéria.

No julgamento da Apelação Cível nº 0082898-14.2007.8.05.0001, por este Tribunal de Justiça da Bahia, a Desembargadora SARA SILVA BRITO, ratificando os termos da Sentença de 1º grau, entendeu que “*quanto aos descontos para pais em dificuldades financeiras, ainda que sejam subjetivos, vez que dá a cada diretor autonomia para conceder descontos, de acordo com o grau de dificuldade financeira dos pais que os solicitam, são critérios idôneos, previamente definidos para a concessão de tais descontos, até porque o Decreto também não impõe que sejam critérios objetivos, ou seja, não estabelece formalidade para os critérios. Assim, tais descontos – concedidos para pais em dificuldades financeiras, não devem integrar a base de cálculo do imposto por terem preenchido os requisitos do art. 3º, § 1º, do Decreto 13.609/02*”.

Daí conclui-se que a base de cálculo do ISS é a expressão monetária do valor do serviço que represente a real receita do prestador como contraprestação do serviço e tributável pelo Municí-

pio. Assim, é de fácil percepção que os descontos, condicionados ou incondicionados, representam uma diminuição efetiva do preço, razão pela qual não fazem parte da verdadeira receita do apelante, não integrando, desse modo, a base de cálculo do ISS.

Diante do exposto, *rejeita-se a preliminar de Uniformização de Jurisprudência; e, no mérito, dá-se provimento ao presente Recurso* para reformar a Sentença hostilizada, reconhecendo-se que os descontos concedidos pela apelante não devem integrar a base de cálculo do Imposto sobre Serviço (ISS), excluindo-os, assim, da Notificação Fiscal de Lançamento nº 3670.2006, condenando, ainda, o apelado no pagamento dos honorários advocatícios, à razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

TJBA – Apelação Cível nº 0162451-42.2009.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. Roberto Maynard Frank, julgado em 25.11.2014

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DA BAHIA (CODEBA). DELEGATÁRIA DE SERVIÇO PORTUÁRIO. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Uma vez que a embargante presta serviço público, substituindo a União, exercendo função pública, regida pelo interesse público, goza, em consequência, da imunidade tributária recíproca, não se sujeitando à cobrança de impostos municipais ou estaduais.

O disposto no art. 150, inciso VI, alínea a, da CF, estabelece que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0162451-42.2009.8.05.0001, em que é Apelante **Município do Salvador** e Apelada **Codeba - Companhia Docas do Estado da Bahia**.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **conhecer e dar provimento ao recurso**, ante as razões a seguir expostas.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **Município do Salvador** em face da sentença de fls. 113/118, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que julgou procedentes os Embargos à Execução Fiscal opostos pela Apelada, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, tornando insubsistente a penhora de fls. 13, bem como condenou o Apelante ao pagamento das custas processuais e nos honorários advocatícios em 10 % sobre o valor da causa, devidamente corrigidos

No recurso (fls.120/131), o Recorrente pugna pela reforma da sentença, porquanto a imunidade recíproca abrange tão somente as pessoas políticas e suas respectivas autarquias e fundações, excluindo, portanto, a Apelada.

Assevera, de outro lado, que esta exerce atividade de natureza econômica e que ela sustenta que o imóvel objeto de cobrança fiscal pertence à União, em que inexistente prova a este respeito.

Por fim, destaca que os arts. 32 e 34 do CTN e art. 145 do Código Tributário e de Rendas do Município do Salvador apontam que o domínio útil e a posse são fatos geradores para a cobrança do respectivo tributo.

À fl. 134, a apelação foi recebida em ambos os efeitos.

Contrarrazões de fls. 140/152.

Nesta Instância Superior, distribuídos os autos, coube-me, por sorteio, o encargo de Relator.

À **Revisora.**

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **Município do Salvador** em face da sentença de fls. 113/118, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que julgou procedentes os Embargos à Execução Fiscal opostos pela Apelada, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, tornando insubsistente a penhora de fls. 13, bem como condenou o Apelante ao pagamento das custas processuais e nos honorários advocatícios em 10 % sobre o valor da causa, devidamente corrigidos

No recurso (fls.120/131), o Recorrente pugna pela reforma da sentença, porquanto a imunidade recíproca abrange tão somente as pessoas políticas e suas respectivas autarquias e fundações, excluindo, portanto, a Apelada.

Assevera, de outro lado, que esta exerce atividade de natureza econômica e que ela sustenta que o imóvel objeto de cobrança fiscal pertence à União, em que inexistente prova a este respeito.

Por fim, destaca que os arts. 32 e 34 do CTN e art. 145 do Código Tributário e de Rendas do Município do Salvador apontam que o domínio útil e a posse são fatos geradores para a cobrança do respectivo tributo.

Pois bem.

A embargante, sociedade de economia mista de capital autorizado, vinculada ao Ministério dos Transportes, tem por objeto exercer as funções de autoridade portuária e de realizar administração e exploração dos portos organizados no Estado da Bahia e na hidrovia e portos da Bacia do Rio São Francisco, detendo a posse de um bem da União.

Todavia, esta condição não configura exteriorização da propriedade, uma vez que apenas lhe cabe a administração desse bem para assegurar e disciplinar a sua utilização, consoante sua finalidade pública.

Atua a Codeba, conforme estabelecido na Lei nº 8.630/93, como autoridade portuária, com as atribuições de administração e fiscalização do funcionamento do Porto de Salvador.

No entanto, fica a cargo da iniciativa privada as operações portuárias comerciais, estas, sim, atividade econômica, das quais não participa a CODEBA.

Dito isso, é de conhecimento notório que no Brasil, vigora o princípio da imunidade tributária recíproca, que imuniza a União, os Estados e os Municípios, assim como seus órgãos e empresas públicas prestadoras de serviço público, do pagamento de tributos uns dos outros.

A imunidade recíproca encontra-se prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

A embargante (apelada) presta serviço público, substituindo a União, e nesta condição é regida pelo interesse público, gozando, em consequência, da aludida imunidade tributária, não se sujeitando à cobrança de impostos municipais ou estaduais. É esse o posicionamento pacífico do STF:

E M E N T A: CODESP – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO – MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, “f”) – POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CODESP COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO - CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA GOVERNAMENTAL, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “a”) – O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO- JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CODESP, EM FACE DO IPTU, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AGRAVO IMPROVIDO. - A CODESP, que é sociedade de economia mista, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de administração de porto marítimo constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “f”, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar dos entes políticos em geral, inclusive o dos Municípios. Consequente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim” (RE nº 458.164/SP-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 23/8/11)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IPTU. PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS. HONORÁRIO ADVOCATÍCIO. SUCUMBÊNCIA. 1. Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia, em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII,

“f” e 150, VI, da Constituição Federal). 2. Taxas. Imunidade. Inexistência, uma vez que o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto, não comportando a vedação a cobrança de taxas. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, AI-AgR 458856-SP, rel. Min. Eros Grau, j. 05/10/2004, DJ 20/04/2007, p. 00089)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPTU. PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. 1. A tese deduzida no recurso extraordinário restou acolhida à unanimidade por ambas as Turmas deste Supremo Tribunal. Circunstância que permite ao relator julgar monocraticamente o recurso extraordinário (art. 557 do CPC). 2. Os imóveis integrantes do acervo patrimonial do Porto de Santos são imunes à incidência do IPTU, pois integram o domínio da União e se encontram ocupados pela agravada apenas em caráter precário. Precedentes: RE 253.394 (Primeira Turma, DJ de 11/04/2003) e RE 265.749 (Segunda Turma, DJ 12/09/2003). 3. Mostra-se devidamente fundamentada a decisão monocrática que faz remissão a precedentes da Corte e sintetiza os argumentos neles aduzidos. 4. Agravo regimental improvido (STF, 2ª Turma, RE-AgR 357447-SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26/03/2004)

O STJ acompanha o mesmo entendimento:

PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA. ACÓRDÃO EMBASADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. O Tribunal de origem negou a imunidade recíproca da agravante, embasado em fundamento eminentemente constitucional. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional. 2. O IPTU é inexistente de cessionária de imóvel pertencente à União, quando esta detém a posse mediante relação pessoal, sem animus domini. Precedentes. 3. Na espécie em análise, o acórdão concluiu que o bem imóvel utilizado pela Cemig, na execução do serviço de fornecimento de energia elétrica, está registrado em seu nome e não era de propriedade de qualquer pessoa jurídica de direito público, além de poder ser onerado, conforme a disposição do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas (e-STJ fl. 528). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1337903 / MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, Dje 18/10/2012).

TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - IPTU - CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO - CONTRIBUINTE - INEXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO EM RELAÇÃO AO ARRENDATÁRIO - RECURSO APRESENTADO EM DUPLICIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - 1. ‘O IPTU é imposto que tem como contribuinte o proprietário ou o possuidor por direito real que exerce a posse com animus definitivo’ (REsp 325.489/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 24.02.2003). 2. Na hipótese dos autos, a celebração do contrato de arrendamento entre a empresa ora agravada e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), relativamente à exploração de área pertencente ao Porto de Santos, cuja propriedade é da União, não dá à primeira a condição de contribuinte do IPTU, visto que não exerce a posse do referido imóvel com animus domini. 3. Quando a parte opõe dois Agravos Regimentais objetivando impugnar a mesma decisão, o segundo recurso não pode ser conhecido, em face da ocorrência da preclusão consumativa. 4. Primeiro Agravo Regimental a que se nega provimento. 5. Segundo Agravo Regimental não conhecido.. (STJ - AgRg-AI

664.526/SP (2005/0038064-0) - 1ª T. - Rel. Min. Denise Arruda - DJU 24.10.2005 - p. 187)

Este Tribunal de Justiça também tem acompanhado este entendimento conforme julgamento da Segunda Câmara Cível, conforme se pode inferir do seguinte julgado da relatoria do eminente Des. Gesivaldo Brito:

“Ementa: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CODEBA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. RECONHECIMENTO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A propriedade do imóvel que se quer tributar é da União. 2. A mera utilização do bem pela CODEBA não enseja a cobrança de IPTU. 3. Recurso conhecido e, no mérito, desprovido. Apelação nº 0007016-07.2011.8.05.0001, Comarca: Salvador, data do julgamento: 28/01/2014, Data de registro: 14/02/2014”

Por outro lado, ainda que não se tratasse de caso de imunidade tributária recíproca, sendo o valor venal do imóvel, ou seja o seu valor de mercado para venda, a base de cálculo do IPTU, não seria possível apurar o valor a ser cobrado, pois o imóvel objeto da lide tem natureza de bem público e como tal é inalienável, impenhorável e imprescritível.

Assim, não há que se falar em incidência do IPTU sobre o aludido imóvel, porquanto também não ocorre o fato gerador, ou seja, inexistente a hipótese prevista na regra de tributação, não havendo, portanto, relação jurídica de propriedade, posse em razão da propriedade ou de enfiteuse, que poderiam ensejar a incidência e consequente cobrança do imposto.

Por tais razões, o voto é no sentido de **conhecer e negar provimento ao recurso**.

TJBA – Apelação Cível nº 0388879-72.2012.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Regina Helena Ramos Reis, julgado em 17.03.2015

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. LEI ESTADUAL N. 7014/96. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA EM ICMS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO NO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE CONSTATADA. COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA. ENUNCIADO N. 213 DA SÚMULA DO STJ. NECESSIDADE DE LEI ESTADUAL AUTORIZADORA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. RECURSO DO ESTADO DA BAHIA CONHECIDO E IMPROVIDO E APELO DA CONTRIBUINTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. A prefacial de ilegitimidade passiva *ad causam* não merece prosperar, uma vez que o Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia é o responsável hierarquicamente por atos de cobrança dos seus subordinados, tendo o poder de revê-los, daí porque tem legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que questiona a atividade de cobrança antecipada de ICMS.

2. O art. 12-A da Lei Estadual n. 7014/96, ao tratar da antecipação tributária em ICMS, previu os seguintes requisitos: (i) aquisição de mercadorias; (ii)

operações tributárias em âmbito interestadual; e (iii) destinação das mercadorias à comercialização. Faz-se imprescindível que haja o preenchimento concomitante desses requisitos para que o Estado tenha a legitimidade para exigir a antecipação do pagamento do ICMS.

3. *In specie*, os produtos adquiridos pela impetrante em outro ente federativo não se destinam diretamente à comercialização, mas sim a uso diverso interno (uso comum da empresa ou transformação em novos produtos), daí porque não há o enquadramento na hipótese do art. 12-A da Lei Estadual citada.

4. Desse modo, evidente que a conduta estatal não possui amparo legal, sendo corretamente considerada ilegal pela sentença de base, com consequente (i) decretação de nulidade dos autos de infração colacionados, (ii) cancelamento dos lançamentos indevidamente realizados e (iii) determinação ao ente estatal para que se abstenha de cobrar o tributo antecipadamente quando não haja o preenchimento dos requisitos legais.

5. Na linha do enunciado n. 213 da Súmula do STJ, “*o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*”, sendo que a própria Corte Cidadã possui entendimento pacífico de que, na forma do art. 170 do CTN, a compensação administrativa só será concedida judicialmente quando haja Lei Estadual autorizando a sua ocorrência.

6. No caso do Estado da Bahia, a Lei Estadual n. 7014/96 prevê a possibilidade de compensação tributária, razão pela qual o pleito da impetrante possui procedência, devendo ser declarado o seu direito à referida compensação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Apelação n. 0388879-72.2012.8.05.0001, em que é recorrente Bgmaxx Comercio de Produtos Alimentícios Ltda e Estado da Bahia e recorrido Bgmaxx Comercio de Produtos Alimentícios Ltda e Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **em conhecer e negar provimento ao apelo do Estado da Bahia e conhecer e dar provimento ao recurso de BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.**, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações simultâneas interpostas por BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e pelo Estado da Bahia contra sentença proferida pelo juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que, nos autos do mandado de segurança, concedeu parcialmente a ordem requerida, declarando inaplicável à situação da impetrante a previsão do art. 12-A da Lei Estadual n. 7014/96, mas considerando indevida a compensação/restituição requerida.

Em seu recurso de apelação, a BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. argumenta que “*o acolhimento do pleito pelo juízo de piso envolve, como decorrência lógica, a declaração do direito da Apelante a proceder à compensação dos valores já recolhidos de forma indevida com débitos de quaisquer outros tributos, cuja competência para instituição foi outorgada ao Estado da Bahia*” (fl. 422).

Nessa linha, esclarece que “*a pretensão se restringe ao reconhecimento do direito à compensação do que foi pago indevidamente, frente à constatação da não submissão da Apelante ao regime de recolhimento de ICMS na modalidade de antecipação parcial*” (fl. 422).

Assim, requer o provimento do recurso para que, com fulcro no enunciado n. 213 da Súmula do STJ, seja declarado o seu direito de compensar “*os valores indevidamente recolhidos à título de antecipação parcial do ICMS com quaisquer tributos cuja competência para instituição foi outorgada ao Estado da Bahia, valendo-se dos mesmos índices de correção utilizados pela Fazenda para cobrança de seus créditos (SELIC)*” (fl. 421).

O Estado da Bahia, por sua vez, em seu recurso de apelação, suscitou preliminarmente a ilegitimidade do Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ para responder ao presente *mandamus*, uma vez que ele, “*em momento algum, praticou ou é responsável pelo ato apontado como ilegal ou abusivo, não podendo, por conseguinte, figurar no polo passivo da demanda*” (fl. 446). Nessa senda, sustenta que a teoria da encampação não poderia ser aplicada *in specie*, por existir diferença hierárquica da autoridade apontada em relação àquela efetivamente legitimada para responder ao presente feito.

Noutro giro, argumenta que a sentença primeva laborou em equívoco ao considerar que o art. 12-A da Lei n. 7014/96 não se aplica à empresa apelada, uma vez que esse entendimento levaria à ausência de cobrança de tributo para a sua atividade.

Nesses termos, requer o provimento do recurso, para, reconhecendo a ilegitimidade da autoridade coatora, extinguir o *writ* sem exame de mérito ou, subsidiariamente, pela denegação da ordem.

Devidamente intimados para oferecerem contrarrazões aos apelos simultâneos, o Estado apresentou manifestação, aduzindo, em síntese, que “*é indevido que a Apelante busca a devolução de valores que recolhera a título de ICMS por antecipação*” (fl. 454).

A BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios, Importação e Exportação Ltda., por sua vez, também apresentou contrarrazões, ressaltando que “*o que se questiona e se combate na presente demanda é a constitucionalidade e incidência do regime de antecipação parcial do ICMS quando da aquisição dos insumos utilizados na composição de seu produto final, esse sim sujeito a incidência do imposto em tela*” (fl. 463).

Por isso mesmo “*é que a compra de bens destinados à criação e transformação dos produtos comercializados pela Apelada não se sujeitam à regra contida no mandamento legal do art. 12-A da Lei Estadual n. 7014/96, eis que reconhecidamente não são adquiridas para fins de comercialização como exige o citado dispositivo*” (fl. 464). Assim, requer a manutenção da sentença no capítulo em que declarou a inaplicabilidade do regime de antecipação parcial do ICMS ao seu caso, afastando as alegações do Estado da Bahia.

Encaminhados os autos à douta Procuradoria de Justiça, esta ressaltou a insubsistência da preliminar de ilegitimidade passiva aventada pelo Estado da Bahia e a inaplicabilidade do art. 12-A da Lei Estadual n. 7014/96 à atividade da impetrante. Por outro lado, o órgão ministerial destacou que, apesar do enunciado n. 213 da Súmula do STJ admitir a declaração de compensação em mandado de segurança, não há Lei Estadual que autorize esse procedimento compensatório no âmbito do Estado da Bahia, razão pela qual o pedido da requerente não possui procedência.

Nesses termos, pugnou o *Parquet* pelo improvimento das apelações simultâneas, mantendo-se o comando sentencial incólume.

Vindo-me os autos conclusos, elaborei relatório, submetendo-o ao crivo do eminente Desembargador Revisor, o qual pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito

Cinge-se a demanda litigiosa à aferição de se há ilegalidade no procedimento do Estado da Bahia de aplicar o art. 12-A da Lei Estadual n. 7014/96 – que trata da antecipação tributária em ICMS – às operações estaduais realizadas pela impetrante, BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Proferida a sentença parcialmente concessiva da segurança, ambas as partes apresentaram irresignações. Passa-se à sua análise.

1 - Apelo do Estado da Bahia.

No seu apelo, o ente estatal sustentou, em síntese, (i) a ilegitimidade passiva do Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia para figurar no *mandamus* e (ii) a aplicabilidade da referida norma estadual às atividades da empresa impetrante.

No que se refere à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sabe-se que, no mandado de segurança, deve figurar como autoridade coatora o agente público que praticou o ato ou aquele que detém a competência para revê-lo. Sobre o tema, veja-se a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“A apuração de quem deve assumir a condição de autoridade coatora é questão controvertida em doutrina e em jurisprudência. Em geral, utiliza-se de dois critérios para apontar essa pessoa: a) aquele que efetivamente produz o ato coator; b) aquele que tem atribuição para rever ou desfazer o ato coator. [...] via de regra, empregando esses dois critérios é possível determinar com segurança a autoridade que deve figurar no polo passivo desta ação [...] Também se entende, hoje, que a impetração dirigida contra a autoridade superior, ainda que não seja aquela que praticou o ato, é válida, desde que a requerida assumia a titularidade passiva da demanda, defendendo o ato”. (*Procedimentos Especiais*. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, páginas 245 e 246).

In casu, constata-se que a prefacial não merece prosperar, uma vez que o Superintendente de Administração Tributária é o responsável hierarquicamente por atos de cobrança dos inspetores fazendários, tendo o poder de revê-los, daí porque tem legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que questione a atividade de cobrança antecipada de ICMS.

De fato, na forma da legislação estadual, o Superintendente de Administração Tributária tem competência para retificar eventual ilegalidade praticada por seus subordinados, tais como inspetores fazendários; assim, justifica-se a sua indicação para figurar no polo passivo do presente *mandamus*, cujo objeto é questionar a legalidade da antecipação tributária nas operações interestaduais realizadas pela impetrante/apelada.

Sem razão, portanto, o Estado da Bahia em sua proemial, a qual fica afastada.

De igual modo, não possui nenhum fundamento o argumento do ente político no sentido de que o art. 12-A da Lei Estadual n. 7104/96 se aplicaria às operações realizadas pela impetrante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o referido dispositivo trata da antecipação tributária para ICMS decorrente de operações interestaduais. Assim, eventual afastamento de sua incidência não significa que a empresa não será tributada em nenhum momento de sua atividade (como quer fazer crer o Estado da Bahia), senão que a dita antecipação não é devida caso não haja o enquadramento na moldura legal.

A leitura do art. 12-A multicitado é esclarecedora:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota

interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Como se vê, a legislação estadual previu que, para que o contribuinte seja obrigado a adimplir antecipadamente o ICMS, devem ser preenchidos os seguintes requisitos:

- a) Aquisição de mercadorias;
- b) Operações tributárias em âmbito interestadual;
- c) Destinação das mercadorias à comercialização;

Faz-se imprescindível, calha reiterar, que haja o preenchimento concomitante desses requisitos para que o Estado tenha a legitimidade para exigir a antecipação do pagamento do ICMS.

Na situação *sub examine*, como pontuou corretamente a Procuradoria de Justiça, os objetos adquiridos pela impetrante/apelante não se destinam especificamente à comercialização, sendo utilizados, na verdade, para uso comum da empresa (sacolas, porta-copos etc.) ou para transformação em novos produtos (molhos, saladeiras), calhando destacar que ela atua no ramo alimentício de *fast food* (Burger King). Quer dizer: os produtos adquiridos em outro ente federativo não se destinam diretamente à comercialização, mas sim a uso diverso interno, daí porque não há o enquadramento na hipótese do art. 12-A da Lei Estadual acima citada.

Desse modo, afigura-se correto o comando sentencial que declarou a ilegalidade do procedimento da Administração Pública Fazendária que, à revelia da Legislação Estadual, cobra o ICMS antecipadamente à empresa impetrante, ora apelada. Efetivamente, a conduta estatal não possui amparo legal, sendo corretamente considerada ilegal pela sentença de base, com consequente (i) decretação de nulidade dos autos de infração colacionados, (ii) cancelamento dos lançamentos indevidamente realizados e (iii) determinação ao ente estatal para que se abstenha de cobrar o tributo antecipadamente quando não haja o preenchimento dos requisitos legais.

Não merece reparos, portanto, a sentença obliterada.

2. Recurso de Apelação da BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.

Em sua impugnação, a empresa impetrante questionou o comando sentencial que considerou inviável a compensação/restituição requerida na exordial.

Sobre o tema, é cediço que a compensação pode ser modalidade de extinção de débito fiscal, conforme prevê o art. 170 do CTN, *in verbis*:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Por sua vez, pacificou o Superior Tribunal de Justiça que o direito à compensação pode ser declarado em sede de mandado de segurança, como se pode ler no enunciado n. 213 de sua Súmula, a seguir transcrita:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”

Na esteira do entendimento sumular, então, é possível, através do remédio constitucional do mandado de segurança, declarar o direito do contribuinte compensar administrativamente os débitos tributários.

Ocorre que, na esteira do artigo supracitado do Código Tributário Nacional, a compensa-

ção só pode ocorrer quando o ente estatal edita Lei autorizando a sua ocorrência. Quer dizer: a compensação administrativa pressupõe a existência de Lei do ente federativo em questão.

Assim, ainda que seja viável a declaração do direito à compensação no mandado de segurança, isto só será efetivamente possível nas hipóteses em que o ente político possua lei autorizando esse procedimento.

A propósito, oportuna a transcrição dos seguintes precedentes da Corte Cidadã:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITO DE ICMS COM CRÉDITO ORIUNDO DE PRECATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI LOCAL AUTORIZATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 535 DO CPC, 170 DO CTN E 368 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL FUNDADO EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INVIABILIDADE DE INDICAÇÃO DE ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO, PELO STJ, EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] III. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o Recurso Especial 1.008.343/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 01/02/2010), **proclamou que a compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte, em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) existência de débito do Fisco, como resultado: (a) de ato administrativo de invalidação do lançamento tributário, (b) de decisão administrativa, (c) de decisão judicial, ou (d) de ato do próprio administrado, quando autorizado em lei, cabendo à Administração Tributária a fiscalização e ulterior homologação do débito do Fisco, apurado pelo contribuinte; e (iii) existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, ex vi do art. 170 do CTN.** IV. A Segunda Turma desta Corte, ao julgar o REsp 987.943/SC (Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe de 28.02.2008), proclamou que “o art. 170 do CTN dispõe que somente a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários, nas condições e sob as garantias que estipular”; que “a compensação tributária depende de regras próprias e específicas, não sendo possível aplicar subsidiariamente as regras gerais do Código Civil”; e que o legislador não quis aplicar, à compensação de tributos indevidamente pagos, as regras do Direito Privado. A prova dessa assertiva é que o art. 374 do atual Código Civil – que determinava que a compensação das dívidas fiscais e para fiscais seria regida pelo disposto no Capítulo VII daquele diploma legal – foi revogado pela Lei 10.677/2003, logo após a entrada em vigor do Código Civil. V. Impossibilidade, no caso, de compensação de débitos do ICMS com crédito de precatório, ante a ausência de lei estadual autorizativa. Precedentes do STJ. [...] (AgRg no AgRg no AgRg no AREsp 123.471/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. SÚMULA 213/STJ. EXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZADORA. NECESSIDADE. ART. 170 DO CTN. **1. A obtenção da declaração do direito à compensação tributária pela via do mandado de segurança (Súmula 213/STJ) pressupõe a existência de legislação do ente tribu-
tante que autorize o encontro de contas almejado (art. 170 do CTN), o que,
consoante assentado pelo acórdão recorrido, não se verifica na espécie.** Prece-

des: AgRg no REsp 1.006.240/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25/05/2009; RMS 19.594/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/08/2009; RMS 25.398/MT, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 23/06/2008. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 222.705/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013)

Em relação ao Estado da Bahia, compreende-se que a Lei Estadual n. 7014/96 autoriza a compensação administrativa em matéria tributária, razão pela qual se afigura possível a declaração requerida pela impetrante/apelante.

Por oportuno, leia-se os dispositivos da legislação estadual acima referida:

Art. 25 - As obrigações consideram-se vencidas na data em que termine o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

[...]

Art. 28 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

Desse modo, existindo lei autorizadora no âmbito do Estado da Bahia, afigura-se possível, neste mandado de segurança, a declaração de que a impetrante faz jus à compensação administrativa requerida, daí porque se conclui que a sentença não procedeu com acerto ao negar esse pedido.

Nesses termos, percebe-se que procede o pedido da apelante, tendo em vista a previsão da Lei Estadual n. 7014/96 sobre a matéria, devendo ser reformado o comando decisório recorrido para que se declare o direito da contribuinte à compensação tributária.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo do Estado da Bahia e conhecer e dar provimento ao recurso de BGMAXX Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., reformando a sentença vergastada que concedeu, em parte, a segurança pleiteada, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado da Bahia e considerando inaplicável à hipótese vertente o art. 12-A da Lei Estadual n. 7014/96. Declara-se o direito da impetrante à compensação tributária.

TJBA – Agravo de Instrumento n.º 0004711-14.2015.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Joanice Maria Guimarães de Jesus, julgado em 28.07.2015

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EXECUTADA. SITUAÇÃO CADASTRAL INAPTA. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. TRIBUTO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA DURANTE PARTICIPAÇÃO DE EX-SÓCIAS. PERMANÊNCIA NO POLO PASSIVO. ART. 135 DO CTN. PRETENSÃO DE INAPLICABILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA.

Em sede de exceção de pré-executividade somente podem ser alegadas questões passíveis de apreciação, de ofício, pelo julgador, tais como ausência das condições da ação ou inexistência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo executivo.

Abrangendo, o executivo fiscal, fatos geradores ocorridos em 2008, 2009 e 2010, e demonstrado, de plano, o desligamento das Recorrentes ainda no ano de 2008, revela-se acertada a decisão que as manteve no processo executório, restringindo, porém, a responsabilidade ao período dos fatos geradores ocorridos durante a sua permanência na sociedade.

Para afastar a responsabilização pessoal prevista no art. 135 do CTN e excluir totalmente as ex-sócias da execução fiscal, cujos nomes constam como co-responsáveis na Certidão de Dívida Ativa, faz-se necessária dilação probatória, o que é inviável em exceção de pré-executividade.

RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Agravo de Instrumento n.º 0004711-14.2015.8.05.0000**, de Lauro de Freitas, em que figuram, como **Agravantes**, ANA PAULA MONTEIRO OLIVEIRA e ELZIMAR LIMA MONTEIRO MENDES e, como **Agravado**, ESTADO DA BAHIA,

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **Ana Paula Monteiro Oliveira e Elzimar Lima Monteiro Mendes**, contra decisão proferida nos autos da Execução Fiscal n.º 0500055-94.2012.8.05.0150, movida pelo **Estado da Bahia**, que acolheu em parte a exceção de pré-executividade, entendendo que as Excipientes somente são responsáveis pelos créditos fiscais cujos fatos geradores se deram até a data de 28 de setembro de 2008, devendo o Excepto, a fim de prosseguir a execução fiscal, apresentar cálculo atualizado da dívida das Excipientes, bem como apresentar nome e endereço dos sócios responsáveis pelas obrigações fiscais subsequentes, a fim de proporcionar o redirecionamento da execução para os mesmos.

Afirmam que não houve a configuração de qualquer das hipóteses de responsabilização dos

sócios previstas nos artigos 134 e 135 do CTN e não compõem o quadro social da empresa executada desde setembro de 2008, sendo inviável o redirecionamento da execução fiscal contra ex-sócias, mesmo porque o mero inadimplemento da obrigação tributária pela empresa não enseja a responsabilização pessoal dos sócios. Pedem o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada e a sua exclusão do pólo passivo da execução fiscal.

Às fls. 97/98, foi concedido o efeito suspensivo.

O Estado da Bahia apresentou contrarrazões, às fls. 102/108 e as informações foram prestadas às fls. 110/112.

Pronto para julgamento, pedi a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

Discute-se, no recurso, a pretensão das Agravantes de serem excluídas da execução fiscal proposta pelo Estado da Bahia, contra empresa da qual faziam parte como sócias.

Por se tratar de recurso de agravo de instrumento, o julgamento do seu objeto deve se restringir aos limites da decisão agravada.

In casu, a magistrada da primeira instância acolheu, em parte, exceção de pré-executividade, entendendo que as Recorrentes são responsáveis pelos créditos tributários cujos fatos geradores se deram até 28 de setembro de 2008, data em que se desligaram da empresa executada.

A decisão recorrida deve ser mantida.

É cediço que em sede de exceção de pré-executividade somente podem ser alegadas questões passíveis de apreciação, de ofício, pelo julgador, tais como ausência das condições da ação ou inexistência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo executivo. Neste sentido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO FUNDADA NA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORDINÁRIA (ARTIGO 46, DA LEI 8.212/91) QUE AMPLIOU O PRAZO PRESCRICIONAL (SÚMULA VINCULANTE 8/STF). POSSIBILIDADE.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva, desde que não demandem dilação probatória (exceção secundum eventus probationis) (Resp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.04.2009, DJe 04.05.2009).

2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, que prescindam de dilação probatória.

(...)

(STJ, REsp 1136144/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, publicação: DJe 01/02/2010)

Na hipótese, ficou demonstrado que as Agravantes se desligaram da sociedade executada em 28 de setembro de 2008, conforme Ata de Assembleia juntada às fls. 34/37, devidamente registrada na Junta Comercial.

Como a execução fiscal abrange fatos geradores ocorridos em 2008, 2009 e 2010, e provada, de plano, o desligamento das Recorrentes ainda em 2008, revela-se acertada a decisão que as manteve no processo executório, restringindo, porém, a responsabilidade ao período dos fatos

geradores ocorridos até a permanência das mesmas na sociedade. Situação esta que prescinde de dilação probatória.

Destarte, não se pode acolher a pretensão das Agravantes, levantada em sede de exceção de pré-executividade, de serem totalmente excluídas da execução, pois ficou evidenciado que respondiam pela empresa, sendo uma delas, inclusive, a Presidente da pessoa jurídica, até a data de 28 de setembro de 2008, englobando, assim, um dos períodos cobrados.

A dissolução irregular da empresa em data posterior à retirada das sócias, que constam na Certidão de Dívida Ativa como corresponsáveis, não exclui imediatamente a sua responsabilidade pelo período em que nela estavam. Apenas autoriza o afastamento, de plano, do redirecionamento da execução para cobrança do tributo exigível à época da irregular dissolução, uma vez que não faziam mais parte do quadro societário.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que o mero inadimplemento da obrigação tributária não justifica a responsabilização dos sócios.

De fato, a transferência da responsabilidade é admitida se verificada uma das hipóteses previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional, que reza:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Entretanto, conforme bem destacado pelo Agravado, para se afastar qualquer das situações enumeradas no referido dispositivo legal faz-se necessária dilação probatória, o que é inviável em exceção de pré-executividade. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE QUE OS VALORES CONSTANTES DA CDA SÃO INCORRETOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE ATRAVÉS DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CABE AO SÓCIO/ADMINISTRADOR O DEVER DE PROVAR QUE NÃO AGIU COM EXCESSO DE PODER, INFRAÇÃO A LEI OU AO CONTRATO SOCIAL EM SUA GESTÃO, QUANDO O SEU NOME CONSTA NA CDA. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA: RESP. 1.104.900/ES, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJE 01.04.2009. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. Todavia, a 1a. Seção dessa Corte, afirmou entendimento contrário em sede de Recurso Especial representativo de controvérsia, ao decidir que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN (Resp. 1.104.900/ES, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 01.04.2009).

4. Agravo Regimental do contribuinte a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 471517/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, publicação: DJe 20/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. REDIRECIONAMENTO DA DÍVIDA EXECUTA-

DA. POSSIBILIDADE. NOME NA CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. TEMA SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 393/STJ. SÚMULA 83 DO STJ. RESP 1.104.900/ES. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. INEXISTÊNCIA DE PROVA. CONCLUSÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nítido o seu caráter infringente. Precedente: EDcl na Rel 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012.

2. Em tese, permite-se o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio cujo nome consta na CDA, desde que tenha ele praticado ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (CTN, art. 135). A jurisprudência desta Corte considera que cabe efetivamente ao sócio provar tais atos, e não ao Fisco, quando o seu nome consta na CDA.

3. O entendimento originário está em consonância com esta Corte, porquanto é admissível a exceção de pré-executividade na execução fiscal desde que não haja necessidade de dilação probatória. Incidência das Súmula 83 e 393/STJ.

(...)

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, e improvido.

(EDcl nos EDcl no AREsp 290381/PE, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, publicação: DJe 01/08/2013)

Assim, mantida a decisão proferida na primeira instância e apresentado o cálculo atualizado da dívida, pelo Agravado, concernente ao período de responsabilidade das Agravantes, elas terão a oportunidade de utilizar o meio adequado para fazer prova da inaplicabilidade do art. 135 do CTN.

Nestes termos, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

TJBA – Apelação Cível n.º 0000009-58.1999.8.05.0138, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 16.06.2015

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – SENTENÇA QUE EXTINGUE A EXECUÇÃO PELA PRESCRIÇÃO – INÉRCIA DA EXEQUENTE POR MAIS DE 10 (DEZ) ANOS – PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA – EXIGIBILIDADE QUE SE IMPÕE APENAS QUANDO CONFIGURADAS AS HIPÓTESES DO ART. 40 DA LEI 6.830/80 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. A prescrição intercorrente após a suspensão do processo na forma do art. 40, §2º, da LEF, exige prévia oitiva da Fazenda Pública para ser pronunciada - art. 40, §4º, da LEF -, exigência esta que atualmente, inclusive, tem sido relativizada pela Superior Tribunal de Justiça, sendo que, nos demais casos, se ausente a suspensão do feito por um ano, recomenda-se a declaração de ofício da prescrição, na forma do art. 219, §5º, do CPC c/c art. 174, caput, do CTN.

2. Os autos ficaram paralisados de 05/06/2000 até 21/11/2013, quando foi protocolizado recurso de Apelação. Ou seja, foram mais de 10 (dez) anos de paralisação, atribuível ao Exequente.

3. Com efeito, cabe ao Exequente diligenciar no sentido de obter informações

acerca dos executados e de bens passíveis de constrição, em prol da satisfação de seu crédito, na medida em que lhe cabia tomar as medidas processuais necessárias para impulsionar o feito.

4. Não se utilizando da prerrogativa estabelecida art. 40, § 2º, LEF, a Exequente assumiu o risco de que fosse declarada extinta a execução pela prescrição intercorrente após vencido o prazo de 5 anos de paralisação do processo decorrente da sua inércia, haja vista que: *“Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.”* (AgRg no Ag 736990 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0011951-8, Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 03/05/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 31/05/2007 p. 335).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000009-58.1999.8.05.0138, proveniente do MM. Juízo da Comarca de Jaguaquara -BA, em que figuram, como Apelante, o **ESTADO DA BAHIA** e, Apelado, **BODEGA COMERCIAL DE CALÇADOS LTDA**.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes 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 Relator.

RELATÓRIO

A presente Apelação Cível foi interposta pelo Estado da Bahia em face da sentença (fls. 28/31), que, nos autos da Ação de Execução Fiscal, reconheceu, de ofício, a prescrição do crédito tributário, extinguindo, por conseguinte, a referida ação com julgamento do mérito, com base no art. 269, IV do CPC.

Em suas razões, fls. 33/45, sustenta o Apelante a nulidade da sentença em razão da ausência de prévia intimação do Exequente para informar acerca de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

No mérito, aduz a não ocorrência da prescrição, afirma que a ação executiva fora ajuizada dentro do prazo legal, sendo observado o art. 174 do CTN, bem como a necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública, na forma do art. 40 da Lei nº 6.830/80, para fins de decretação da prescrição.

Ao final, requer o Apelante a anulação ou a reforma da sentença para que seja determinado o prosseguimento da execução fiscal.

Não houve apresentação de contrarrazões.

Isentos de preparo recursal, foram os autos remetidos a esta Instância *ad quem*, sendo distribuídos à esta Segunda Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a função de Relator.

Considerando que a natureza do feito dispensa revisor, pedi a sua inclusão em pauta.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Estado da Bahia contra a sentença da lavra da MM. Juízo da Comarca de Jaguaquara, que, nos autos da ação de execução fiscal que move contra Bodega Comercial de Calçados Ltda para haver crédito de ICMS, exercícios 1993 à 1997, aparelhada na certidão de dívida ativa fl. 03, extinguiu a execução pela prescrição, amparando-se no art. 174 do CTN.

Pois bem.

A ação executiva foi proposta em 09/02/1999, ou seja, dentro do prazo legal, vindo a ocorrer a citação válida da executada em 22/03/1999 (certidão de fl. 05-v).

Portanto, não houve prescrição da pretensão executiva do crédito executado.

É preciso avaliar, porém, se ocorreu a prescrição intercorrente.

Depois de interrompida a prescrição, é possível que, no curso do processo, ocorra a prescrição intercorrente, interna, pois, ao andamento do feito, sendo necessária, para tanto, a negligência do credor. Daí a afirmação contida no voto do Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do REsp nº 1.100.156-RJ, no sentido de que *“a prescrição intercorrente é aquela que diz respeito ao reinício da contagem do prazo extintivo após ter sido interrompido”*.

Vigorava à época o inciso I do art. 174 do CTN, o qual determinava:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor; (...)” (grifo nosso)

Dessa forma, tendo sido a citação efetivada em 22/03/1999, cumpre destacar que a prescrição foi interrompida desde então. Entretanto, no ano de 2013 a Magistrada singular proferiu sentença extinguindo o processo e reconhecendo *ex officio* a prescrição sem ter determinado a suspensão do curso da execução e intimado previamente a Fazenda Pública para se manifestar acerca da mesma.

Nesta hipótese, para fins de aplicação da prescrição intercorrente, deve ser observado o procedimento estabelecido no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, que determina:

“Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no §º artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.”

Neste sentido:

“EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRI-

ÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-COM-PROVAÇÃO.

1. Para caracterizar a prescrição intercorrente não basta que tenha transcorrido o quinquênio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado. Faz-se necessário que o processo executivo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos por desídia da exequente, fato não demonstrado no processo.

2. A utilização da exceção de pré-executividade tem aplicação na Execução Fiscal somente quando puder ser resolvida por prova inequívoca, sem dilação probatória.

3. Na presente hipótese, o Tribunal de origem firmou entendimento de que não é caso de exceção de pré-executividade. Rever tal entendimento encontraria óbice na Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 996.480/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 26/11/2008)”

Deste modo, quando não encontrado o devedor ou bens arrestáveis, ocorrerá a suspensão da execução. Apenas se após um ano de suspensão transcorrerem mais cinco anos de arquivamento, sem que sejam encontrados bens hábeis a suportar a responsabilidade patrimonial, ou mesmo o devedor, será possível o reconhecimento da prescrição.

Justamente por isso é que a prescrição intercorrente após a suspensão do processo na forma do art. 40, §2º, da LEF, exige prévia oitiva da Fazenda Pública para ser pronunciada - art. 40, §4º, da LEF -, exigência esta que atualmente, inclusive, tem sido relativizada pela Superior Tribunal de Justiça, sendo que, nos demais casos, se ausente a suspensão do feito por um ano, recomenda-se a declaração de ofício da prescrição, na forma do art. 219, §5º, do CPC c/c art. 174, caput, do CTN.

Contudo, o arquivamento provisório previsto no art. 40, §2º, da LEF é um benefício colocado à disposição do Fisco, que, se lhe aprovar, poderá requerer o arquivamento dos autos por 1 (um) ano, no qual não correrá o prazo prescricional, que se reiniciará após vencido esse período.

No caso dos autos, a inércia do Apelante é patente, porque em momento algum atuou no feito visando impulsioná-lo, pois se trata de direito disponível do credor.

Logo, para que se materialize a prescrição intercorrente não basta apenas o transcurso do quinquênio legal, é necessário, também, que fique demonstrado que o feito permaneceu paralisado por desídia do Exequente. A propósito:

“TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DA EXEQUENTE POR MAIS DE CINCO ANOS. PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA. EXIGIBILIDADE QUE SE IMPÕE APENAS QUANDO CONFIGURADAS AS HIPÓTESES DO ART. 40 DA LEI 6.830/80. RESP 1.100.156/RJ, PROCESSADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “a prescrição intercorrente é aquela que diz respeito ao reinício da contagem do prazo extintivo após ter sido interrompido.” (REsp 1.034.191/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/05/2008)

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Resp 1.100.156/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a orientação no sentido de que o regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, bem como a prévia oitiva da Fazenda exequente, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, quais sejam, quando não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora.

3. No caso dos autos, apesar de não caracterizada a hipótese prevista no art. 40 da Lei 6.830/80, impõe-se o reconhecimento da prescrição intercorrente porque decorridos

mais de cinco anos contados da data em que o executado foi desligado do programa de parcelamento, tendo a exequente permanecido inerte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no AREsp 224014 / RS, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0182689-6, Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 03/10/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 11/10/2013.”

No caso dos autos, a citação do Exequente, que ocorreu em 22/03/1999, retroage à data da propositura da ação, 09/02/1999, considerando-se interrompida a prescrição nesta última data.

Não tendo sido localizados bens para garantir a execução, em 02/08/2000 o Exequente peticionou e requereu a expedição de ofícios ao Banco Central, Prefeitura e DETRAN/BA e à Receita Federal, o que foi deferido e cumprido, vindo a serem juntados os resultados das diligências aos autos, sem que houvesse manifestação do Exequente. Somente em 21/06/2000, o Exequente peticionou informando o valor atualizado do débito (fl. 25).

De 05/06/2000 até a prolação da sentença, 13/03/2013, o Exequente nada requereu, permanecendo silente, inerte mesmo, sem culpa alguma do Poder Judiciário.

Portanto, os autos ficaram paralisados de 05/06/2000 até 21/11/2013, quando foi protocolizado recurso de Apelação. Ou seja, foram mais de 10 (dez) anos de paralisação, atribuível ao Exequente.

Com efeito, cabe ao Exequente diligenciar no sentido de obter informações acerca dos executados e de bens passíveis de constrição, em prol da satisfação de seu crédito, na medida em que lhe cabia tomar as medidas processuais necessárias para impulsionar o feito.

Não se utilizando da prerrogativa estabelecida art. 40, § 2º, LEF, a Exequente assumiu o risco de que fosse declarada extinta a execução pela prescrição intercorrente após vencido o prazo de 5 (cinco) anos de paralisação do processo decorrente da sua inércia, haja vista que: “Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.” (AgRg no Ag 736990 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0011951-8, Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 03/05/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 31/05/2007 p. 335).

Pelo exposto, voto no sentido de **negar provimento ao recurso.**

TJBA – Agravo Regimental n.º 0010107-69.2015.8.05.0000/50000, Tribunal Pleno, Relator(a): 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça da Bahia – Desª Vera Lúcia Freire de Carvalho, julgado em 14.08.2015

AGRAVO REGIMENTAL. CORREIÇÃO PARCIAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. DECISÃO PROFERIDA POR VARA DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO POR ESTA CORTE. CORREIÇÃO PARCIAL MANEJADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A estruturação própria existente no sistema dos Juizados Especiais, independentes e desvinculados da organização da Justiça Comum, impede que esta Corte de Justiça reveja decisões proferidas no âmbito daquela Justiça

Especializada.

2. O caráter administrativo-disciplinar da Correição Parcial não afasta o ínsito intuito recursal, evidenciando o objetivo da parte de ver reformada decisão que, segundo entende, não se encontra em conformidade com a realidade dos autos ou com a melhor técnica.

3. A decisão monocrática hostilizada encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a linha de entendimento defendida por outros tribunais estaduais e, também, pelo E. Conselho da Magistratura desta Corte de Justiça, condição que impõe o improvimento do presente Agravo Regimental

4. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este recurso de **Agravo Regimental**, interposto nos autos da **Correição Parcial nº 0010107-69.2015.8.05.0000**, referente ao Processo nº 0006710-71.2014.8.05.0150, oriundo do 2ª Vara dos Sistema dos Juizados Especiais da Comarca de Lauro de Freitas/BA, figurando como Agravante o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes do **Tribunal Pleno**, à unanimidade de votos, em **negar provimento ao recurso**, o que fazem pelas razões seguintes.

RELATÓRIO

Trata-se de **Agravo Regimental** interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão monocrática de fls. 76/77-v, que reconheceu a incompetência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para processar e julgar a Correição Parcial apresentada, determinando a sua remessa à Coordenação dos Juizados Especiais da Bahia – COJE – para fins de encaminhamento a uma das Turmas Recursais.

Inconformado, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs o presente Agravo (fls. 80/87) asseverando, em síntese, não merecer prosperar a decisão que reconheceu a incompetência desta Corte, pois, no seu entender, o caráter administrativo-disciplinar da Correição Parcial impede que julgadores em mesmo grau de jurisdição exerçam juízo de censura perante os seus pares, razão porque deveria permanecer no Tribunal de Justiça a competência para a apreciação do referido expediente administrativo.

Requer o conhecimento e provimento do Agravo Regimental para determinar o regular prosseguimento da Correição Parcial nº 0010107-69.2015.8.05.0000.

Sem contrarrazões, em atendimento ao quanto disposto no art. 319 do RITJ/BA.

É o relatório.

VOTO

A tempestividade constitui requisito de admissibilidade recursal cujo exame é procedido à vista da ciência inequívoca da decisão embargada.

No caso dos autos, verifica-se que procedem as razões aduzidas pelo Agravante, no sentido de que a ausência de intimação pessoal do *Parquet* acerca da decisão recorrida impediu a identificação do marco inicial para a contagem do prazo referente à interposição do presente recurso, considerando que tão somente consta dos autos certidão de disponibilização da decisão no Diário de Justiça Eletrônico (DJE).

Desta forma, tenho como tempestivo o recurso.

No que tange às alegações expostas no Agravo Regimental, não assiste razão ao Agravante, tendo em mira que o tema já foi objeto de debate pelo E. Conselho da Magistratura, tendo prevalecido a tese de que o Tribunal de Justiça não tem competência para rever decisões proferidas no âmbito do sistema dos Juizados Especiais, o que será detalhado em seguida.

Com efeito, conforme exposto por ocasião da decisão ora agravada, o ato judicial atacado pelo *Parquet* foi proferido por magistrado jurisdicionado na 2ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da Comarca de Lauro de Freitas/BA, consistindo em decisão que indeferiu requerimentos formulados pelo Ministério Público enquanto órgão acusador.

Em primeiro lugar, o conhecimento desta Correição Parcial encontra óbice na manifesta incompetência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia para o seu julgamento, na medida em que a estruturação própria existente no sistema dos Juizados Especiais, independentes e desvinculados da organização da Justiça Comum, impede que esta Corte de Justiça reveja decisões proferidas no âmbito daquela Justiça Especializada.

No que tange à ausência de vinculação entre os Tribunais de Justiça e a estrutura independente dos Juizados Especiais, importa reprimir julgado proveniente do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue transcrita abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JULGADO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. REVISÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA. 1. Os Tribunais de Justiça estaduais não têm competência, originária ou recursal, para rever os julgados proferidos pelas turmas recursais dos juizados especiais. Precedentes. 2. Recurso ordinário desprovido. (STJ, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 20/04/2010, T4 - QUARTA TURMA).

Nesta linha, os Tribunais Estaduais não podem realizar qualquer tipo de análise de mérito das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais, sob pena de violação da independência existente em face da Justiça Comum, mesmo que a parte pretenda a anulação da decisão proferida naquela Justiça Especializada, conforme bem elucidado em julgamento advindo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, assim ementado:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. WRIT CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MESMO QUE SEJA PARA ANULÁ-LA. **Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que os Tribunais de Justiça não têm competência para rever as decisões dos Juizados Especiais, mesmo que com intuito de anulá-las, muito menos na via mandamental. Precedentes.** Recurso desprovido. (STJ - RMS: 10164 DF 1998/0065083-0, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 07/12/2000, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/03/2001 p. 184RSTJ vol. 156 p. 472).

Por outro lado, destaque-se que o caráter administrativo-disciplinar, que encerra a Correição Parcial, não afasta a conclusão ora exposta, haja vista que as Correições Parciais são igualmente manejadas com o intuito recursal, evidenciando o objetivo da parte de ver reformada decisão que, segundo entende, não se encontra em conformidade com a realidade dos autos ou com a melhor técnica.

No caso dos autos, o órgão ministerial deseja rever ato decisório proferido pelo MM. Juiz de Direito jurisdicionado na 2ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da comarca de Lauro de

Freitas/BA, concernente no indeferimento de diligência requerida em processo criminal. Com efeito, por intermédio da decisão que fora colacionada à fl. 69 dos presentes autos, o Juízo Requerido decidiu pelo indeferimento de diligência atinente às pesquisas sobre os antecedentes criminais reclamados em evento processual, motivando devidamente a sua decisão.

Ora, o acerto ou desacerto da referida decisão somente pode ser avaliado pela Turma Recursal do sistema dos Juizados Especiais, na medida em que as razões trazidas pelo Ministério Público consubstanciam verdadeira insurgência quanto ao seu mérito. Aliás, há de ser salientado que o próprio *Parquet*, ao instruir os presentes autos, fez juntar recente decisão proferida em sede de Correição Parcial pela 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Bahia (fl. 72), referente aos autos nº 0001072-85.2014.805.9000-1 e atinente à mesma matéria debatida na inicial da presente Correição, ou seja, indeferimento de diligências requeridas pelo Ministério Público no bojo de processo que tramita em Juizado Especial.

Ademais, o E. Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça da Bahia vem firmando entendimento na linha da fundamentação aqui trazida, o que pode ser facilmente observado, por exemplo, pela análise dos julgamentos das Correições Parciais nº 0021944-92.2013.8.05.0000, 0009867-17.2014.8.05.0000, 0013257-29.2013.8.05.0000. Nessa linha, assim vem decidindo o mencionado órgão julgador:

CORREIÇÃO PARCIAL. INCORFOMISMO CONTRA DECISÃO PROFERIDA PELA JUÍZA DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. ALEGAÇÃO DE ERROR IN PROCEDENDO, REQUERENDO A REMESSA DO RECURSO INOMINADO PARA A TURMA RECURSAL. COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS PARA APRECIAR O PEDIDO CORREICIONAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CORREIÇÃO NÃO CONHECIDA, SENDO DECLARADA A INCOMPETÊNCIA DESDE E. CONSELHO DA MAGISTRATURA PARA APRECIAR E JULGAR A PRESENTE CORREIÇÃO PARCIAL, DETERMINANDO A DISTRIBUIÇÃO A UMA DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS DO ESTADO DA BAHIA.

(...) VIII. Segundo inteligência do art. 41 da Lei nº 9.099/95, os Tribunais de Justiça não possuem competência para julgar recurso originado de decisão proferida em ação em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis.

IX – Embora a Correição Parcial não seja recurso, segue a mesma sorte deste, no sentido de ser competente para processá-la e julgá-la as Turmas Recursais instituídas pela Lei nº 9.099/95, considerando que todas as irresignações decorrentes dos atos e decisões dos Juízes que integram os referidos Juizados devem ser resolvidas no âmbito dessa mesma Justiça Especial.

X . Inelutável concluir-se pela inadmissibilidade do exame dos atos ou decisões dos Juízes que integram os Juizados Especiais por este E. Conselho da Magistratura.

XI. **CORREIÇÃO NÃO CONHECIDA, SENDO DECLARADA A INCOMPETÊNCIA DESDE E. CONSELHO DA MAGISTRATURA PARA APRECIAR E JULGAR A PRESENTE CORREIÇÃO PARCIAL, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS PARA A DISTRIBUIÇÃO A UMA DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS DO ESTADO DA BAHIA.** (Correição Parcial nº 0013257-29.2013.8.05.0000, Relator Des. Rita de Cássia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, julgado em 24/11/2014, DJE 27 nov. 2014).

CORREIÇÃO PARCIAL CONTRA DECISÃO DE TURMA RECURSAL CÍVEL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. *In casu*, o recorrente aduz que a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado da Bahia, ao declarar intempestivo o Recurso Inominado interposto nos autos do processo nº 0008246-35.2005.805.0150-3, incorreu em suposto erro procedimental, buscando neste ór-

gão a correção pretendida. **Não compete ao Conselho da Magistratura apreciar pedido de correição parcial em face da alegação de atos que alterem a ordem legal dos processos ou embarcem o seu regular andamento, se se trata de atos judiciais oriundos de Juizados Especiais e Turmas Recursais.** que seguem as regras contidas na Lei 9099/95, haja vista, que a restrição dos recursos tem a finalidade de efetivar os princípios norteadores do microsistema dos Juizados Especiais, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. **CORREIÇÃO PARCIAL NÃO CONHECIDA.** (Correição Parcial nº 0009867-17.2014.8.05.0000, Relator Des. Eserval Rocha; Designado para lavrar o voto o Des. Osvaldo de Almeida Bomfim; julgado em 24/11/2014; DJE 04 dez. 2014).

Por conseguinte, destaque-se que o entendimento ora esposado não se desnatura em face da via eleita pelo Requerente, já que a Correição Parcial apenas pode ser examinada pela mesma instância competente para a apreciação dos recursos. Sejam decorrentes de *error in iudicando* ou de *error in procedendo*, decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais não podem ser revistas por esta Corte.

Nessa linha de intelecção já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais estaduais, que têm decidido, acertadamente, pelo não processamento de Correições Parciais semelhantes à presente, conforme abaixo se observa:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. WRIT CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MESMO QUE SEJA PARA ANULÁ-LA. Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que os Tribunais de Justiça não têm competência para rever as decisões dos Juizados Especiais, mesmo que com intuito de anulá-las, muito menos na via mandamental. Precedentes. Recurso desprovido. (STJ - RMS: 10164 DF 1998/0065083-0, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 07/12/2000, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/03/2001 p. 184RSTJ vol. 156 p. 472).

PROCESSUAL CIVIL. CORREIÇÃO PARCIAL CONTRA DECISÃO DA TURMA RECURSAL CÍVEL. DESCABIMENTO. Descabe ao Tribunal de Justiça rever decisões judiciais proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, **inclusive em sede de correição parcial**, pois, sabidamente, tal medida possui, de um lado, caráter administrativo-disciplinar, e, de outro, natureza recursal. Precedentes desta Corte e do STJ. Correição parcial não-conhecida.' (Correição Parcial nº 70005460308, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 23/08/2006).

CORREIÇÃO PARCIAL. JUIZADOS ESPECIAIS. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. As questões oriundas dos Juizados Especiais são resolvidas em seu próprio âmbito por uma de suas Turmas Recursais. 2. Não é da competência do Tribunal de Justiça o exame de correição por falta de previsão legal no ordenamento específico, não só desse meio de impugnação como para o julgamento de qualquer questão oriunda dos Juizados Especiais. 3. Apelo Improvido por Unanimidade. (SAO LUIS CORREIÇÃO PARCIAL COR 205802007 MA (TJ-MA) RAIMUNDA SANTOS BEZERRA).

Neste diapasão, a decisão monocrática hostilizada encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a linha de entendimento defendida por

outros tribunais estaduais e, também, pelo E. Conselho da Magistratura desta Corte de Justiça, condição que impõe o improvimento do presente Agravo Regimental.

Pelas razões expendidas, **NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL**, confirmando-se a decisão monocrática recorrida.

TJBA – Apelação n.º 0000236-80.2014.8.05.0216 (Incidente de Uniformização de Jurisprudência), Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 07/07/2015

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. DESCABIMENTO. INSTRUMENTO JURÍDICO VOLTADO À PREVENÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE CORREÇÃO DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS JÁ PROLATADOS. NÃO CONHECIMENTO.

I - A uniformização da jurisprudência, que possui incidente próprio previsto no art. 476 do Código de Processo Civil e nos artigos 224 e seguintes do Regimento Interno desta Corte Estadual, tem como escopo precípuo evitar a prolatação de decisões conflitantes dentro do mesmo Tribunal, donde emerge sua natureza essencialmente preventiva.

II - Descabe falar em incidente de uniformização de jurisprudência se, como na espécie, a pretensão do suscitante é de modificar decisão judicial já exarada, pois o instituto da uniformização destina-se, apenas, a prevenir a prolatação de decisões conflitantes, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial.

III – Incidente de Uniformização de Jurisprudência não conhecido.

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 **NÃO CONHECER DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SUSCITADO EM APELAÇÃO**, na forma do quanto fundamentado no **voto** da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra**.

RELATÓRIO

Cuida-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela **Claro S/A**, nos autos da apelação n.º 0000236-80.2014.8.05.0216, que promoveu contra **José Orlando dos Santos**.

Alega a Suscitante que o acórdão prolatado por esta Egrégia Câmara Cível, mantendo a sentença em todos os seus termos, notadamente no tocante ao *quantum* indenizatório, fixado pelo douto sentenciante em R\$ 36.200,00 (trinta e seis mil e duzentos reais), diverge de julgado exarado pela Quarta Câmara Cível desta Corte de Justiça, que, em situação análoga, fixou os danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Com base nesses fatos, pugnou pelo conhecimento e provimento do presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, por entender que há patente antagonismo entre o acórdão

combatido e aresto de outro Órgão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, acerca da matéria controvertida.

É o relatório.

VOTO

Incognoscível o incidente de uniformização da jurisprudência suscitado pela apelante.

Com efeito, a uniformização da jurisprudência, que possui incidente próprio previsto no art. 476 do Código de Processo Civil e nos artigos 224 e seguintes do Regimento Interno desta Corte Estadual, tem como escopo precípuo evitar a prolatação de decisões conflitantes dentro do mesmo Tribunal, donde emerge sua natureza essencialmente preventiva.

Conforme preleciona Nelson Nery Júnior, o *“incidente de uniformização de jurisprudência é destinado a fazer com que seja mantida a unidade da jurisprudência interna de determinado tribunal. Havendo, na mesma corte, julgamentos conflitantes a respeito de uma mesma tese jurídica, é cabível o incidente a fim de, primeiramente, o pleno do tribunal se manifeste sobre a tese, para, tão-somente depois, ser aplicado o entendimento resultante do incidente ao caso concreto levado a julgamento pelo órgão do tribunal”* (JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 794.).

Nas palavras de Barbosa Moreira, *“o instituto consagrado no art. 476 não tem a natureza de recurso. Já não a tinha, aliás, o prejudgado do Código de 1939, embora previsto em dispositivo que se inseria no Livro VII, e no Título dedicado à revista. No sistema do Código de 1973, recursos são apenas os de que trata o Título X do Livro I. Todos eles consistem remédios utilizáveis para a impugnação, no mesmo processo, de decisão já proferida – característica, aliás, comum a outros remédios disciplinados alhures, como os embargos infringentes contra sentenças. Aqui, ao contrário, cogita-se de ‘pronunciamento prévio do Tribunal’, isto é, de pronunciamento que o Tribunal emite antes de julgar.”*

No caso em comento, a apelação interposta pela ora suscitante já foi julgada, de modo que não restaram preenchidos os requisitos para apreciação do presente incidente.

Deveria a suscitante, a fim de evitar a prolatação da decisão recorrida, em suposta divergência com aquelas citadas em seu arrazoadado, ter se utilizado do incidente preventivamente, como lhe facultava a legislação pertinente.

Sobre o tema, é assente a jurisprudência do STJ, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 476 DO CPC. UTILIZAÇÃO COMO NOVO INSTRUMENTO RECURSAL. IMPOSIBILIDADE. NATUREZA PREVENTIVA. PRECEDENTES. 1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material na decisão. 2. O incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do CPC e 118 do RISTJ não é admitido como forma de irrisignação recursal, “mercê de sua natureza preventiva, deve ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa, evidentemente, antes do julgamento do recurso (art. 476 do CPC), cujo processamento se dá ao nuto do julgador” (PET nos EREsp 999662 / GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 3/2/2010, Dje 25/2/2010). Precedentes. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para suprir a omissão, sem efeitos modificativos. (STJ - EDeI no AgRg no REsp: 1444968 RS 2014/0053864-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 02/10/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 13/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO INCIDENTE UNI-

FORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTEMPORANEIDADE. UTILIZAÇÃO COMO NOVO INSTRUMENTO RECURSAL. NATUREZA PREVENTIVA. DESCABIMENTO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. Hipótese de incidente de uniformização de jurisprudência apresentado em face de acórdão da Primeira Turma que, por unanimidade, negou provimento a agravo regimental no agravo em recurso especial devido o não exaurimento das vias ordinárias (Súmula 281, do STF). No caso em tela, a parte autora suscitou o IUJur somente após o julgamento dos embargos declaratórios apresentados em face do agravo interno mencionado. 2. A Corte Especial deste STJ, ao interpretar a regra do art. 476 do CPC, decidiu que, em virtude da natureza preventiva do incidente de uniformização de jurisprudência, este deve ser suscitado em momento anterior ao julgamento do recurso, pois sua utilização não é admitida como nova irresignação recursal, tal como apresentado à espécie. Ademais, o processamento do incidente constitui faculdade do relator, mediante análise dos critérios da conveniência e oportunidade. 3. A propósito: “O incidente de uniformização de jurisprudência, mercê de sua natureza preventiva, deve ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa, evidentemente, antes do julgamento do recurso (art. 476 do CPC), cujo processamento se dá ao nuto do julgador”. (PET no EREsp 999.662/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25/2/2010). 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no IUJur no AREsp: 2488 ES 2011/0037326-6, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 06/12/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2011) (g.n).

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. EXTEMPORANEIDADE. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. AUSÊNCIA DE FATO NOVO CAPAZ DE ALTERAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 476 do CPC c/c arts. 118 e seguintes do RISTJ, além de ser uma faculdade do relator, possui caráter preventivo e não corretivo, devendo ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa antes do julgamento do recurso, não sendo possível a sua arguição em sede de agravo regimental. Precedentes. 2. No mais, o agravo regimental não apresentou fato novo capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada que negou provimento ao agravo de instrumento. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no Ag 741.433/RJ, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013). (g.n).

Assim, para que tivesse aplicação ao presente processo, o incidente de uniformização de jurisprudência deveria ter sido suscitado antes do julgamento prolatado às fls. 212/217.

Autorizar a reapreciação da questão pela via do incidente suscitado pelo apelante representa verdadeira inovação processual, consistente na criação de meio de impugnação recursal, medida evidentemente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **NÃO CONHECER** o incidente de uniformização de jurisprudência.

TJBA – Ação Rescisória n.º 0015523-57.2011.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Olegário Monção Caldas, julgado em 26.06.2013

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). AGRAVO INTERNO. PREJUDICADO O EXAME DIANTE DO JULGAMENTO DA AÇÃO. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. EXEGESE DO ART. 14 DA Lei 11.340/2006.

A competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher elencada na Lei Maria da Penha é de fato uma competência híbrida. Todavia, deve-se atentar que a partilha de bens, guarda e modo de visitação dos filhos, bem como pensão alimentícia tratados nestes autos não são consequências das agressões sofridas pela demandante, mas sim decorrem da instituição casamento, como causa remota e vontade de dissolução da sociedade conjugal como causa próxima.

Assim, resta evidente a incompetência da magistrada para decidir matéria adstrita ao Juízo de uma das Varas de Família, pois o Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para tratar o motivo que determinou o *animus* da separação (as agressões). **PRELIMINAR ACOLHIDA.**

No mérito, resta prejudicado o exame da matéria.

AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n.º **0015523-57.2011.8.05.0000-0**, da Comarca da Capital, acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível Privado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade**, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste acórdão, **em julgar procedente a presente ação rescisória**, pelas razões explicitadas abaixo.

RELATÓRIO

RITA DE CÁSSIA MACIEIRA DE ALMEIDA AGUILAR ajuizou a presente Ação Rescisória contra **TEONY ALMEIDA AGUILAR** visando a desconstituição da decisão proferida pelo Juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital, nos autos da Ação de Medida Protetiva de Urgência.

A Autora sustenta que a sentença rescindenda foi proferida por juiz impedido, titular da Vara Criminal de Violência Doméstica e Familiar, juízo absolutamente incompetente para o processamento do feito. Aduz também que, na audiência em que foi proferida a sentença que determinou a divisão de bens, guarda e visita do filho menor, separação consensual, divórcio e pensionamento, com base em transação não caracterizada, estava ausente o representante do Ministério Público, revelando comportamento autoritário e suspeito da magistrada, que não observou documentos e fatos constantes dos autos. Acrescenta que foi acompanhada de advogado criminalista no ato da audiência, desprezando a magistrada de piso vários incidentes procedimentais e cartorários em seu desfavor, por isso a presente rescisória por erro de fato. Por fim, requer o recebimento e julgamento procedente da presente ação rescisória em face de imprecisão e erro de avaliação das provas, homologação de um acordo inexistente promovido por juiz suspeito e impedido, além da ausência do representante do Ministério Público, que assinou a ata em

momento posterior, quando foi lida a sentença com fundamentos alheios à medidas protetivas e acautelatórias, julgando pois ultra petita, causando gravame à autora, requerendo a incompetência absoluta do juízo sentenciante.

Às fls. 717-718, recebi a presente ação rescisória, deferi o pedido de assistência judiciária gratuita e a liminar requerida para suspensão da demanda.

Às fls. 733-743, o réu interpôs agravo regimental em face da referida decisão.

Na peça de defesa, o Réu aduz inadequação da via eleita por inadmissibilidade de ação rescisória em face de sentença homologatória, devendo a ação ser extinta sem resolução do mérito por carência de ação. Acrescenta ainda inépcia da inicial, não comprovando a requerente a alegada violação a dispositivo pela sentença. Afirma também que, na Representação nº 53468/2010, formulada pela requerente à Corregedoria deste Tribunal de Justiça, a magistrada singular refutou as alegações e confirmou a presença da Representante do Ministério Público. Assevera que, a partir da criação da Lei, o julgador está autorizado a decidir, no mesmo despacho, sobre medida de afastamento cautelar do Acusado em relação à vítima e seus familiares e sobre a visitação de filhos menores (natureza cível), com o fim de conferir maior celeridade aos processos e legitimar a competência híbrida dos magistrados em solucionar estas causas específicas.

Às fls. 1050-1056, o réu junta petição informando que foi diagnosticado com “Câncer maligno do colon” e requer prioridade no trâmite do processo.

Alegações finais da autora apresentadas às fls. 1063-1083.

O Réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar alegações finais.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência dos pedidos formulados pela Autora.

Vieram-me, então, os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar que resta prejudicado o exame do Agravo Interno de fls. 733-745 ante o julgamento da presente demanda.

Analiso, prefacialmente, a alegação lançada na exordial de incompetência absoluta do Juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para decretar o divórcio, a partilha de bens, a guarda do menor e a pensão alimentícia.

Ora, os artigos 13, 14 e 33 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) dispõem que:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitam com o estabelecido nesta Lei.

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

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

Nesse mesmo sentido a Lei Estadual nº 11.047/2008:

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 07 de agosto de 2006.

Da análise dos dispositivos supramencionados, percebe-se que a legislação determina apenas a competência cível dos magistrados das Varas e Juizados de Violência contra a Mulher quanto às causas que decorrem da violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, a circunstância fática entabulada nos autos, qual seja, a partilha de bens, guarda, modo de visitação dos filhos e pensão alimentícia estabelecida pela Juíza da Vara de Violência contra a Mulher desta Capital não é consequência das agressões que a Autora sofria, mas sim decorrente do instituto do casamento, como causa remota, e a vontade de dissolução da sociedade conjugal, como causa próxima.

Em verdade, o único aspecto que compete aquele Juízo analisar é o **motivo** que deu ensejo à separação das partes (as agressões) e não as consequências cíveis daquele ato.

A jurisprudência pátria se manifesta nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO - NATUREZA EMINENTEMENTE CÍVEL - COMPETÊNCIA DIRIMIDA EM FAVOR DA VARA DE FAMÍLIA - DECISÃO MONOCRÁTICA.

1- O entendimento pacificado deste Egrégio Tribunal é de que a competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não atrai, ex officio, todas as ações cíveis envolvendo violência doméstica e familiar supostamente conexas com procedimentos criminais ou medidas protetivas que tramitem nos Juizados.

2- Os feitos de cunho eminentemente cíveis permanecem sob a alçada dos Juízos das Varas de Família. (TJ-PA. PROCESSO: 2012.3.006590-1 Ação: Conflito de competência Em 14/08/2012 - Relator(a): MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARAES Suscitante: Juízo De Direito Da 1ª Vara De Juizado Viol. Dom. Fam. Mulher Suscitado: Juízo De Direito Da 5ª Vara De Família Da Capital Interessado: E. S. de J. Advogado: Ludmila Cardoso Lobao Def. Publica e G. C. de J. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº. 2012.3.006590-1 SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DA CAPITAL. SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DA CAPITAL. RELATORA: DESA. MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES EXPEDIENTE: SECRETARIA JUDICIÁRIA).

Quanto à possibilidade de rescindir sentença homologatória, os Tribunais Pátrios manifestam-se:

PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO INICIAL. INVENTÁRIO.

PARTILHA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. INTERESSE DE MENOR. ART. 2.016 DO CÓDIGO CIVIL. MEIO DE IMPUGNAÇÃO.

I. É cabível rescisória para desconstituir sentença homologatória da partilha de bens, quando presente a figura de incapaz, ainda que à época representado por sua mãe no inventário.

II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 917.606/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 17/03/2011).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, DO CPC. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO EM DESCONFORMIDADE COM O DECIDIDO NA SENTENÇA DE MÉRITO, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. RESCINDIBILIDADE.

1. A decisão do cálculo da indenização em ação que visa a entrega de soma é de mérito e desafia a ação rescisória. (Precedente: AR 489/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 23/04/1997, DJ 26/05/1997 p. 22465) 2. Ação rescisória acolhida, determinando-se o seu prosseguimento, divergindo da E. Relatora. (AR 1.649/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 12/05/2010)

Destarte, merece total acolhimento a preliminar de Incompetência Absoluta do Juízo que proferiu a sentença rescindenda, pelas razões acima esposadas.

No mérito, resta prejudicada a análise da demanda.

Destarte, assiste razão à demandante para propor a presente ação.

Feitas essas considerações, **julgo prejudicado o agravo interno, acolho a preliminar de incompetência absoluta do Juízo da Vara de Violência contra Mulher para decidir acerca da partilha de bens, guarda e modo de visitação dos filhos, para anular a sentença e determinar a remessa dos autos a uma das Varas de Família da Capital para decidir as questões cíveis postas.**

TJBA – Apelação Cível nº 0039610-50.2006.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior, julgado em 17.08.2015

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM E SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPOSIBILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA DECRETADA DE OFÍCIO. CAUSA MADURA. JULGAMENTO DO MÉRITO. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO. FIXAÇÃO INTEGRAL. CABIMENTO. REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ART. 40, §5º DA CF. SÚMULA 340 DO STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 85 DO STJ.

Não se pode admitir, nem ao menos em tese, que um provimento jurisdicional extinga o processo com e sem julgamento do mérito simultaneamente, por se tratar de flagrante teratologia jurídica, vício insanável, ato nulo de pleno direito e que impõe a sua reforma.

O art. 515, §3º, do CPC permite ao tribunal julgar desde logo a lide quando a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, como é o caso dos autos.

O direito à pensão é disciplinado pela lei vigente à data do falecimento do segurado, tendo em vista o brocardo tempus regit actum. Partindo-se dessa premissa e constatando-se a morte do segurado ocorreu em 18 de junho de 1991, conclui-se que é aplicável à hipótese a redação originária do art. 40, §5º, da CF, fazendo jus a recorrente à fixação da sua pensão no valor integral, equivalente ao que seria recebido pelo falecido segurado se vivo fosse.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº **0039610-50.2006.8.05.0001**, em que figura como apelante **JACYRA MARQUES COSTA** e apelado **ESTADO DA BAHIA**,

Acordam os Desembargadores, componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **ANULAR DE OFÍCIO A SENTENÇA E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO ao recurso**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença de fls. 54/57 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA que, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA** proposta por **JACYRA MARQUES COSTA** em face do **ESTADO DA BAHIA**, extinguiu o feito com e sem julgamento do mérito, tendo em vista a improcedência do pedido e a inépcia da inicial, respectivamente.

Inconformada com os termos da sentença que extinguiu o processo, a autora interpôs **recurso de apelação** às fls. 61/66, apontando a existência de *error in judicando*, uma vez que a sentença deve pôr fim ao processo em uma das hipóteses previstas no art. 267 ou 269 do Código de Processo Civil, jamais com base nos dois dispositivos. Ademais, alega que dos fatos e fundamentos do pedido foram corretamente declinados na exordial, razão pela qual o pedido deveria ser julgado procedente.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença objurgada e, em sendo o caso de extinção do processo, que esta se dê apenas sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC, ou, sendo o caso de análise do mérito, que seja julgado inteiramente procedente o pedido.

Nas contrarrazões, de fls. 71/80, em síntese, o **ESTADO DA BAHIA**, sustenta a manutenção da sentença, quanto ao mérito. Aduz ainda a não aplicação da Emenda Constitucional 41/03; a inaplicabilidade do art. 3º da Emenda Constitucional 47/05; a inaplicabilidade do art. 40, §14, da CF.

Ao final, pugna pelo improvimento do recurso, mantendo-se integralmente a sentença.

É o relatório.

VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença de fls. 54/57 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA que, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA** proposta por **JACYRA MARQUES COSTA** em face do **ESTADO DA BAHIA**, extinguiu o feito com e sem julgamento do mérito, tendo em vista a improcedência do pedido e a inépcia da inicial, respectivamente.

Passando-se à análise do recurso, deve-se pontuar que desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional, substituindo as partes na solução dos conflitos,

a prolação da sentença passou a ser o momento mais aguardado no processo, sendo o fim visado em toda a atividade jurisdicional.

Na sentença de mérito, o Juiz, como um qualificado servidor do Estado e seu exclusivo porta-voz na tarefa de dizer o direito (*jurisdictio*), após a análise dos fatos trazidos pelas partes e do conjunto probatório produzido nos autos, e exatamente nos limites do que foi por ela trazido, aplica o direito, dando uma resposta do poder jurisdicional do Estado, soberana e imperativa, no sentido de resolver o lamento contido na pretensão do autor, eliminando o conflito e promovendo a pacificação social. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sentença Civil: liquidação e cumprimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.36-37).

A sentença é o clímax do jogo processual, pois é nela, ao menos em tese, que o Estado dá a resposta pleiteada pelos jurisdicionados.

Para Frederico Marques sentença é “o ato processual que põe termo ao processo de conhecimento de 1ª instância, julgando ou não o mérito da causa.” Já Alexandre Câmara conceitua sentença como “provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo”.

O art. 162, § 1º, do CPC dispõe que “§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”.

Do conceito legal, depreende-se que tal ato é emanado pelo Juiz, como órgão estatal investido de jurisdição, e faz terminar o processo solucionando ou não a lide, ou seja, extinguindo-o com ou sem resolução do mérito.

A sistemática do sincretismo processual, adotada pelo Direito Processual Civil Brasileiro, uniu as funções cognitiva e executiva, para declarar e satisfazer o direito em um processo apenas, contribuindo para a economia, celeridade e instrumentalidade processuais, tendências do direito moderno para atender à efetividade, alcançando, finalmente, o verdadeiro sentido do acesso à justiça. Assim, a sentença é o ato do juiz que encerra a fase de conhecimento do processo, após o qual é deflagrada a fase de execução.

Temos, assim, a “sentença como ato judicial que resolve o mérito, ou extingue o processo sem resolução do mesmo” (arts. 267 e 269 do CPC), conceito capaz de distingui-la dos demais atos ou provimentos judiciais.

Da extinção do processo com ou sem resolução do mérito advêm diversos efeitos para as partes, dentre os quais o da formação da coisa julgada, que pode ser meramente formal nos casos de extinção sem resolução do mérito, não impedindo a repropositura da ação, pois possui apenas eficácia preclusiva endoprocessual; ou material, nos casos de extinção do processo com resolução do mérito, hipótese em que a sentença torna-se indiscutível e imutável, nos termos do art. 467 do CPC, impedindo o rejuízo da causa.

Quanto à coisa julgada formal, José Frederico Marques a explica da seguinte forma:

Impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais, ou porque este foi proferido por órgão do mais alto grau de jurisdição, ou porque transcorreu o prazo para recorrer sem que o vencido interpusse recurso ou finalmente porque se registrou desistência do recurso ou a ele se renunciou.¹²

Por outro lado, quanto à coisa julgada material, Frederico Marques explica da seguinte forma:

12 MARQUES, Frederico. **Curso de direito processual Civil**. vol. 1, 22.a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 270

A coisa julgada material é qualidade tão-só dos efeitos de julgamentos que decidem a lide, pois aqueles que declaram inadmissível a tutela jurisdicional, por não resolverem o mérito, não se revestem da imutabilidade fora da relação processual, que promana da res iudicata material¹³

Esta digressão inicial é necessária para demonstrar que as hipóteses de extinção do processo com e sem resolução do mérito são logicamente inconciliáveis entre si.

É de saber comezinho, por representar princípio básico do Direito Processual Civil, que não se pode admitir, nem ao menos em tese, que um provimento jurisdicional extinga o processo com e sem julgamento do mérito simultaneamente, por se tratar de flagrante teratologia jurídica, vício insanável, ato nulo de pleno direito e que impõe a sua reforma, frente a total falta de fundamentação.

Isto posto, decreto de ofício a nulidade da sentença proferida nos autos.

Por sua vez, sabe-se que o art. 515, §3º, do CPC, permite ao tribunal julgar desde logo a lide quando a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, como é o caso dos autos, razão pela qual passo à análise do mérito da demanda.

A controvérsia cinge-se à forma como fora calculado o valor referente à pensão da autora, que alega estar percebendo valor muito aquém do que lhe é efetivamente devido.

A Constituição da República, ao estatuir, em seu art. 201, V, que a pensão por morte será paga aos dependentes do segurado falecido, evidencia o nítido caráter alimentar do benefício, haja vista que, ao determinar que tal benefício será pago àqueles que dependiam economicamente do segurado morto, está a estabelecer que sua finalidade é suprir a contribuição econômica que o finado prestava à família, possibilitando que esta, em razão da contribuição econômica recebida da previdência social, permaneça estruturada. Observe-se que a lei, ao discriminar o rol de dependentes para tal efeito, deverá obrigatoriamente observar o parâmetro traçado pela Carta Magna, contemplando todos aqueles que sejam substancialmente dependentes do segurado falecido.

É cediço que o direito à pensão é disciplinado pela lei vigente à data do falecimento do segurado, tendo em vista o brocardo *tempus regit actum*, nos precisos termos da Súmula 340 do STJ que dispõe:

Súmula 340 - A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Partindo-se dessa premissa e constatando-se a morte do segurado ocorreu em 18 de junho de 1991, conclui-se que é aplicável à hipótese a redação originária do art. 40, da CF, que tinha o seguinte teor:

Art. 40. O servidor será aposentado:

[...]

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

13 IBID.

Colhe-se dos autos, por meio da certidão de fls. 28, emitida pelo IPRAJ, que o Sr. Antônio Souza Costa deveria estar percebendo, no ano de 2005, remuneração no valor de R\$ 1.958,36 (hum mil, novecentos e cinqüenta e oito reais e trinta e seis centavos). No entanto, o valor percebido pela requerente, a título de pensão, é de apenas R\$ 714,51 (setecentos e quatorze reais e cinquenta e um centavos), conforme documento de fl. 29.

Sabe-se que a pensão por morte destina-se a conferir aos dependentes os meios de vida anteriormente proporcionados à família pelo segurado, constituindo, destarte, benefício destinado a oferecer meios mínimos de subsistência em favor do contemplado.

No caso em tela, indubitado e incontroverso o direito da autora ao recebimento da pensão em valores integrais, ou seja, aquele que receberia o segurado se vivo estivesse, posto haver a Constituição Federal conferido tal benefício em seu art. 40, §5, na redação originária.

Assim, não há como negar o direito ao recebimento integral da pensão, uma vez que a norma insere no referido artigo 40, §5º, da Carta Federal é autoaplicável, não necessitando de regulamentação para que surta efeito.

Sobre o assunto, vejamos a orientação da jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SUA REDAÇÃO ORIGINÁRIA.

Nos termos da redação originária do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.

As pensões estatutárias, concedidas antes da Lei nº 8.112, de 1990, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor, a contar de 1º de janeiro de 1991 (art. 252).

Alteração da verba honorária, porque fixada em valor irrisório.

Desprovimento do recurso especial interposto pela União. Provimento parcial do recurso especial interposto por Maria Urania de Araújo Borges.

(REsp 1370595/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 E 356 DO STF. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 40, § 5º (REDAÇÃO ORIGINAL), DA CF/88. I - Falta de prequestionamento da questão constitucional suscitada. Incidência da Súmula 282 e 356 do STF. II - O art. 40, § 5º (redação original), da CF/88 é norma de aplicabilidade imediata. Assim, não está subordinada à identificação da fonte de custeio total (art. 195, § 5º, da CF/88), que é limitação dirigida à lei ordinária de criação, majoração ou extensão de prestações previdenciárias. Precedentes. III - Ausência de novos argumentos. IV - Agravo regimental improvido" (AI 614.268-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJE 19.12.2007)

"EMENTA: - Pensão por morte do servidor público. Aplicação do artigo 40, § 5º, da Constituição Federal. 2. Esta Corte já firmou entendimento segundo o qual esse dispositivo, que é auto-aplicável, determina a fixação da pensão por morte do servidor público no valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos que ele percebia. Precedentes. 3. Inexigibilidade, por outro lado, da observância do artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, quando o benefício é criado diretamente pela Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 223.555, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 26.6.1998).

"PENSÃO - LIMITE. A norma insere na Constituição Federal sobre o cálculo de pensão, levando-se em conta a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do artigo 40 do Diploma Maior ("até o limite estabelecido em lei") refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores. Longe está de revelar permissão a que o legislador ordinário limite o valor da pensão. Precedente: agravo regimental no mandado de injunção nº 274-6/DF, em que funcionei como Relator, cujo acórdão foi publicado em 3 de dezembro de 1993" (RE 204.313, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.9.1997).

"E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PENSÃO POR MORTE DO SERVIDOR PÚBLICO - CF, ART. 40, § 5º - AUTO-APLICABILIDADE - RE CONHECIDO E PROVIDO. - A garantia jurídico-previdenciária outorgada pelo art. 40, § 5º, da Carta Federal deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e integral. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Precedentes. - O valor da pensão por morte, que deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, está sujeito, unicamente, ao limite a que se refere ao art. 37, XI, da Constituição Federal" (RE 175.349, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.5.1997)

Como se vê, forçoso reconhecer que à pensão da autora foi aplicada legislação inadequada, que a impediu de ver incorporado aos seus proventos os benefícios previstos pela legislação, mesmo preenchendo os requisitos para tal, em flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade praticada pela administração pública.

Como as vantagens pleiteadas pela autora são de trato sucessivo – a pretensão, *in casu*, é renovada mês a mês, com o reincidente não pagamento do benefício –, de forma que se encontram prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede ajuizamento da ação, consoante entendimento sumulado pelo STJ:

Súmula 85: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Compulsando os autos, depreende-se que a Apelante pleiteia parcelas retroativas, referentes à data do óbito do marido, o qual se deu em 18/06/1991. Destarte, verifica-se a existência de parcelas tragadas pela prescrição quinquenal, uma vez que a presente demanda foi ajuizada em 29/03/2006, estando prescritas as parcelas anteriores a 29/03/2001.

Cumpra-se destacar, quanto aos juros de mora, por se tratarem os benefícios previdenciários de verbas de natureza alimentar, que há de se aplicar juros de mora no percentual de 1,0% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e art. 161, §1º, do CTN, até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, que passou a conferir nova redação ao art. 1º-F, da Lei 9494/97:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

A partir de 30/06/2009, por sua vez, deverão os juros ser computados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, pelas razões expostas a seguir.

Ato contínuo, esclareça-se que o art. 5º, da Lei 11.960/09 foi declarado parcialmente inconstitucional, por arrastamento, na ADI 4357/DF, Rel. Min. Ayres Brito, em 14/03/2013, e, com isso, ao julgar o Resp 1270439/PR, o STJ afastou a incidência do art. 1º-F da Lei 9494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11960/09 (os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança) em relação à correção monetária, mandando aplicar o INPC por se tratar de benefício previdenciário, considerando a repristinação do art. 41-A da Lei 8213/91.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI). RETROAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO. DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CÁLCULO DA RMI. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR NA DATA EM QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS. POSTERIOR PERÍODO DENOMINADO “BURACO NEGRO”. APLICAÇÃO DO ART. 144 DA LEI N. 8.213/91. REGIME HÍBRIDO. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA PARA REAJUSTE DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E PARCELAS PAGAS EM ATRASO. REPRISTINAÇÃO DO ART. 41-A DA LEI N. 8.213/91. APLICAÇÃO DO INPC. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento com repercussão geral do RE 630.501/RS (DJ 23/8/2013), firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício. 2. Da mesma forma, é remansosa a jurisprudência do STJ no sentido de que, preenchidos que se achassem à época os requisitos legais, o beneficiário faz jus à revisão de sua aposentadoria para que passe a perceber o benefício financeiro mais vantajoso. 3. Assim, atendidos os requisitos para aposentação antes da vigência Lei n. 7.787/89, o segurado faz jus à revisão de seu benefício para que seja utilizado no cálculo o teto do salário-de-contribuição de 20 salários mínimos, de acordo com o regramento em vigor à época, qual seja a Lei n. 6.950/81, ainda que tenha continuado em atividade e venha a obter a aposentadoria somente na vigência da Lei 8.213/91. 4. A aplicação do teto de 20 (vinte) salários mínimos não obsta a posterior aplicação do art. 144 da Lei n. 8.213/91, que determina a revisão dos benefícios concedidos no período de 5/10/88 a 5/4/91, lapso conhecido como “buraco negro”. 5. Portanto, por força de previsão legal, o benefício previdenciário, com data inicial compreendida entre 5/10/88 a 5/4/91, deverá passar por uma nova revisão, com substituição da anterior renda mensal inicial por uma OUTRA, nos moldes descritos pelo art. 144 da Lei n. 8.213/91. 6. Recurso especial do INSS improvido e apelo nobre do segurado parcialmente provido, para determinar a aplicação do INPC, como fator de correção monetária dos valores pagos em atraso. (STJ, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 12/05/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA).

Portanto, em atenção aos novos índices de correção monetária e de juros, criados a partir da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, incidentes sobre as condenações da Fazenda Pública, em se tratando do INSS, os juros mantêm-se como disposto no art. 1º F, da Lei 9494/97, com a redação dada pelo art. 5º, da Lei 11.960/09 (os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança), mas, com relação à correção monetária, será então aplicado o INPC, por se tratar de benefício previdenciário, considerando a repristinação

do art. 41-A da Lei 8213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

Isto posto, e por tudo mais que dos autos consta, DOU PROVIMENTO ao recurso, para condenar o Estado da Bahia a proceder à revisão da pensão da autora, calculando-a nos mesmos moldes dos proventos que seriam pagos ao servidor falecido, se vivo estivesse no exercício da função, bem como ao pagamento das parcelas em atraso, observada a prescrição quinquenal, respeitando-se ainda o teto remuneratório (subsídio mensal do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia).

No que diz respeito ao pagamento das parcelas em atraso, o valor eventualmente apurado deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir do vencimento de cada parcela, por se tratar de obrigação de natureza alimentar, até a data do seu efetivo pagamento, e os juros moratórios contam-se no percentual de 1,0% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406, do código civil e art. 161, §1º, do CTN, até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, que passou a conferir nova redação ao art. 1º-f, da Lei 9494/97, a partir de quando serão os juros computados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o montante da condenação, a teor do §4º do art. 20 do Código de Processo civil, deixando de impor o reembolso das custas, por ser a Parte Autora beneficiária da gratuidade da justiça.

TJBA – Apelação Cível n.º 0547438-59.2014.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior, julgado em 17.08.2015

APELAÇÃO CÍVEL. TERMO INDIVIDUAL DE ADESÃO ÀS ALTERAÇÕES DO REGULAMENTO DO PLANO PETROS DO SISTEMA PETROBRAS. REPACTUAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INVIABILIDADE. OPÇÃO POR NOVO REGULAMENTO.

O termo de repactuação firmado pelas partes importa em renúncia ao direito assegurado pelo art. 41 do Plano de Benefícios da PETROS de ter sua complementação de aposentadoria reajustada pelo mesmo índice de aumento do pessoal da ativa e no mesmo mês de concessão.

As partes celebraram típico negócio jurídico, o qual somente pode ser anulado se constatado defeito que macule o ato celebrado, o que não é o caso dos autos.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º **0547438-59.2014.8.05.0001**, em que figuram, como apelante, **EDSON MARINHO** e, apelada, **PETROS - FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL**,

Acordam os Desembargadores, componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **NEGAR PROVIMENTO ao recurso**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença de fls. 456/473 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 27ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador/BA que, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA** proposta por **EDSON MARINHO** em face da **PETROS - FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL**, julgou improcedente o pedido, por entender não ser cabível a inclusão dos avanços estabelecidos em acordo coletivo nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada, por haver autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar.

Inconformado com os termos da sentença que extinguiu o processo com base no inc. I do art. 269 do CPC, o autor interpôs **recurso de apelação** de fls. 477/489, pugnando pela reforma integral da sentença, para que seja julgada procedente a ação, conforme itens 3, 4, 5, 6 e 7 da petição inicial, condenando ainda a acionada ao pagamento de honorários advocatícios.

Nas contrarrazões, de fls. 492/517, em síntese, a **PETROS - FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL**, sustenta que a tabela salarial só pode ser aplicada aos empregados ativos, uma vez que regula condições de trabalho, não se relacionando com a condição dos aposentados e/ou pensionistas.

Ao final, pugna pelo improvimento do recurso, mantendo-se integralmente a sentença, pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

O cerne da questão cinge-se em saber se a concessão de um nível salarial para os empregados da ativa pode ser estendida aos empregados inativos.

Incontroverso nos autos que os reajustes entre os empregados ativos e os aposentados está assegurado no Regulamento do Plano de Benefícios – Petros, que, em seu art.41, dispõe:

Os valores das suplementações de aposentadoria, de auxílio-doença, de pensão e de auxílio-reclusão, serão reajustados nas mesmas épocas em que forem feitos os reajustamentos salariais da Patrocinadora.

Logo, restaria evidente que todo e qualquer reajuste salarial concedido aos empregados da ativa deve ser estendido, também, aos aposentados, sob pena de ferir a isonomia assegurada em norma regulamentar.

Entretanto, colhe-se dos autos que o recorrente e a recorrida firmaram termo de repactuação (fls. 392/394), através do qual o apelante abdicou do direito assegurado pelo art. 41 do Plano de Benefícios da PETROS de ter sua complementação de aposentadoria reajustada pelo mesmo índice de aumento do pessoal da ativa e no mesmo mês de concessão.

Assim, percebe-se que as partes celebraram típico negócio jurídico, o qual somente pode ser anulado se constatado defeito que macule o ato celebrado, o que não é o caso dos autos.

O termo assinado pelo autor traz a sua concordância com as alterações do Regulamento, ao mencionar que o signatário estava exercendo “em caráter irrevogável e irretratável, extensivo

aos meus herdeiros e sucessores, a minha opção pelas novas regras do Plano Petros do Sistema Petros, em relação à alteração dos artigos 41 e 42, bem como, eventualmente, em outros artigos do referido Regulamento relacionados diretamente com a proposta da Companhia, conforme previsto no Acordo de Obrigações Recíprocas [...]” (fl. 394).

Impende ressaltar, ainda, que, na oportunidade que teve em falar sobre os documentos colacionados aos autos na defesa do acionado, o recorrente não logrou êxito em comprovar qualquer prejuízo advindo da sua adesão à repactuação do plano de benefícios. Lado outro, também não há que se falar em existência de vício a macular a manifestação de vontade expressa no documento de repactuação.

Dessa forma, conclui-se que o apelante optou livremente em aderir à repactuação, tendo a percepção exata das condições oferecidas pelo novo plano, recebendo, inclusive, a importância estipulada no item 8 daquele termo (no mínimo, R\$15.000,00).

Sobre o assunto, vejamos:

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO - REEXAME NECESSÁRIO - NÃO CONHECIMENTO - PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - REPACTUAÇÃO - PLANO “PETROS 2” - INCENTIVO PARA MIGRAÇÃO - IMPOSTO DE RENDA - NATUREZA REMUNERATÓRIA. **1. A Petrobrás propôs aos antigos empregados a repactuação da forma de reajuste dos proventos e pensões, transferindo-os para o novo sistema do Plano “PETROS 2”, pagando-lhes valor monetário, pré-fixado em 03 (três) salários benefícios ou R\$ 15.000,00, o que fosse maior, caso a categoria, maciçamente, aderisse à cláusula de repactuação que autorizasse a majoração da taxa de contribuição para manutenção do Fundo de Pensão. 2. Os valores foram pagos como incentivo à migração de plano, tendo havido inequívoca ponderação de interesses, facultando-se aos participantes que optassem pela manutenção dos critérios de reajuste então vigentes ou, alternativamente, os modificassem, o que ensejaria o recebimento imediato da gratificação proposta. 3. O valor recebido pelos autores, no momento em que livremente optaram pela repactuação do plano de previdência privada, tem natureza remuneratória, inserindo-se na hipótese prevista do art. 43 do Código Tributário Nacional.** (TRF-3 - AC: 10079 SP 0010079-57.2011.4.03.6103, Relator: JUIZ CONVOCA DO HERBERT DE BRUYN, Data de Julgamento: 07/03/2013, SEXTA TURMA)

RECURSO DE REVISTA. TERMO INDIVIDUAL DE ADESÃO ÀS ALTERAÇÕES DO REGULAMENTO DO PLANO PETROS DO SISTEMA PETROBRAS. REPACTUAÇÃO. **O acórdão regional registra que o reclamante aderiu à proposta de alteração do Regulamento do Plano Petros, especificamente, em relação ao artigo 41 e recebeu vantagem financeira vinculada à adesão mediante assistência sindical. Não ficou evidenciada a existência de vício de vontade na adesão. Assim, o entendimento adotado pelo Regional está em consonância com a Súmula 51, II, desta Corte, na medida em que a opção do empregado pelas novas regras de reajustamento do benefício previdenciário previstas no Regulamento do plano Petros implica renúncia às regras primitivas constantes do referido plano.** Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 26184620105020046, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERMO INDIVIDUAL DE ADESÃO ÀS ALTERAÇÕES DO REGULAMENTO DO PLANO PETROS DO SISTEMA PETROBRAS. REPACTUAÇÃO. **Consoante explicita o n o acórdão regional, os empregados que assinaram o termo de repactuação,**

por meio da qual se propôs a alteração do cálculo inicial e da forma de reajuste do benefício de complementação de aposentadoria, optaram pelo índice do IPCA para o reajuste dos seus benefícios, desvinculando-se das regras primitivas previstas na redação original dos arts. 41 e 42 do regulamento do plano da Petros. Na espécie, registrou-se que não houve vício de vontade na adesão, com maciça participação sindical, com ampla divulgação da repactuação e percepção de incentivo financeiro. Entendimento diverso implicaria o revolvimento do quadro fático externado. Óbice da Súmula 126. Tal como proferida a decisão recorrida deu efetividade à compreensão da Súmula nº 51, II, desta Corte. O acórdão está em consonância com a jurisprudência sedimentada desta Casa. Óbice da Súmula 333 e art. 896, § 4º, da CLT para o prosseguimento da revista. Agravo de instrumento não provido. RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELA RECLAMADA PETROS. Tendo em vista que o agravo de instrumento interposto pelos reclamantes não foi provido, o que resulta na manutenção do despacho que denegou seguimento ao recurso principal, fica prejudicado o exame do recurso de revista adesivo da reclamada PETROS, nos termos do art. 500, III, do CPC. Recurso de revista adesivo prejudicado.

(TST - AIRR: 20282920105040203, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 18/06/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REPACTUAÇÃO DO PLANO PETROS. OPÇÃO POR NOVO REGULAMENTO. RENÚNCIA ÀS REGRAS DO ANTI-GO. É legítima a aplicação do novo Regulamento ao aposentado e pensionista da PETROBRAS que a ele aderiu expressamente, mediante livre manifestação de vontade, além de compensação financeira. O Tribunal Superior do Trabalho, nas Súmulas nos 51, II, e 288, II, consagrou o entendimento de que, na coexistência de dois regulamentos na empresa, a opção do empregado por um deles implica renúncia às regras do outro. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 13364520105010031, Relator: Cláudio Soares Pires, Data de Julgamento: 06/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014)

Vale destacar, ainda, o teor da Súmula 51, II, do TST, a qual preconiza que a opção do empregado por um dos regulamentos coexistentes na empresa implica renúncia às regras do sistema do outro, senão vejamos:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

A título de argumentação, oportuno salientar que os direitos versados na repactuação não se confundem com direitos de índole indisponível, mas sim de meras repercussões patrimoniais. Revela-se, assim, plenamente válida a repactuação do plano de complementação de aposentadoria, inviabilizando, desta forma, a pretensão do recorrente de pagamento da diferença decorrente da complementação de aposentadoria.

Isto posto, e por tudo mais que dos autos consta, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto.

TJBA – Apelação Cível n.º 0010199-38.2011.8.05.0113, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, julgado em 21.01.2014

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPENSAÇÃO DE CHEQUES NÃO FIRMADOS PELO AUTOR. EXTRAVIO DE TALONÁRIO. FRAUDE INCONTROVERSA. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FALTA DE CONFERÊNCIA DE ASSINATURA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ACIONADA. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR NÃO CONFIGURADA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. DEVER DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES SACADOS. DANO MORAL IN RE IPSA CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS), DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 0010199-38.2011.805.0113, de Itabuna, em que é apelante JOÃO BRITO DOS SANTOS, e apelado BANCO BRADESCO S/A.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, dar provimento ao apelo, reformando a sentença de base nos termos das razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Indenizatória por Danos Materiais e Morais proposta por JOÃO BRITO DOS SANTOS, em desfavor de BANCO BRADESCO S/A, alegando que é correntista do apelado, na agência n. 2738, conta corrente n. 012608, e que, em fevereiro de 2011, teve quatro cheques indevidamente descontados de sua conta, os quais não foram por si emitidos, tendo lavrado perante a autoridade policial boletim de ocorrência acerca do furto de seu talonário.

Argui que, mesmo após ter informado ao banco apelado acerca do furto do talão de cheques, o mesmo se negou a restituir os valores debitados, desconsiderando que efetuou o pagamento dos títulos, os quais foram emitidos com assinaturas totalmente distintas da do apelante.

Ante tais fatos, pugna pela restituição dos valores sacados de sua conta corrente, provenientes dos cheques furtados, que somam o valor de R\$ 6.415,00 (seis mil quatrocentos e quinze reais), além de requerer indenização pelos danos morais suportados, no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Adota-se como próprio o relatório da sentença recorrida constante da fls. 53/57, acrescentando que o eminente magistrado singular julgou a demanda improcedente, com lastro no artigo 14, §3º, II do CDC, acolhendo a tese de culpa exclusiva do consumidor suscitada pelo apelado.

Irresignado, recorreu o autor, com razões de fls. 66/81, pugnando pela reforma da sentença,

visando a decretação de inversão do ônus da prova e procedência dos pleitos da exordial, sob o argumento de má prestação dos serviços pelo Banco apelado, na medida em que não procedeu à conferência das assinaturas nos cheques compensados, dispensando a segurança e cuidado que se espera de tal serviço. Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões às fls. 85/88.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto, dele conheço.

Pois bem. Da análise do caso concreto, observo que a fraude na emissão dos títulos objeto da lide (fls. 12/15) restou demonstrada nos autos, pois não fora refutada pelo banco acionado em sua defesa, que se limitou a arguir a culpa exclusiva do consumidor pelo fato do mesmo não ter requerido a sustação dos cheques antes de sua compensação, prescindindo de prova específica nesse sentido, a teor do art. 334, IV, do CPC.

A própria decisão ora recorrida não discorre sobre o fato dos cheques terem ou não sido emitidos pelo apelante, ou da necessidade de prova de sua autenticidade/falsidade, apenas vinculando a improcedência da ação ao acolhimento da tese de culpa exclusiva do consumidor, consubstanciada pelo art. 14, §3º, II do CDC.

Entretanto, não merece prosperar a tese de culpa exclusiva do consumidor, arguida pelo apelado e acolhida pelo respeitável juízo singular, uma vez que empresas de grande porte, como a acionada, devem dispor de uma infraestrutura que seja capaz de coibir a atuação de terceiros de má-fé, não podendo a ré transferir ao consumidor o ônus decorrente da falha de diligência de seus prepostos, que não adotaram todas as medidas possíveis a fim de evitar a concretização da fraude perpetrada contra a parte autora.

Nos termos do art. 14 do CDC, 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”*.

É caso da simples aplicação da Teoria do Risco do Negócio Jurídico, expressa no art. 927, parágrafo único, do CCB/02, que ressalva: *“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 direitos de outrem.”*

A responsabilidade civil do fornecedor do serviço e produto é objetiva, bastando a configuração do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e o ato praticado pelo fornecedor.

No caso concreto, a falha na prestação do serviço restou patente, estando evidenciado que o recorrido não emitira os títulos objeto da lide, de maneira que a dívida existente em seu nome foi contraída à sua revelia, sendo a responsabilidade no evento danoso da ré, que não conferiu as assinaturas muito distintas nos cheques compensados.

Nesse sentido aponta a jurisprudência do STJ, a saber:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CHEQUE FURTADO. DEVOLUÇÃO POR MOTIVO DE CONTA ENCERRADA. FALTA DE CONFERÊNCIA DA AUTENTICIDADE DA ASSINATURA. PROTESTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. CULPA CONCORRENTE.

- *A falta de diligência da instituição financeira em conferir a autenticidade da assinatura do emitente do título, mesmo quando já encerrada a conta e ainda que o banco não tenha recebido aviso de furto do cheque, enseja a responsabilidade de indenizar os decorrentes do protesto indevido e da inscrição do consu-*

midor nos cadastros de inadimplentes. Precedentes.

- Consideradas as peculiaridades do processo, caracteriza-se hipótese de culpa concorrente quando a conduta da vítima contribui para a ocorrência do ilícito, devendo, por certo, a indenização atender ao critério da proporcionalidade. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido. (STJ - REsp 712591 / RS. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI DJ 04/12/2006 p. 300).

Não obstante, os Tribunais pátrios têm se manifestado em igual sentido, senão veja-se:

CONSUMIDOR. CHEQUES COM ASSINATURA DIVERSA DA DO CORRENTISTA. DEVER DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO PROTETIVO DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. Ainda que descontados os cheques em período anterior à sustação dos mesmos pelo autor, viável a reparação pretendida pelo requerente, porquanto a assinatura aposta nas cartulas difere substancialmente da grafia utilizada pelo mesmo, restando evidenciada a fraude perpetrada por terceiro. Não havendo o Banco réu se desincumbido de proceder à análise das assinaturas apresentadas, impõe-se sua responsabilização pela compensação...

(TJ-RS - Recurso Cível: 71003324225 RS , Relator: Marta Borges Ortiz, Data de Julgamento: 24/05/2012, 1a Turma Recursal Cível, DJ 28/05/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUE FURTADO. ASSINATURA PROVENIENTE DE TERCEIRO FALSÁRIO. AUSÊNCIA DE CONFERÊNCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DEVOLUÇÃO DA CARTULA POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CORRENTISTA NO CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDOS. NEGLIGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA. FALTA DE COMUNICAÇÃO SOBRE EVENTUAL PERDA, FURTO OU ROUBO DO TÍTULO QUE NÃO EXIME A RESPONSABILIDADE DO BANCO. DEVER DE INDENIZAR. DISPENSABILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO ABALO. DANO MORAL IN RE IPSA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É obrigação da casa bancária verificar, detalhadamente e com a máxima cautela, a regularidade formal dos cheques que lhe são apresentados para recebimento, antes de efetuar o desconto na conta-corrente de seus clientes. Na ocorrência de dúvida quanto à regularidade do preenchimento é dever do banco entrar em contato com o cliente a fim de certificar-se sobre a autenticidade do documento. Se assim não agir, assume o dever de indenizar os prejuízos que vier a causar.

(TJ-SC - AC: 20120623197 SC 2012.062319-7 (Acórdão), Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 19/09/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado, DJ: 28/09/2012)

Dessa forma, caracterizada a conduta negligente do banco, resta patente seu dever de restituir os valores indevidamente debitados da conta corrente do apelante, decorrentes dos quatro cheques indevidamente compensados, que somam a quantia de R\$ 6.415,00 (seis mil quatrocentos e quinze reais).

No que tange ao dano moral, é sabido que decorre da má prestação de serviço evidenciada, independentemente de prova expressa de sua ocorrência, pois este é *in re ipsa*, isto é, decorre diretamente da ofensa, por comprovação do ilícito, que ficou sobejamente demonstrado nos autos.

A Corte Superior também já firmou entendimento neste sentido:

“A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato de violação (damnum in re ipsa). Verificado o evento danoso surge a necessidade de reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)” (STJ – 4ª T. – REL CESAR ASFOR ROCHA – RT 746/183.)

Quanto ao valor da indenização, este deve representar para o ofendido uma satisfação psicológica que possa pelo menos diminuir os dissabores que lhe foram acarretados, sem causar, evidentemente, o chamado enriquecimento sem causa. Entretanto, deve impingir ao causador do dano, um impacto capaz de desestimulá-lo a praticar novos atos que venham a causar danos a outrem.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 259.816, do Rio de Janeiro, DJU 27.11.2000, p. 171, salientou que o *“arbitramento deve ser feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”*.

Colhem-se desse julgado os critérios que devem nortear a fixação do valor da indenização: em relação ao autor do ato danoso, o grau de sua culpa e o seu porte econômico; em relação ao ofendido, o nível socioeconômico; em relação ao ato, a sua potencialidade danosa. Tudo com a devida moderação.

Compulsando os autos, considerando que não houve o pleito por parte do apelante de sustação dos cheques perante o Banco apelado, antes de sua compensação, entendendo como valor razoável, a título de danos morais, o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que é condizente com a extensão do dano e observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ante a adequação ao caso concreto.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por JOÃO BRITO DOS SANTOS, para condenar o banco acionado a restituir ao autor a quantia de R\$ 6.415,00 (seis mil quatrocentos e quinze reais), correspondente a compensação indevida dos quatro cheques objeto de fraude, em sua conta, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso, bem como a indenizar o mesmo a título de danos morais, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de correção monetária desde o arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Ademais, resta condenando o apelado ao pagamento de honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

TJBA – Apelação Cível n.º 0005056-50.2007.8.05.0229, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago, julgado em 07.10.2014

EMPRESA DE ENERGIA. INTERRUPTÕES CONSTANTES. PREJUÍZOS CAUSADOS À AUTORA. ENERGIA QUE É CONSUMIDA E PAGA PELA DEMANDANTE E NÃO É REINSERIDA NO MERCADO. DESTINATÁRIA FINAL RECONHECIDA. EMPRESA QUE LIDA COM COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS CONGELADOS. HIPOSSUFICIÊNCIA EM RELAÇÃO AO FORNECIMENTO DE ENERGIA. INCIDÊNCIA DO CDC. PRECEDENTE ATUAL DO

STJ REPRODUZIDO NO VOTO CONDUTOR. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO E REPARAÇÃO DE DANOS. POSSIBILIDADE JURÍDICA ATESTADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS JULGADOS SEM PARTICIPAÇÃO DA APELANTE. JUÍZO DECISÓRIO NÃO ALTERADO. OMISSÃO SUPRIDA PARA APRECIAR MATÉRIA JÁ SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DOCUMENTOS NOVOS ACOSTADOS EXTEMPO-RANEAMENTE. ABERTURA DE VISTAS À PARTE CONTRÁRIA. POSSIBILIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS.

AGRAVO RETIDO. LIMINAR QUE DETERMINA A ADEQUAÇÃO DA REDE PARA FORNECIMENTO DE SERVIÇO COMPATÍVEL COM AS NORMAS DE SEGURANÇA APLICÁVEIS. FIXAÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO. INEXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE FORNECIMENTO ININTERRUPTO. INEXEQUIBILIDADE PRESENTE. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO.

COMPROVADA INADEQUAÇÃO DO SERVIÇO E INTERRUPTÕES REPETIDAS E IMPORTANTES. PERDA DE MERCADORIAS. **REPARAÇÃO MATERIAL DEVIDA. VALOR PEDIDO DE ACORDO COM OS LAUDOS DE APREENSÃO E NÃO CONFRONTADO DE FORMA EFICAZ. INDENIZAÇÃO MATERIAL DEVIDA.**

DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DA ACIONANTE. FRUSTRAÇÃO DA JUSTA EXPECTATIVA DE PRODUÇÃO. COMPROMETIMENTO DE SUA POSIÇÃO NO MERCADO. AUSÊNCIA, CONTUDO, DE PROVA DE PROPAGAÇÃO RELEVANTE DE IMAGEM NEGATIVA. INDENIZAÇÃO QUE RECLAMA REDUÇÃO PARA ADEQUAÇÃO À REALIDADE DOS AUTOS. CONDENAÇÃO NA SENTENÇA DE R\$ 250.000,00. FIXAÇÃO RECURSAL EM R\$150.000,00.

LUCROS CESSANTES REJEITADOS POR FALTA DE PROVAS. SUCUMBÊNCIA MAJORITÁRIA DA PARTE RÉ. ACOLHIMENTO DOS PEDIDOS DE ADEQUAÇÃO DA REDE E REPARAÇÃO MORAL E MATERIAL. INCIDÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 21 DO CPC. **CORRETA A CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL DIRECIONADA EXCLUSIVAMENTE À DEMANDADA VENCIDA SUBSTANCIALMENTE.**

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA FAZER CONSTAR DA SENTENÇA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REPARAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E FIXAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM R\$150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS).

O CDC regula a relação entre pessoas jurídicas quando identificados o fornecedor e o consumidor. In casu, a Apelante entrega serviço oneroso de energia. A Autora contrata e consome o serviço, **não o reinserindo no mercado.** A necessidade de energia em sua atividade comercial não descaracteriza a relação de consumo, visto que **não integra sua matéria prima e nem é objeto de comercialização.** Ademais, nos termos da jurisprudência atual reproduzida no voto condutor, **há a presença indiscutível da hipossuficiência**, visto que a Ré detém o domínio da tecnologia do serviço prestado e a Apelada se encontra fragilizada na posição de contratante e mera usuária.

A apreciação de Declaratórios não impunha a prévia participação da Embargada, **visto que nos Aclaratórios apenas era questionada omissão de matéria devidamente contraditada nos autos.**

O Agravo Retido deve ser improvido, pois a liminar determina apenas a adequação da rede às normas de segurança aplicáveis e **em momento algum ordena que o serviço não passe pelas oscilações naturais**, desde que compatíveis com a legislação vigente.

A perícia realizada sem a participação dos litigantes apenas se prestou a auxiliar o juízo a proferir decisão preambular *inaudita altera pars* e, portanto, **não cerceou o direito de defesa da Apelante.**

Na segunda perícia, houve a ampla participação dos demandantes, visto que se tratou de ato instrutório depois de já aperfeiçoada a relação processual.

Em ambas as análises especializadas, **restou caracterizada falhas na prestação do serviço a apresentadas sugestões de adequação.**

A Apelada **não comprovou o cumprimento da ordem liminar** (posteriormente confirmada na sentença), optando por insistir na equivocada tese de que se tratava de obrigação inexecutável. Ocorre que a mencionada ordem de fornecimento ininterrupto do serviço simplesmente inexistente, como também não há determinação de construção de rede exclusiva para a parte Autora.

A determinação de entrega de serviço compatível com as normas de segurança se mostra perfeitamente exequível e a própria apelante reconhece a deficiência do serviço ao anunciar medida destinadas a minorar as interrupções.

Caracterizado o descumprimento e já prolatada a sentença, **só a eventual suspensividade deferida por instância recursal poderia obstar a execução provisória.**

Não comprovada a exacerbação da multa por descumprimento, **visto que sequer seu desiderato foi alcançado.** Possibilidade, contudo, de há qualquer tempo ser demonstrado o cumprimento ou o justo impedimento que possibilitem a reavaliação quantitativa da *astreinte*.

O pedido de lucro cessante não foi acolhido e a sentença deve ser alterada para que assim seja consignado na sua parte dispositiva.

A reparação material acolheu a pretensão autoral, **visto que os prejuízos foram quantificados e os documentos de apreensão dão substância à alegação.** Lado outro, o valor atribuído não foi impugnado de forma eficaz e não apresenta inconsistência que indique injuridicidade da sentença que o adotou. A reparação moral se mostra devida, visto que a imagem da Apelada foi afetada, embora sem indicativo de tenha sido comprometida de forma extrema. O desgaste comprovadamente sofrido, porém, **justifica uma condenação eficaz**, na medida em que de fato **há uma evidente frustração de quem zela por sua posição no mercado.** Nesse contexto, considerando **como importante o dano resultante da perda das mercadorias e consequente abalo da credibilidade da Autora**, mas também considerando que não há indícios de que tenha se expandido amplamente uma imagem de empresa descompromissada com a qualidade, tenho como razoável reduzir o montante indenizatório para, aproximando-o mais da realidade dos autos, fixar em R\$150.000,00 a indenização.

A sucumbência majoritária justifica a destinação exclusiva.

Recurso parcialmente provido para fazer constar da parte dispositiva da sentença a improcedência do pleito relativo aos lucros cessantes e fixar a reparação por dano moral em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº 0005056-50.2007.8.05.0229. **ACORDAM**, à unanimidade, os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em **dar parcial provimento ao Apelo**, pelas razões a seguir expostas.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação contra sentença que julgou procedente em parte o pedido Autoral. Em extenso arrazoadado (f. 594/662), a Apelante pugna pela apreciação de Agravo Retido. Reitera preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Questiona modificação da sentença por Embargos Declaratórios julgados sem oportunização de defesa.

Ratifica questionamentos suscitados em Aclaratórios que considera não apreciados de forma completa.

Pleiteia a inclusão da improcedência do pedido relativos a lucros cessantes.

Indica depoimentos testemunhais não considerados na sentença.

Aponta questões não esclarecidas que inviabilizam o cumprimento da obrigação de fazer, pretende a revogação da liminar, alega supressão e busca o indeferimento do pleito de execução provisória da multa ou, alternativamente, a sua minoração.

Considera obscura a condenação sucumbencial exclusiva, visto que houve procedência apenas parcial.

Relata existência de petição não apreciada na sentença.

Retoma impugnação ao laudo pericial.

Considera inexistente o dano moral alegado, bem como não comprovada a lesão material. Busca anulação ou reforma da sentença.

A parte contrária se opôs ao Recurso (f. 667/708).

Apontou a preclusão consumativa operada em relação às provas e documentos adunados e não impugnados na contestação.

Defende o Improvimento do Agravo Retido.

Rechaça a pretensão impossibilidade jurídica do pedido e indica que não houve modificação da sentença pelos Embargos.

Relata os depoimentos testemunhais e os considera favoráveis ao pleito.

Considera elucidativas as provas periciais e tragada pela preclusão a oportunidade de impugnação.

Sustenta o descumprimento da liminar e a necessidade de execução da multa fixada.

Defende a incidência do CDC e indica que a multa por descumprimento deve ser discutida na execução.

Pugna pelo Improvimento recursal.

Inconformada com o recebimento do Apelo apenas no efeito devolutivo, a Recorrente requereu devolução do prazo para Agravar a decisão. Indeferido o pleito, sobrevieram Agravo Regimental e Embargos sucessivamente rejeitados.

Foi suscitada suposta deserção do Recurso.

É o bastante para contextualização.

VOTO

De logo passo à apreciação do Agravo Retido, uma vez que devidamente reiterado.

O Recurso não merece provimento. Com efeito, **a liminar em momento algum impôs à Agravante obrigação inexecutável e muito menos o fornecimento ininterrupto de energia**. O que se colhe da decisão atacada é que o julgador nomeou perito para vistoriar a rede elétrica e indicar se havia necessidade de adequação do serviço fornecido para que a energia contratada fosse entregue de acordo com a demanda da contratante, em sintonia com as normas de segurança e qualidade aplicáveis à espécie. Desse modo, ao impor a entrega do produto contratado dentro dos parâmetros que regem a relação jurídica, **a decisão nada mais fez do que zelar pela efetividade do contrato celebrado entre as partes**, em momento algum exigindo que não houvesse oscilações, mas apenas que a empresa efetivasse as modificações necessárias para adequar o serviço à demanda da contratante. **As modificações necessárias foram relatadas pelo senhor Perito e caberia à Apelante realizá-las ou comprovar o real impedimento. Em sede de Agravo, não restou provada nem uma coisa nem outra**, embora a matéria deva ser também aferida na apreciação da sentença, visto que esta se debruçou de forma exauriente sobre o feito. Por conseguinte, atestada a juridicidade da decisão preambular, **nega-se provimento ao Agravo Retido**.

No que toca à **preliminar de impossibilidade jurídica do pedido**, melhor sorte não assiste à Apelante. De fato, a providência buscada na inicial se mostra perfeitamente factível, ou seja, materialmente possível, visto que apenas busca adequação do serviço contratado e reparação por prejuízos supostamente causados por falhas ocasionadas pela contratada.

De outro prisma, o ordenamento jurídico prevê a proteção ao direito na forma vindicada pela parte Autora, circunstância que empresta higidez à busca da prestação jurisdicional, evidentemente sem comprometimento da valoração de sua juridicidade ou não. **Preliminar rejeitada**.

Embora não apresentada preliminarmente, **a questão acerca da aventada apreciação de Embargos de Declaração sem a participação da Apelante** deve ser de logo dirimida, ante sua potencial prejudicialidade.

Observando-se a decisão que acolheu parcialmente os embargos, vê-se que não houve modificação do juízo de valor externado na sentença e, por consequência, não se impunha a prévia participação da Embargada. Em verdade, o julgador de piso tão somente determinou o desentranhamento do pedido de execução, para que fosse processado apartadamente. No julgado, supriu omissão e deliberou sobre os juros legais, **tema já presente na petição inicial** e, portanto, **previamente exposto ao contraditório**. Por conseguinte, nada de novo adveio dos embargos que maculasse o devido processo legal de forma a impor prejuízo à Apelante.

Na mesma toada, impõe-se esclarecer que a petição que a Apelante aponta como não considerada pelo juízo refuta a apresentação extemporânea de documentos. Ocorre que **a documentação foi submetida ao contraditório**, como se observa do despacho de f. 437 e, portanto, passou legitimamente a integrar os autos. Desse modo, **inexiste prejuízo processual** e, em relação ao conteúdo dos documentos, a matéria integra a sentença recorrida, logo deve ser considerada na aferição exauriente recursal.

No mérito, obrou acertadamente o julgador de piso ao deliberar sob a ótica da legislação consumerista. Com efeito, estão perfeitamente identificados nos autos o consumidor, o fornecedor, o produto e o serviço contratados.

Observe-se que a Apelada é pessoa jurídica contratante da energia disponibilizada onerosamente pela Recorrente. **A contratante frui completamente o bem adquirido, não o reinserindo no mercado sob qualquer pretexto**. Observe-se que o fato de exercer atividade lucrativa

que depende da energia elétrica não suprime da parte a condição de consumidora, visto que – **em relação ao produto ou serviço comercializado pela Apelante – há evidente vulnerabilidade da Autora**, empresa atuante em ramo diverso. Em casos que tais, doutrina e jurisprudência atuais convergem para o abrandamento da doutrina finalista, utilizando-a de forma subjetiva que permita a aferição do caso concreto. Vejamos:

Lição de Claudia Lima Marques:

*“(…) É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; **provada a vulnerabilidade**, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Assim, por exemplo, um automóvel pode servir para prestar os serviços da pequena empresa, comprado ou em leasing, mas também é o automóvel privado do consumidor. Ou, de forma semelhante ao caso francês do sistema de alarme, **uma empresa de alimentos contrata serviços de informática, que não serão usados em sua linha de “produção” a não ser indiretamente**, e a jurisprudência tende a considerar estes usuários mistos, ou consumidores finais diretos, como consumidores, uma vez que a interpretação da dúvida sobre a destinação final e sobre sua caracterização é resolvida, de acordo com os art. 4º, I e 47 do próprio CDC, a favor do consumidor. **Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.**”¹⁴ (grifei)*

Julgado atualíssimo do STJ:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO DE TARIFA PELAS PORTARIAS DO DNAEE 38/86 E 45/86. ILEGALIDADE. CONSUMIDOR INDUSTRIAL. CONGELAMENTO DE PREÇOS PELO “PLANO CRUZADO”. ARTIGO 359 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO AUTORA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Ressente-se o recurso especial do devido prequestionamento no que tange ao art. 359 do CPC, já que sobre tal dispositivo (e a tese a ele vinculada - impossibilidade de aplicação de multa cominatória em obrigação de exibição de documento) não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, sendo que os embargos de declaração opostos na origem não buscaram sanar tal vício de integração. Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte tem abrandado o conceito finalista de consumidor adotado pela legislação consumerista (destinatário final e econômico), para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a sua vulnerabilidade frente a outra parte. Precedentes: AgRg no Ag 1.316.667/RO, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJRS), Terceira Turma, DJe 11/03/2011; REsp 1.010.834/GO, Rel. Min. Nancy Andri-ghi, Terceira Turma, DJe 13/10/2010; RMS 27.541/TO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2011; REsp 1.084.291/RS, Rel. Min. Massamin Uyeda, Terceira Turma, DJe 04/08/2009; REsp 913.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Mar-

14 MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.

ques, Segunda Turma, DJe 16/09/2008; REsp 476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 09/05/2005).

3. Sendo assim, considerando que as pessoas jurídicas industriais, únicas afetadas pelas portarias impugnadas, podem ser enquadradas como consumidores e que, como bem assestou a instância de origem, é “**inequívoca a vulnerabilidade dos usuários industriais de energia elétrica do Estado do Sergipe**” frente às concessionárias de tal serviço (fls. 600), não há que se falar em ilegitimidade da Associação dos Consumidores para representá-los em juízo.

4. (...)

5. (...)

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido.

(REsp 1321501/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 23/04/2014)” (grifei).

Caracterizada e reconhecida a incidência do CDC, tem-se como dotada de juridicidade a sentença hostilizada. Nesse passo, de se considerar que se trata de fornecimento de serviço essencial, que, por sua própria natureza, exige continuidade (artigo 22, CDC). A alegação de que há previsão de oscilações **não pode albergar interrupções importantes e prolongadas como aquelas demonstradas nos autos**. A respeito, o laudo pericial de f. 112/118 elucida a questão **apontando as falhas no serviço prestado pela Apelante e indicando solução**. Igualmente, vê-se que a Empresa foi avisada e providências foram solicitadas sem sucesso (f. 43/44).

Não foi outra a conclusão da nova perícia (f. 358/366), **vez que ali se confirmou que os cabos de alimentação da rede não eram adequados**, assim como os conectores, isoladores e demais componentes estariam desgastados. Os elementos trazidos aos autos, portanto, corroboram as afirmações autorais de quedas constantes de energia em detrimento do usuário adimplente.

De outro norte, antes de iniciar o fornecimento da energia a **Apelante exige a apresentação de projeto que lhe deve ser submetido**. Dentro desse contexto, depois da aprovação e da efetivação do contrato – com recebimento das contraprestações devidas – não pode a fornecedora transferir o risco da sua atividade ao consumidor, **exigindo que este mantenha fonte alternativa às suas expensas**. As oscilações naturais do serviço devem ser assimiladas pelo usuário, que, ao seu critério, pode manter fonte subsidiária para suprimento. Contudo, nos autos se caracterizou falha na prestação do serviço com interrupções contundentes e importantes de responsabilidade do fornecedor, que – frise-se – **tem o ônus de provar a existências dos fatores de desoneração**, hipótese ausente nos autos.

Nesse passo, vê-se que há comunicados comprovadamente recebidos pela Apelante, dando conta de várias interrupções e de **prejuízos que foram corroborados pela ADAB** (f. 43 e seguintes). A perícia e os documentos apresentados pela Autora não foram impugnados na contestação (f. 155/165) e muito menos no Agravo (f. 208/220).

No que tange aos depoimentos, **neles nada existe que contrarie o quanto concluído na sentença**. Destacar trechos específicos em que a testemunha afirma não saber ou indica números divergentes não desautoriza o **juízo de valor que se alicerça na totalidade das provas produzidas nos autos**, aí incluídos os laudos periciais, os documentos e os depoimentos testemunhais. Do corejo probatório integral se extrai claramente a falha na prestação do serviço e seu nexos causal direito com o resultado lesivo suportado pela parte autora. Merecida, pois, a subsistência da sentença neste ponto.

Os lucros cessantes de fato não foram acolhidos pelo julgador de piso e a sentença merece alteração para que tal conclusão passe a constar de usa parte dispositiva.

A obrigação de fazer é tida pela Recorrente como inexequível. Nada mais distante da verdade. Com efeito, tanto na liminar quanto na sentença, **nada mais se fez que determinar a**

adequação da rede nos moldes dos laudos periciais presentes nos autos.

Vê-se da primeira manifestação do *expert* (f. 117) que foram constatadas falhas no serviço e indicadas soluções. Não foram apresentados quesitos, visto que aquela aferição foi determinada exclusivamente pelo juízo para amparar liminar a ser analisada *inaudita altera partes* e, portanto, **não impunha contraditório**. Ademais, **já ciente do resultado da perícia**, a Apelante Agravou e contestou o feito e não impugnou o ato ou a nomeação, **caracterizando a preclusão**. Por fim, toda a matéria foi discutida no curso do feito e realizada nova perícia com participação dos litigantes, afastando, também sob o prisma da inexistência de prejuízo, qualquer eventual nulidade.

No que tange à nova perícia, há indicação de problemas e soluções para adequação do serviço. Observe-se que eventuais questionamentos das instalações internas da Apelada, **se ocorridos posteriormente à aferição e liberação da Fornecedor para entrega do serviço**, não podem onerar a Recorrente. Contudo, para que esta se beneficiasse de tal possibilidade, **haveria de comprovar o cumprimento da decisão judicial que lhe impôs adequação do serviço**. Nesse mister, a petição que informa a implementação de “*diversas medidas na unidade da autora, de modo a amenizar a possibilidade de interrupções do serviço, a exemplo de poda de árvores ao longo de todo o alimentador e alteração da sensibilidade do religador...*” (f. 331, grifos do original), apenas demonstra o conhecimento do resultado da perícia e da deficiência do serviço, **mas não atesta o cumprimento da liminar**, ao menos de forma integral.

Frise-se que **inexiste ordem de construção de alimentador exclusivo para a Autora**, como equivocadamente afirma a Apelante. De fato, houve a indicação de que a rede conhecida como Alimentador 01Y6 deveria ser reestruturada par que pudesse atender a Apelada dentro das normas de segurança e qualidade da ABTN e da própria Coelba. Para tanto, foram sugeridas a reavaliação do Regulador de Tensão para ajustá-lo ao nível admissível de queda de energia ou aumento de carga na rede (veja-se que não se fala em impossibilidade de variações). Também sugerido um recondutoramento do Alimentador 01Y6 com redimensionamento e troca dos cabos de alimentação e, **só na eventualidade de não ser feito o redimensionamento, foi sugerida a construção de nova rede de distribuição, ainda assim sem qualquer alusão a um direcionamento exclusivo à Apelada**.

De se concluir, portanto, que não foi determinada pura e simplesmente construção de rede exclusiva. Muito distante disso, sempre pautado em garantir padrão de segurança adequado e fornecimento de acordo com as normas técnicas vigentes (f. 117/118), **foram sugeridas diversas medidas complementares ou alternativas**. A sentença ratificou a liminar e se fundamentou ainda no segundo laudo pericial que, de resto, em nada contrariou o primeiro, visto que ambos foram produzidos com base nos problemas relatados na inicial. Descabida, assim, a justificativa de inexequibilidade para o descumprimento da ordem judicial.

Ainda no que toca à questão pericial, tem-se que os quesitos elaborados pela Apelante foram corretamente respondidos pelo *Expert*, **indicando que deveriam ser apresentados à parte Autora**, visto que de fato indagavam sobre questões subjetivas de conhecimento e postura da Acionante sobre os fatos controversos.

O cumprimento da ordem resta, pois, consignado de duas formas **igualmente voltadas à adequação do fornecimento dos serviços**. O fato de ter assentado a sentença nos moldes do laudo f. 359 não suprime a constatação de que a ordem é de adequação da rede, tanto na liminar, quanto na sentença. Assim, o cumprimento da obrigação **se dará com a comprovação de que o problema foi resolvido**, pouco importando perquirir se a partir das sugestões do primeiro laudo ou da adoção das medidas indicadas no segundo, visto que a essência da prestação jurisdicional **foi garantir a qualidade do serviço prestado, dentro nas normas pertinentes**. Fatores externos não controláveis pelas partes não foram desconsiderados, pois previstos na própria legislação consumerista, mas foram corretamente apontados como improvados (f. 552) e assim, **impassíveis**

de desonerar a responsabilidade da Fornecedora. O único requisito realmente modificado na sentença, e que deve ser considerado no momento da execução, foi a alteração do prazo que, a partir da sentença, passa a ser de noventa dias e não mais os trinta fixados para o cumprimento da liminar.

A multa não há de ser modificada neste momento processual, visto que se presta a garantir eficácia da decisão judicial e sua alteração posterior demanda reconhecimento de excessividade ou insuficiência.

Nos autos, percebe-se que a Acionada **havia sido notificada dos problemas antes mesmo do ajuizamento e não os resolveu.** Depois de ciente da liminar também não a cumpriu, albergando-se em uma inexistente impossibilidade material. Ademais, após ter o seu agravo convertido em retido, **não fez a prova do cumprimento ou sequer pediu dilação do prazo.** Por fim, ainda reconheceu a deficiência do serviço, visto que indicou a realização de alterações na rede com o intuito de minimizar as interrupções. Desse modo, patente o descumprimento e, como não demonstrado até aqui sequer o efeito intimidativo da multa, incoerente seria sua redução neste momento. Frisa-se, por oportuno, que a multa pode ser revista a qualquer tempo e nada veda que a Apelante evidencie ao juízo que cumpriu total ou parcialmente a ordem, de modo a tentar suprimir ou reduzir a *astreinte*. Nos elementos até então presentes nos autos, contudo, nada há que revele a alegada excessividade.

Igualmente se diz em relação à suposta inércia da parte Autora. A respeito, vê-se que a Apelante se manteve denunciando o descumprimento, inclusive com pedido de execução da multa e sua ação guarda coerência em todo o *iter* do processo. Não há, pois, cabimento da indicação de *supressio* e, também por esse prisma, merece manutenção a sentença.

A possibilidade de execução provisória da multa perde importância após a prolação da sentença, bem como do presente Acórdão, visto que apenas eventual recebimento de recurso com efeito suspensivo poderá, no trâmite seguinte, sustar os efeitos da sentença naquilo que for confirmado por esta instância recursal.

A reparação material foi corretamente fixada de acordo com as apreensões comprovadas e o valor não refutado de forma eficaz.

Os danos morais, por sua vez, emergem da constatação do fato lesivo, a presença do nexo causal e o resultado suportado pela parte. A quantificação deve levar em conta o porte econômico da causadora, visto que há de ser sentida de forma eficaz, pena de perda do poder pedagógico/dissuasório.

A vítima da lesão deve ter também o seu porte aferido, não para lhe vedar aumento patrimonial, visto que este decorre naturalmente da eficácia da condenação, mas para que este acréscimo seja adequado à compensação pelo dissabor enfrentado, não representando uma esmola indigna nem se mostrando como resultado desejado – não mais como reparação, mas como fonte de enriquecimento. A adequação de admoestação pedagógica e compensação justa é, pois, o que se busca na fixação do valor indenizatório por ofensa não patrimonial. Que este montante não se converta em fonte ilegítima de exacerbado enriquecimento de um e/ou ruína de outro é o desafio.

Ao que se extrai dos autos, cremos ser possível uma adequação, visto que **a imagem da Apelada foi afetada**, mas não há indicativo de tenha sido comprometida de forma extrema. O desgaste comprovadamente sofrido, porém, **justifica uma condenação eficaz**, visto que de fato há uma evidente frustração de quem zela por sua posição no mercado. Nesse contexto, considerando como **importante** o dano resultante da perda das mercadorias e consequente abalo da credibilidade da Autora, mas **também** considerando que **não há indícios de que tenha se expandido amplamente uma imagem de empresa descompromissada com a qualidade**, tenho como razoável reduzir o montante indenizatório para, aproximando-o mais da realidade dos autos, fixar em R\$150.000,00 a indenização.

Por fim, a redução do valor condenatório não compromete o pedido que se mantém acolhido em relação à intenção reparatória. Do mesmo modo, o não acolhimento do pleito relacionado aos lucros cessantes e a diferença da reparação material **não altera a sucumbência substancial da Demandada**, visto que o pleito autoral foi majoritariamente acolhido, com a imposição da adequação do serviço e reparações de ordem material e moral. Perfeitamente incidente, pois, a regra do parágrafo único do artigo 21 do CPC.

Posta assim a questão, voto pelo acolhimento parcial do Recurso para fazer constar da sentença a improcedência do pleito alusivo aos lucros cessantes e reduzir a condenação dor dano moral para R\$150.000,00, mantendo nos demais termos a sentença hostilizada.

TJBA – Apelação Cível n.º n.º 0013040-74.2009.8.05.0113, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Marcia Borges Faria, julgado em 16.04.2013

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. DANOS MORAIS. ENTIDADE HOSPITALAR. FALSO RESULTADO DE HIV POSITIVO. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME CONFIRMATÓRIO. ILEGALIDADE MANIFESTA. DESATENDIMENTO A NORMAS PADRÃO E PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. SUBMISSÃO DA AUTORA A INTENSO E AGRESSIVO TRATAMENTO POR QUASE UM ANO. GRAVES VIOLAÇÕES À ESFERA SUBJETIVA DA APELADA. ATO ILÍCITO QUE OCASIONOU EFEITOS DEVASTADORES PERANTE O SEIO FAMILIAR E SOCIAL, DESAGUANDO, ENTRE OUTRAS COISAS, NO DESFAZIMENTO DE VÍNCULO MATRIMONIAL. PREJUÍZOS SOBEJAMENTE DEMONSTRADOS. PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL UNÍSSONAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14 DO CDC. VALOR INDENIZATÓRIO. CARÁTER EXCESSIVO. INEXISTÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Primeiramente, registre-se que a natureza da relação jurídica havida entre as partes converge para a inequívoca aplicação do Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se, nesse desiderato, a Apelante na condição de fornecedora de produtos e/ou serviços, e a Recorrida como sua destinatária-final no âmbito fático e econômico. Nessa linha de raciocínio, as balizas que remontam à questão da responsabilidade civil devem se assentar de modo desentrelaçado da aferição de culpa, posto se tratar, como dito, de relação de consumo cujo eventual dever indenizatório é corroborado mediante a comprovação do dano e do respectivo nexo causal, tornando despicienda prova de conduta culposa por parte do ofensor.

2. A par da sobredita inversão do *onus probandi*, os elementos encartados aos autos, demonstram, à saciedade, a ausência de respeito aos mais basilares preceitos éticos, legais e profissionais por parte da entidade hospitalar e seus prepostos, mormente quando expuseram a Recorrida ao exercício negligente, verdadeiramente irresponsável, do atendimento médico que lhe fora endereçado.

3. São incalculáveis as agruras as quais submeteu-se a Autora diante do falso

resultado positivo de HIV que lhe fora atribuído pelo Hospital recorrente, impondo-a verdadeiro suplício consubstanciado no tratamento composto por altas doses das mais variadas drogas utilizadas no combate ao vírus da AIDS, por quase um ano; na angústia de imaginar que sua prole também estaria contaminada por quão grave patologia; na perda do seu companheiro, que, acreditando também ser vítima do vírus em razão de suposta traição, abandonou o lar depois de 5 (cinco) anos de relacionamento conjugal; além da vergonha de estar estigmatizada diante de toda uma comunidade no interior baiano, sendo objeto de preconceito e outros percalços, sem falar, é claro, no medo de ter a vida precocemente ceifada diante do suplício que, inevitavelmente, acomete a mente daqueles que se deparam com notícias tão devastadoras.

4. Diante de todo o contexto, merecem ser rechaçadas, a não mais poder, as frágeis premissas argumentativas empreendidas pelo Apelante na vã tentativa de fulminar a pretensão indenizatória objeto da lide, bem como no desiderato de reduzir o *quantum* indenizatório arbitrado pelo magistrado sentenciante. In casu, são irretorquíveis as assertivas sentenciasais que lograram depurar de forma escorreita a situação espelhada na inicial, fundamentando-se no arcabouço probatório produzido com o esmero necessário ao desate da controvérsia, que, por envolver matérias de ordem tão complexas, impescindem de um olhar sensível e apurado por parte do juiz que preside o feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0013040-74.2009.8.05.0001**, em que é Apelante Santa Casa de Misericórdia de Itabuna e Apelado Erundina Mara Faustino dos Santos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao apelo**, nos termos das razões a seguir expendidas.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença proferida pelo juiz de piso, acrescentando que se trata de Apelação Cível interposta contra a sobredita decisão primeva, que, acolhendo as postulações formuladas na inicial, acabou por julgar procedente o pedido para fim de condenar “[...] a ré a pagar à Autora R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), a título de indenização por danos morais, valor sobre o qual deve incidir correção monetária pelo INPC e juro de mora de 1% ao mês devido a partir da citação. Condene, ainda, a ré a pagar honorários de sucumbência de 20% sobre o valor da condenação, bem como arcar com as custas processuais, ante o indeferimento da justiça gratuita”.

Afirma o Apelante acerca do caráter insubsistente do *decisum* fustigado, tanto mais porquanto inexistira qualquer ilícito na sua conduta apta a lastrear a condenação impugnada, sobretudo porque não pode ser responsabilizada pelo falso resultado positivo para HIV endereçado à Apelada, em razão de que seu diagnóstico não fora conclusivo.

Prossegue aduzindo que cumpriu sua obrigação legal, qual seja encaminhar a Autora aos setores sanitários responsáveis ao tratamento de doentes soropositivos, local em que reputa ser o competente para fim de efetivar novo exame laboratorial, asseverando ainda que qualquer teste similar está sujeito a alterações que influam em seu resultado final.

Aduz que haveria culpa exclusiva da vítima, mormente porque deixara ela de comparecer adequadamente ao sobredito órgão municipal, responsável, segundo alega, pela confirmação do diagnóstico através de exame complementar, pugnando assim pelo conhecimento e provimento do recurso para fim de reformar integralmente a sentença recorrida.

Intimada a apresentar contrarrazões, a Recorrida arguiu preliminar de deserção sob o pálio de que a Apelante, malgrado não tenha sido agraciado com os benefícios da assistência judiciária gratuita, não recolheu as indispensáveis custas recursais. No mérito, reitera sobre a necessidade de que seja mantida a decisão de lavra do juízo de origem, especialmente diante de todo o conjunto probatório quer indica a existência de grave ilicitude de lavra do hospital demandado, tudo a ensejar, segundo dispõe, a legitimidade da condenação supra, inclusive no que pertine ao valor arbitrado pelo juiz de base.

Tempestivos, subiram os autos à Superior Instância, e, distribuídos à Quinta Câmara Cível, coube-me a função de Relatora.

Indeferido o benefício da assistência judiciária gratuita, recolheu, o Recorrente, as custas processuais pertinentes.

Após exame apurado dos autos, submeti-os ao crivo do E. Desembargador Revisor.

VOTO

Antes de se adentrar ao *meritum causae*, indispensável que se consigne algumas premissas que se revelam sobremodo pertinentes à apreciação da controvérsia nesta seara *ad quem*.

Registro que as particularidades que circundam ao derredor da situação tratada nos autos, especialmente a teor da extensão dos danos subjetivos e suas consequências na vida e saúde da Autora, exigiam um certo cuidado na direção do processo por parte do magistrado que presidia o feito, necessidade esta que, *in casu*, verifico ter sido observada à saciedade.

Nesta senda, é de se consignar que raras vezes esta julgadora se deparou com um caderno processual tão bem instruído, denotando, por parte do i. juiz monocrático, extremo zelo na condução dos trabalhos e a sensibilidade indispensável à resolução de controvérsias que, a par de representarem mais um entre os milhares dos feitos que tramitam nesta jurisdição, traduzem-se em verdadeiros instrumentos utilizados como forma de recompor a dignidade aviltada, em atos cuja repercussão transcendem a mera dimensão jurídica, tornando-se, em verdade, máculas à própria integridade moral do sujeito.

Feitas tais ponderações, é de se ressaltar que a natureza da relação jurídica havida entre as partes converge para a inequívoca aplicação do Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se, nesse desiderato, a Apelante na condição de fornecedora de produtos e/ou serviços, e a Recorrida como sua destinatária-final no âmbito fático e econômico.

Nessa linha de raciocínio, as balizas que remontam à questão da responsabilidade civil devem se assentar de modo desentrelaçado da aferição de culpa, posto se tratar, como dito, de relação de consumo cujo eventual dever indenizatório é corroborado mediante a comprovação do dano e do respectivo nexos causal, tornando despicenda prova de conduta culposa por parte do ofensor.

Neste espeque, na situação versada nos autos, embora o sistema normativo de regência dispense, nos termos do quanto alhures aventado, comprovação efetiva da culpa da Apelante, sua desídia, negligência e falta de profissionalismo se revelam latentes, a teor, inclusive, dos elementos probantes encartados aos fólios.

De fato, após comparecer ao setor emergencial do estabelecimento hospitalar réu, fora a Autora atendida pelos profissionais médicos respectivos, oportunidade em que submeteram-na,

consoante procedimento padrão, a diversos exames de rotina, dentre eles o teste rápido para HIV, cujo resultado deu positivo.

Com efeito, tendo se verificado, *a posteriori*, que a Apelada necessitava de cuidados mais específicos, fora ela encaminhada ao internamento, tendo sido, ato contínuo, informada pelos médicos de que era portadora do vírus da AIDS, permanecendo naquele nosocômio por cerca de 25 dias.

Assim é que, de logo, infere-se a não observância, pelo Recorrente, de mais basilar das regras que informam a conduta dos profissionais de saúde no País, qual seja a impossibilidade de proceder à divulgação ao paciente de resultado positivo para HIV, antes de realizar outro exame para confirmar o diagnóstico, consoante impõe não somente a praxe, mas, sobretudo, a Portaria nº 59/2003 do Ministério da Saúde, posteriormente ratificada através da SVS/MS nº 515 do referido órgão federal.

Sobre a questão, pela proficuidade com a qual analisou o tema, transcreve-se trecho da decisão de lavra do i. sentenciante, nos seguintes termos:

“[...] Restou comprovado que a ré não procedeu à necessária realização da contraprova para confirmar o resultado positivo para vírus de HIV obtido com o primeiro teste realizado. Ressalte-se, desde já, que a instituição conta com laboratório responsável, inclusive, pela realização do exame a que se submeteu a autora.

A demandada limitou-se a realizar o exame preliminar – teste rápido – reconhecido pela própria ré como sujeito a muitas falhas. Com efeito, a demandada estava obrigada a realizar a contraprova, conforme determina a Portaria SVS/MS nº 515, de 14 de outubro de 2009, trazida aos autos pela própria demandada (fls. 53/63)

Ali se lê que no item 2.3. que:

Caso o resultado do teste rápido seja positivo na Etapa I, uma nova amostra deverá ser coletada imediatamente, para realização da Etapa II desta portaria (fl. 56)

Vê-se claramente que a ré estava obrigada – ela própria – a coletar imediatamente nova amostra para realização de outro teste mais completo que eventualmente confirmasse o resultado positivo obtido pelo teste rápido.

[...]

Ressalte-se que a ré estava proibida de liberar resultado do teste rápido enquanto não procedesse à contraprova após imediata coleta de nova amostra. É que se extrai do item 3.1.1. da portaria que disciplina que:

Para interpretação e liberação do laudo, deverão ser analisados, conjuntamente, os resultados obtidos nos testes das Etapas I e II [...] (fl. 56)”

A equivocidade dos trâmites ambulatoriais levados a efeito no bojo do atendimento prestado à Recorrida também pode ser aferida pelos depoimentos das próprias testemunhas trazidas pela Ré, médicos que atuam na área. Nesse sentido, colhe-se do depoimento do Dr. Antônio Carlos Costa Lisboa, também transcrito na sentença, o seguinte:

“Que existem normas que obrigam o Hospital a solicitar outros exames em caso de suspeita de HIV antes de liberar o exame para o paciente; que realizado um exame que deu positivo para HIV, o hospital é obrigado a solicitar o exame western-blot antes de comunicar ao paciente a confirmação de que o mesmo é portador do HIV; que esta é a norma mas que nem sempre é seguida; [...] que se o paciente se nega a fazer o western-blot o laboratório não pode liberar o primeiro exame [...] que o laboratório tem a obrigação de fazer

contraprova; que a Santa Casa possui laboratório, que este laboratório da Santa Casa faz o teste Elisa [...]” (fls.343/344)

Em reforço, o relato da médica Gabriella Lins Guimarães Guirra de Carvalho é firme no sentido de definir as condutas que devem ser observadas pelas entidades ambulatoriais em casos tais:

Em alguns casos a notificação compulsória é realizado mesmo sem confirmação diagnóstica, como ocorre nos casos de Dengue; que, no entanto, em casos de AIDS não basta o resultado do teste rápido para que se encaminhe a notificação compulsória a Vigilância Epidemiológica Municipal; que nos casos de Aids é necessário realizar um segundo teste, mais preciso, após o qual, caso confirme o resultado positivo do teste rápido, deverá ser realizada a comunicação à Vigilância Epidemiológica Municipal [...]”

Diante do panorama retrodelineado, não há como deixar de constatar a negligência que pautou toda atuação do nosocômio requerido, a ensejar, nesta perspectiva, a rejeição da justificativa de que seria obrigação do órgão municipal sanitário a elaboração do sobredito exame confirmatório, o que imputaria assim, segundo aduz, culpa exclusiva da Autora, em virtude de não ter ali comparecido no desiderato de dar vazão à ratificação do diagnóstico já exteriorizado.

In casu, o que se evidencia é a falta de mínimo cuidado para com a paciente, pessoa que se encontrava vulnerável por seu delicado estado de saúde, fato que chama ainda mais a atenção em se tratando de assunto com tal grau de delicadeza, a refletir, de forma incontestável, a falta de zelo como traço indiscutível da atuação de todos os profissionais que a cercaram durante o atendimento médico.

Para arrematar o assunto, às fls. 139 do caderno processual encontra-se declaração da própria ré informando que não realizou o exame de verificação do resultado por não ter tido *“tempo hábil para segunda amostragem devido a paciente ter alta hospitalar”*, reconhecendo, pois, de maneira incontroversa, a aludida omissão danosa.

Isto posto, devidamente ratificada a ilicitude e sua origem através dos atos engendrados pelo Apelante, imperioso aferir os reflexos destes fatos na vida da Autora e dos seus familiares.

Embora a dimensão de todo o prejuízo esteja longe de ser fielmente reproduzida através dos papéis e letras frias que compõem um processo judicial, é possível vislumbrar, ainda que de forma presumida, os nefastos reflexos advindos do diagnóstico e dos sucessivos atos que se desencadearam a partir da desastrosa atuação do nosocômio requerido, mediante o simples manuseio dos fôlios ora em exame.

Nesta seara, são verdadeiramente incalculáveis as agruras as quais se submeteu a Autora diante do falso resultado positivo de HIV que lhe fora atribuído pelo Hospital réu, impondo-lhe verdadeiro suplício consubstanciado no tratamento composto por altas doses das mais variadas drogas utilizadas no combate ao vírus da AIDS, por quase um ano; na angústia de imaginar que sua prole também estaria contaminada por quão grave patologia; na perda do seu companheiro, que, acreditando também ser vítima do vírus em razão de suposta traição, abandonou o lar depois de 5 (cinco) anos de relacionamento conjugal; além da vergonha de estar estigmatizada diante de toda uma comunidade no interior baiano, sendo objeto de preconceito e outros percalços, sem falar, é claro, no medo de ter a vida precocemente ceifada diante do suplício que, inevitavelmente, acomete a mente daqueles que se deparam com notícias tão devastadoras.

A Aids, síndrome viral que atinge o sistema imunológico, é muito mais do que uma patologia de cunho incurável; é, sobretudo, e infelizmente, um estigma social de grande proporção; moléstia que, à vista daqueles que não dispõe de uma consciência social e humana condigna, ocasiona todos os tipos de preconceitos, frutos, de certo, de uma mentalidade verdadeiramente

hipócrita e desatrelada de noções mínimas do sentimento de respeito, compaixão e dignidade.

Nessa linha de entendimento, os estilhaços que submergiram do deplorável panorama em voga estão sobrejamente retratados, instando recorrer-se, uma vez mais, aos depoimentos prestados em juízo para fim de aferição do mau ocasionado à Recorrida. José Domingos do Nascimento, ex-companheiro da Autora, em pronunciamento digno de apreciação, embora ouvido na condição de informante, assim se manifestou sobre os fatos:

“Que quando a autora foi internada ainda convivía com a mesma; que a autora caiu doente, foi até o Hospital Calisto e lá ficou sabendo que era soro positiva; que ele próprio, informante, fez o teste e deu negativo; que por conta disso pensou que poderia a autora o ter traído; que os filhos fizeram teste cujo resultado também deu negativo; que por conta desta situação acabou se separando da autora; que depois que saiu do hospital a autora caiu em depressão [...] que a autora passou por muitos constrangimentos por conta do ocorrido; que na vizinhança as pessoas não queriam nem chegar perto nem falar com a autora; que ele, próprio, informante, sentiu-se constrangido no trabalho [...]”. (fls. 322)

De igual forma, outra testemunha ratifica a fragilidade do estado emocional da Apelada em razão da situação fática em exame, bem como os constrangimentos a ela imputados, *in verbis*:

“Que a autora estava muito agitada, vez que havia sido diagnosticada que era soro positivo para o teste de HIV; [...] que depois que foi internada no hospital Calisto a autora não foi mais uma pessoa normal; que a autora chegou a querer se matar; que a mesma se recusava a tomar os fortes remédios contra AIDS, sendo que chegou a esconder o medicamento, bem como, chegou a mordê-la para não tomar o remédio; que quando a autora parou de tomar o remédio melhorou sua saúde; [...] que as pessoas a alertavam, que ela testemunha, iria pegar AIDS, pois tocava na autora; que a autora, sua mãe, sua irmã e seus filhos até hoje são discriminados pelo que ocorreu [...]”

É dizer, sem qualquer hesitação, que não se podem mensurar os efeitos dos fatos acima elencados na vida de uma pessoa, levando-se em consideração toda a fragilidade inerente à própria condição humana e que as marcas de episódios como tais, infelizmente, costumam se perenizar por toda a existência do indivíduo.

De outro tanto, o sofrimento experimentado pela Demandante está cristalizado também, como dito, na sua submissão, por quase um ano, às altas dosagens de substâncias em razão do tratamento da suposta moléstia que lhe acometia, que, como cediço, se perfaz através de um coquetel de medicamentos que acabavam por fragilizar ainda mais seu estado emocional e físico, mormente porque afetavam um sistema imunológico que se encontrava, em verdade, saudável.

Registre-se, ademais, que o início da desastrada terapia se dera ainda quando do internamento emergencial que acarretou a feitura do exame defeituoso, mediante a ministração de antivirais utilizados no tratamento do HIV – fato corroborado pelos depoimentos testemunhais –, panorama que reitera a falha na prestação dos serviços médicos e robustece sobremaneira os danos vindicados através da presente.

Sobreleve-se, por oportuno, que, além de ser a Demandante pessoa de pouca instrução formal - realidade que impõe que se observe ter ela alguma limitação até mesmo para efeito de contestar ou investigar a correição do resultado laboratorial a si escancarado –, encontrava-se em devastador estado de saúde mental, até mesmo em face dos novos contornos que se delineavam, de modo que tais traços devem ser levados em consideração para efeito de contextualização da cadeia de episódios que se sucederam.

Diz ainda a Apelante, no sentido de tentar se escusar de suas responsabilidades legais – e, por que não dizer, morais –, que a falta de equilíbrio da Demandante remonta à período anterior aos

fatos objeto da lide, sob o pálio de que seria ela, inclusive, usuária de entorpecentes. Neste passo, desimportante é, para fim de desate da controvérsia, a discussão acerca de ser ou não a Autora usuária de drogas, notadamente porque, como bem salientado pelo juiz de piso, mesmo que verdadeira esta premissa, é certo que tais pessoas se revelam ainda mais susceptíveis ao desequilíbrio em face de situações extremas, a merecer, ato contínuo, um tratamento mais bem elaborado, de forma a não recrudesce o estado emocional já tão desguarnecido.

Destaque-se, em reforço ao quanto já explanado, o sentimento de terror que lhe acometeu apenas ao imaginar que seus filhos, crianças ainda em tenra idade, também poderiam estar infligidas pelo vírus da AIDS, sensação esta que está a merecer ojeriza e repúdio de maneira proporcional ao caráter degradante da causa que lhes deram origem.

Diante de todo esse contexto, merecem ser rechaçadas, a não mais poder, as frágeis premissas argumentativas empreendidas pelo Apelante na vã tentativa de fulminar a pretensão indenizatória objeto da lide, bem como no desiderato de reduzir o *quantum* indenizatório arbitrado pelo magistrado sentenciante.

Com efeito, não se nega que o valor consignado na sentença fustigada representa relevante numerário, até mesmo para estabelecimentos hospitalares como a Recorrente; ocorre que, ao revés, infinitamente superiores foram os danos imputados à Autora, que teve sua vida emocional e sentimental completamente devastada em razão de erro crasso, verdadeiramente amadorístico, levado a efeito pelo Recorrente.

Deste modo, a par da incontroversa subjetividade que reflete a mensuração econômica do valor equivalente ao prejuízo moral discutido em determinado caso concreto, é certo que o julgador deve ponderar, entre outras coisas, sobre a qualidade do atingido e capacidade financeira do ofensor, inibindo futuras incidências sem, no entanto, ocasionar insuportável gravame patrimonial e nem proporcionar enriquecimento ilícito ao lesado. Sobre o tema, insta destacar:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso. (STJ - REsp 203.755-0 - Rel. Sálvio de Figueiredo - DJU 27.04.1999, Bol. STJ 10/26 e RSTJ 1121/409)

No caso sob apreciação, forçoso reconhecer, inclusive, que, longe de se afigurar excessivo, o montante estabelecido se revela diminuto, em face, como dito, das repercussões do ilícito no contexto familiar e social da Apelada.

Em suma, são irretorquíveis as assertivas sentenciasais que lograram depurar de forma escorreita a situação espelhada na inicial, fundamentando-se no arcabouço probatório produzido com o esmero necessário ao desate da controvérsia, que, por envolver matérias de ordem tão complexa, impescindem de um olhar sensível e apurado por parte do juiz que preside o feito.

Feitas todas essas considerações, e em atenção às particularidades ao derredor do mérito tratado nestes autos, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, para manter íntegra a sentença recorrida nos termos em que prolatada.

TJBA – Apelação Cível n.º 0001450-96.2010.8.05.0103, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Olegário Monção Caldas, julgado em 17.12.2013

APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA ENVOLVENDO O NOME DO RECORRENTE ADVOGADO DE UM DOS ACUSADOS. CRIME DE FRAUDE SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA QUANTO AOS DANOS MORAIS. EFETIVAÇÃO DA LESÃO COM A PUBLICAÇÃO DA NOTÍCIA (26.05.2004). AÇÃO INTERPOSTA EM 10.02.2010. EXEGESE DO ART. 206, § 3º, INCISO V DO CÓDIGO CIVIL.

SENTENÇA QUE DETERMINA A RETIRADA DOS SITES QUE VEICULAM A MATÉRIA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. DIREITO AO ESQUECIMENTO.

Em se tratando de matéria veiculada pela internet, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando a matéria for divulgada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. Com a publicação da notícia, em 26.05.2004, inicia-se o prazo prescricional. Assim, no caso dos autos, a ação foi intentada em 10.02.2010, quando já estava prescrito o direito do autor nos termos do art. 206, § 3, do Código Civil. Logo, não há que se falar em indenização por danos morais.

Quanto a Apelação da Empresa Ré, também não merece amparo, tendo em vista que o comando sentencial que determina a retirada dos sites das matérias indicadas pelo Autor não implica acolhimento do pedido de condenação por danos morais. Ademais, verifica-se, in casu, o direito ao esquecimento que pertence a todo cidadão, vez que os serviços indexadores de busca realizam um efeito multiplicador, tornando o alcance global e eterno.

SENTENÇA MANTIDA.

1ª APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

2ª APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001450-96.2010.805.0103**, da Comarca de Ilhéus, em que são apelantes e apelados **NELSON MALINARDI** e **EMPRESA FOLHA DA MANHA S/A**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO À AMBAS APELAÇÕES**, e assim o fazem pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença, fls. 170-180, acresce-se que o Magistrado singular julgou parcialmente procedentes os pedidos da parte autora, determinando a retirada imediata dos sites Folha de São Paulo e da Rádio Guanambi as matérias indicadas pelo Autor, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), e indeferiu o pedido de danos morais, em razão da prescrição da pre-

tensão reparatória. Determinou ainda a distribuição proporcional entre honorários advocatícios e as custas judiciais, sendo que cada litigante foi em parte vencedor e vencido.

Inconformadas, as partes apelam da sentença. O autor Nelson Malinardi sustenta que houve linchamento moral com destruição da sua personalidade ante a veiculação da falsa notícia de que o recorrente era procurado pela polícia por participar de uma quadrilha que matava mendigos para receber seguro de vida. Acrescenta o Apelante que todos os dias, ao colocar seu nome no sítio de busca Google, a informação saía com data da pesquisa, o que fez que a moral do recorrente fosse alvo de comentários na cidade de Ilhéus. Afirma que o número de clientes reduziu-se para 10% e que, como advogado, sua credibilidade é resultado do seu bom nome, de sua reputação e de sua imagem social. Assevera que tomou conhecimento dos fatos na data do ajuizamento da lide, quando soube da inserção de tal informação no site de pesquisa Google e que por isso não há que se falar em prescrição. Requer também que a multa estabelecida na sentença seja aplicada desde a data do evento.

O segundo apelante/demandante sustenta que as informações divulgadas pela ré foram baseadas única e exclusivamente nas declarações do Delegado Evy Paternostro, responsável pelo acompanhamento das investigações, não havendo que se falar em ilicitude na conduta da Ré. Acrescenta que o trecho da matéria considerado ofensivo pelo autor é justamente a reprodução das declarações do próprio Delegado envolvido no caso. Afirma que, no caso dos autos, a pretensão de que as matérias *sub judice* sejam retiradas do site da apelante foi formulada como uma forma de reparação civil à suposta violação aos direitos de personalidade do apelado, devendo ser aplicado o prazo prescricional de três anos. Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 241-212 e 269-279.

Subiram os autos, cabendo-me, por sorteio, a função de Relator.

VOTO

Conhecido dos recursos porque próprios e tempestivos.

1ª APELAÇÃO. NELSON MALINARDI (autor)

O apelo do autor Nelson Malinardi não merece prosperar, posto que as notícias foram divulgadas no site da Folha e da Rádio Guanambi em 25.05.2004, conforme se depreende dos documentos de fls. 101-107, anexados pelo próprio demandante. A publicação da notícia é a data de efetivação da lesão, e, por conseguinte, o termo *a quo* do prazo prescricional, conforme entendimento do Egrégio STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. ADITAMENTO DA INICIAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONTRADITA. SÚMULA Nº 283/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA VEICULADA NA INTERNET. INDENIZAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a decretação de nulidade de atos processuais depende da necessidade de efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada por prevalência do princípio *pas de nullité sans grief*. 2. A ausência de impugnação do fundamento do acórdão recorrido, mormente quanto ao não acolhimento da contradita por ausência de prova de fato impeditivo à oitiva da testemunha, enseja o não conhecimento do recurso, incidindo o enunciado da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal. 3. Em se tratando de matéria veiculada pela internet, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando a matéria for divulgada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. 4. As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da

causa, decidiram pela improcedência do pedido indenizatório, firmes no entendimento de que a matéria publicada era de cunho meramente investigativo, que a alcunha já era utilizada pela mídia e que a notícia veiculada encontrava lastro em matérias já anteriormente publicadas por outros veículos de comunicação, revestindo-se, ainda, de interesse público, sem nenhum sensacionalismo ou intromissão na privacidade do autor, não gerando, portanto, direito à indenização. 5. A desconstituição das conclusões a que chegou o Colegiado *a quo* em relação à ausência de conteúdo ofensivo, como pretendido pelo recorrente, ensejaria incursão no acervo fático da causa, o que, como consabido, é vedado nesta instância especial, nos termos da Súmula nº 7 desta Corte Superior. 6. Recurso especial não provido. (Resp 1330028/DF. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Órgão Julgador T3- Terceira Turma. Data do Julgamento 06.11.2012. Data da Publicação 17.12.2012).

Nos termos do art. 206, § 3º, inciso V do Código Civil, o prazo prescricional em ações reparatórias é de três anos, todavia a presente demanda foi proposta em 10.02.2010, isto é, nove anos após a publicação das notícias na internet.

O Código Civil Pátrio adotou a teoria da “actio nata”, segundo a qual o prazo prescricional passa a correr a partir da efetiva violação do direito que, in casu, seria a data da publicação das notícias. Assim, de fato ocorreu a prescrição como bem decidiu o magistrado singular.

A questão *sub judice* envolve a ponderação de princípios, pois há evidente conflito entre o princípio da liberdade de imprensa, o direito à informação e o direito à intimidade e vida privada. No conflito entre princípios, compete ao Julgador, diante do fato concreto, eleger o valor a ser tutelado. Os direitos da personalidade, também tutelados pela Constituição pátria, constituem limite da liberdade de imprensa, o que não significa censura da imprensa livre, mas estabelece que a liberdade de imprensa é ampla, mas não absoluta nem ilimitada.

Da análise dos autos constata-se que os veículos de comunicação agiram lícitamente, tendo em vista que reproduziram informações que lhes foram repassadas por autoridade policial, o Delegado de Polícia.

Ademais, o autor/apelante não nega que de fato ocorreu a decretação de prisão temporária, somente informa que a medida cautelar mostrou-se desnecessária e que jamais sequer foi denunciado pelo Ministério Público.

Todavia, a questão a ser analisada neste recurso é a prescrição do direito à indenização por dano moral. Com o fundamento supramencionado, o autor ingressou com a ação após decorridos nove anos da ocorrência do fato que ensejaria a requerida indenização. Como o prazo prescricional é de três anos, evidente a ocorrência da prescrição.

Destarte, não assiste razão ao recorrente.

2ª APELAÇÃO. EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A

A irrisignação da ré não merece amparo, pois esbarra justamente no direito ao esquecimento que pertence a todo cidadão, vez que serviços indexadores de busca realizam na verdade um efeito multiplicador, tornando o alcance global e eterno. Registre-se que não se trata de suprimir direitos consagrados como o da comunicação ou da informação, como já decidiu o Egrégio STJ, que reconheceu a possibilidade de retirada de páginas de sites da internet, desde que a pretensão não seja dirigida diretamente em face do provedor de pesquisa, mas em detrimento do responsável pela página.

Portanto, como bem decidiu o magistrado singular, através de um juízo de ponderação entre os valores de liberdade de imprensa e informação e o direito à intimidade, vida privada e esquecimento, os três últimos devem prevalecer. Assim, a retirada das notícias vexatórias é medida que se impõe, já que restou demonstrado que o Autor sequer foi processado pelas acusações

imputadas, não havendo qualquer caráter de utilidade pública nas informações.

Destarte, conclui-se que também não assiste razão ao 2º recorrente.

Por tudo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES, mantendo-se a sentença pelos próprios fundamentos.**

TJBA – Apelação Cível n.º 0055661-49.2000.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago, julgado em 07.04.2015

APELAÇÃO CÍVEL. DUPLA APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMÍCIO REALIZADO PELO ACIONADO. QUEIMA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. AUTOR ATINGIDO POR ROJÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. **TESTEMUNHA DO PRÓPRIO REQUERIDO** QUE AFIRMA O LANÇAMENTOS DOS FOGOS POR INTEGRANTES DO PARTIDO QUE ORGANIZAVA E CUSTEAVA O COMÍCIO. **LESÃO GRAVE COM AMPUTAÇÃO DE DOIS DEDOS DO PÉ ESQUERDO DO AUTOR.** REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA EM PLENA ADOLESCÊNCIA. **LAUDO PERICIAL QUE AFIRMA A DEFORMIDADE IRREVERSÍVEL E A DIFICULDADE PERMANENTE DE DEAMBULAÇÃO.** REPARAÇÃO QUE DEVE COMPENSAR A VÍTIMA E DESESTIMULAR O OFENSOR DE FORMA EFICAZ. MAJORAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO PARA FIXÁ-LO EM R\$80.000,00 (OITENTA MIL REAIS). INEXISTÊNCIA DE PROVA DA REDUÇÃO DE RENDA, LUCROS CESSANTES E DESPESAS DE TRATAMENTO. SENTENÇA MANTIDA NESTE PONTO.

RECURSO DO ACIONADO IMPROVIDO.

RECURSO AUTURAL ACOLHIDO PARCIALMENTE PARA MAJORAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PARA R\$80.000,00

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, visto que o fato ocorreu em comício realizado e patrocinado pelo Réu, ainda que atuasse se valendo de militantes responsáveis pela operacionalização. Tratando-se a legitimidade de uma das condições da ação, há de ser considerada pela pertinência entre o sujeito passivo e o interesse pretendido pelo Autor. Constatado o liame entre os fatos narrados na inicial e a atuação do Acionado, caracterizada a legitimidade passiva deste, sem que isso signifique responsabilização, matéria atinente ao exame meritório.

DA REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

O Julgador de piso afastou o pedido de reparação patrimonial por considerar ausentes provas de dano material. Apesar de atestada a dificuldade de deambulação e a restrição a longas permanências em posição ereta, o fato é que o Autor se apresentou como comerciante em atividade e não trouxe qualquer comprovação de perda ou redução de renda. Igualmente não apresentou despesas de tratamento, levando ao reconhecimento da juridicidade da sentença neste ponto. Frise-se que a alegação pertinente à frustração do sonho de galgar função de Sargento Militar não pode ser considerada como suporte de reparação material, visto que se trata de anseio legítimo em um rapaz de 15

anos, porém desprovido do mínimo elemento apto a caracterizar uma perda concreta de oportunidade decorrente do fato narrado na inicial.

DO DANO MORAL

No campo da reparação extrapatrimonial, porém, não só as frustrações devem ser consideradas, mas também a repercussão psicológica que o aleijão pode causar em um adolescente em fase de formação da personalidade. O depoimento testemunhal que relata o apelido pejorativo de “Pé de bomba” dá conta do desassossego vivenciado pelo Autor na sua vida social.

Assim, considerando a repercussão do fato sobre um jovem de 15 anos para sempre marcado fisicamente, resulta clara a necessidade de adequação do valor reparatório. **A adequação visa desestimular a repetição da conduta** e nem remotamente se aproxima de enriquecer o Autor, na medida em que evidentemente não o dispensará de se manter trabalhando para prover o próprio sustento.

Por outro lado, frise-se que o enriquecimento aqui não existe, mas, **ainda que existisse**, jamais poderia ser considerado ilícito, **visto que resultante da prestação jurisdicional lúdima**. Temerária, logo reprovável, foi a conduta do acionado no uso de fogos de artifício em meio à multidão de adeptos, sem adoção de medidas de segurança e/ou treinamento do pessoal responsável pelo manuseio. A tentativa de se isentar de responsabilidade por não travar relação de subordinação com seus filiados, como analisado no voto condutor, resultou ineficaz, **na medida em que foi o Requerido quem realizou o comício e dele retirou ou objetivou retirar bônus político, sendo-lhe também imputáveis os riscos de sua atuação**, inclusive na utilização conveniente da militância. Desse modo, se do seu atuar resultou dano exponencialmente grave a terceiro que ao local acudiu exclusivamente por conta do evento (e nos autos não há controvérsia a respeito), eventual timidez na fixação condenatória contribui para estimular a repetição da postura, visto que se torna economicamente mais atraente suportar ocasionais indenizações não tão relevantes do que investir com efetividade na qualificação e segurança nos seus eventos públicos.

Assim, entendo pertinente a elevação da reparação extrapatrimonial para, considerando as citadas circunstâncias fáticas, assim como o porte de um dos maiores partidos políticos do Brasil, fixar em R\$80.000,00 (oitenta mil reais) o montante indenizatório.

RECURSO do Réu CONHECIDO E IMPROVIDO.

RECURSO AUTORAL PROVIDO EM PARTE, para fixar em R\$80.000,00 (oitenta mil reais) a reparação extrapatrimonial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0055661-49.2000.805.0001.

Acordam os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, em **dar parcial provimento** ao Recurso Autoral e **negar provimento ao Apelo do Acionado**, nos termos e pelas razões expostos no Voto condutor.

RELATÓRIO

Cuida-se de dupla apelação contra sentença que acolheu parcialmente a pretensão autoral e condenou o Acionado a indenizar o Requerente em R\$50.000,00 por dano moral ocasionado por explosão de fogos de artifício que lhe causou mutilação em dois dedos do pé esquerdo. Adoto o Relatório de f. 443/444 e acrescento que ambos os litigantes recorreram.

O Autor considera comprovada a perda de substancial capacidade laboral, conforme laudo pericial de f. 275/285. Dentro desse contexto, ratifica o pedido de condenação por danos materiais. Eventualmente, roga que o arbitramento leve em consideração o salário mínimo.

No tocante à condenação por dano moral, entende-a insuficiente, visto que sofreu lesão estética que lhe deformou o corpo irreversivelmente aos quinze anos, ocasionando-lhe frustração dos sonhos e vergonha de si mesmo, ante o tratamento jocoso que passou a receber de terceiros. Pugna pela fixação em R\$100.000,00.

O Acionado também recorreu (f. 471/485), agitando preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, considera inexistente nexos causal entre qualquer conduta sua e o resultado sofrido pelo Autor.

Aponta inexistência de dano material, ante a ausência de provas de dano emergente ou lucro cessante.

No tocante ao dano moral, aponta que as chacotas sofridas pelo autor partiram de pessoas de sua convivência, estranhas ao Recorrente. Indica, ainda, que o alegado sonho de ingressar na carreira militar é meramente abstrato e revela apenas um desejo, não havendo prova de que tenha deixado de se concretizar por conta do fato descrito na inicial.

Eventualmente, na hipótese de manutenção do julgado, considera devida a redução do montante condenatório, adequando de forma razoável.

O Autor se manifestou, impugnando as razões recursais do Requerido (f. 494/509), enquanto este não apresentou contrarrazões, conforme certidão de f. 515.

É o Relatório. Encaminhado à Revisão foi solicitada inclusão do feito em pauta.

VOTO

A preliminar de ilegitimidade passiva não merece acolhimento, visto que versa sobre uma das condições da ação e não se vincula ao mérito. Para assentar a legitimidade do Acionado basta que este ostente uma sujeição relacionada à pretensão do Autor. Nos autos, claramente há uma resistência por parte de quem, em tese, deve arcar com a contrapartida obrigacional perquirida pela parte autora. A eventual responsabilização decorrerá de análise meritória e não macula a legitimidade dos titulares dos interesses em conflito. Preliminar rejeitada.

No mérito, o Réu refuta a existência de nexos causal entre ato seu e a lesão sofrida pelo Autor. Nos autos, contudo, a realidade se mostra diversa, na medida em que há prova de que foi realizado comício político organizado pelo Acionado, em cujo desenrolar ocorreu o fato que vitimou o Autor.

A respeito da descrição fática, as testemunhas afirmaram que a organização do ato político partiu do Requerido e nele foram disparados fogos de artifício, sendo que um deles atingiu o Autor. Observe-se que o senhor Antonio Francisco Dias Coelho (testemunha arrolada pelo Acionado e que se apresentou como seu “cabo eleitoral”, f. 415/416) afirmou haver presenciado quando os fogos atingiram a multidão e feriram o Autor. Disse, ainda, que as despesas do comício eram arcadas pelo Réu.

Lado outro, a testemunha José Augusto de Assis (f. 414) indicou que os fogos partiram do lado direito do palanque e foram acesos por pessoas que vestiam a camisa do PMDB. Os dois

únicos depoimentos testemunhais presente nos autos, portanto, corroboram com a causalidade entre a atividade promovida pelo Acionado (comício político com queima de fogos de artifício) e o resultado sofrido pelo Autor (amputação decorrente de um “foguet” que lhe atingiu).

Observe-se, ainda em relação à causalidade, que a contestação não nega a realização do ato político e nem a queima de fogos, optando pela tentativa de isentar o Requerido da responsabilidade, sob a alegação de que havia um clima de histeria coletiva e que não poderia ser responsabilizado por uma bomba que poderia ter sido manuseada pelo próprio Autor. A tese acima, todavia, cai por terra ante os citados depoimentos testemunhais – entre eles aquele produzido pela testemunha arrolada pelo próprio acionado –, que unanimemente atestaram a soltura de fogos a partir do lado direito do palanque, com manuseio de pessoas vestidas com a camisa do partido. Não mais se poderia exigir do Autor a título de prova, sobretudo quando os fatos (realização de comício, queima de fogos de artifício e vitimização do Requerente) não foram negados.

O autor pretende a reforma da sentença na parte que lhe negou reparação material. De logo se pontua que não há qualquer prova relacionada a gastos decorrentes do tratamento, tornando indevida qualquer condenação a tal título.

No que toca à perda da capacidade laboral, embora o laudo pericial indique restrição “ao desenvolvimento de atividades laborais que impliquem trabalho por longo tempo em ortostase ou em deambulação de longas distâncias” (f. 285), vê-se que o Autor se declara comerciante em pleno exercício e nos autos nada há que ateste prejuízo ao desenvolvimento de tal atividade. Por conseguinte, dotada de juridicidade a sentença neste ponto, até porque as alegações pertinentes à repercussão da lesão sobre os sonhos e aspirações profissionais do Autor não são passíveis de reparação patrimonial, ante a absoluta inexistência de comprovação de perda de oportunidade objetiva ou mesmo de redução de renda.

Ao que pertine ao dano moral, tenho como merecida a majoração pretendida. Nesse passo, para fixação da reparação extrapatrimonial, todas as circunstâncias devem ser consideradas na elaboração da decisão e a realidade fática que resulta dos autos é que o Autor sofreu extensa lesão, que lhe decepou dois dedos do pé esquerdo, ocasionando-lhe clara mutilação com repercussão física e psicológica.

Ademais, o infortúnio ocorreu quando o Acionante tinha 15 anos, mostrando-se razoável conceber-se como verossímil sua alegação relativa à repercussão das chacoalhas que sofria, sobretudo por se tratar de idade em que a personalidade se encontra em formação. Observe-se que há comprovação testemunhal de que o Autor passou a ser chamado de “Pé de bomba”.

A par disso, na seara imaterial, a frustração dos sonhos e a exposição do “aleijão” na vida social devem ser consideradas como elementos norteadores da fixação de montante reparatório adequado. O laudo pericial foi enfático ao declarar a presença da deformidade e a dificuldade para deambular, corroborando a afirmação autoral de que anda mancando.

Todos esses aspectos, quando analisados sobre um jovem de 15 anos para sempre marcado fisicamente, indicam a necessidade de adequação do valor reparatório. A adequação **visa desestimular a repetição da conduta** e **nem remotamente se aproxima de enriquecer o Autor, na medida em que claramente não o dispensará de se manter trabalhando para prover o próprio sustento.**

Por outro lado, frise-se que o enriquecimento aqui não existe, mas, **ainda que existisse**, jamais poderia ser considerado ilícito, visto que resultante da prestação jurisdicional lícita. Temeria a conduta do acionado no uso de fogos de artifício em meio à multidão de adeptos, sem adoção de medidas de segurança e/ou treinamento do pessoal responsável pelo manuseio. A tentativa de se isentar de responsabilidade por não travar relação de subordinação com seus filiados, como visto alhures, resultou ineficaz, na medida em que foi o Requerido quem realizou o comício e dele retirou ou objetivou retirar bônus político, sendo-lhe também imputados os riscos de sua atuação, inclusive na utilização conveniente da militância. Desse modo, se do seu atuar

resultou dano exponencialmente grave a terceiro que ao local acudiu exclusivamente por conta do evento (e nos autos não há controvérsia a respeito), eventual timidez na fixação condenatória contribui para estimular a repetição da postura, visto que se torna economicamente mais atraente suportar ocasionais indenizações não tão relevantes do que investir com efetividade na qualificação e segurança nos seus eventos públicos.

Assim, entendo pertinente a elevação da reparação extrapatrimonial para, considerando as citadas circunstâncias fáticas, assim como o porte de um dos maiores partidos políticos do Brasil, fixar em R\$80.000,00 (oitenta mil reais) o montante indenizatório.

Mantida substancialmente a sentença, não há razão para alteração da verba sucumbencial que resta ratificada na forma preconizada na origem.

Posta assim a questão, **VOTO** pelo **IMPROVIMENTO** DO APELO do Acionado e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Autoral, **majorando a condenação por dano moral para R\$80.000,00.**

TJBA – Apelação Cível n.º Apelação n.º 0000728-19.2007.8.05.0022, Câmara Cível do Extremo Oeste, Relator(a): Desª. Lígia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 27.05.2015

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA. PRELIMINARES, PELA APELANTE, DE ILEGITIMIDADE ATIVA E NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADAS. VENDA DE BEM PÚBLICO. NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO SEM A DEVIDA DESAFETAÇÃO. NULIDADE. PRESCRIÇÃO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRAZO PRESCRICIONAL DE PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL DE TRÊS ANOS, PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. INTEGRADA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. Cumprido afastar a preliminar de ilegitimidade ativa, tendo em vista que os Autores demonstraram não só a posse como também a propriedade dos lotes, sendo partes legítimas para defendê-la, incluindo seus acessos. **Rejeitada a preliminar.**

Igualmente rechaçada a preliminar de nulidade da sentença diante da desnecessidade de litisconsórcio passivo com o antigo proprietário do imóvel.

Rejeitada a preliminar.

As ruas são bens de uso comum da coletividade, áreas públicas por destinação e, assim, pertencentes à classe dos bens públicos de uso comum do povo. Por isto, qualquer atentado à posse da coletividade fere o interesse público, sendo impossível agregar ao patrimônio privado a área pública sem a necessária desafetação.

Em se tratando de demanda com fulcro em responsabilidade civil, em que postulam os Autores indenização pelo dano material e moral decorrente de ato ilícito atribuído aos Réus, o prazo prescricional é de três anos, contados da data em que os autores tiveram conhecimento dos danos e da autoria destes, nos termos do art 206, § 3º, V, do Código Civil.

Dado provimento parcial ao Apelo. Integrada a sentença em Reexame Necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000728-19.2007.8.05.0022, de Barreiras/BA, em que são Apelante e Apelado **Sidonia Grevinez Konig e José de Castro Barbosa, Joana Ursula dos Santos e Município de Barreiras**, respectivamente.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Câmara Cível do Extremo Oeste, à unanimidade de votos, **em afastar as preliminares arguidas e DAR PROVIMENTO parcial ao Recurso de Apelação, integrando a sentença em Reexame Necessário**, de acordo com o voto desta relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento Ordinário a movido por **José de Castro Barbosa e Joana Ursula dos Santos Souza Barbosa** em face do **Município de Barreiras e Sidonia Grevinez Konig**, pugnando pela anulação da compra e venda realizada entre os Réus, bem como da escritura pública que a formalizou, além de indenização por danos morais e materiais.

No mais, adoto como próprio o relatório da sentença de fls. 352/359, acrescentando que a Juíza *a quo* julgou procedentes os pedidos para *“a) declarar nulo o negócio jurídico de compra e venda da Rua “C” do Loteamento Maria Percília realizado entre os réus, bem como a Escritura Pública de Compra e Venda encarta às fls. 26/27; b) determinar ao Cartório de Registro de Imóveis desta comarca a baixa a qualquer matrícula acaso aberta para o registro da escritura, pública acima especificada; c) condenar solidariamente as rés a desobstruírem a Rua “C”, retirando dela qualquer construção, entulho ou objeto que obstrua o livre trânsito por ela, sob pena de multa diária a ser fixada para o caso de não cumprimento desde comando judicial; ao pagamento de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) a título de indenização por danos materiais e 50 (cinquenta) salários mínimos a título de indenização por danos morais. Decorrido o prazo para interposição de recurso, com ou sem ele, remetam-se os autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para apreciação conforme determina o inciso primeiro do art. 475 do Código de Processo Civil. Condeno o réu a pagar os honorários advocatícios, que fixo em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Para cumprimento desta, determino a serventia cartorária que oficie ao Cartório de Registro de Imóveis desta comarca e ao Cartório de Notas da comarca de Catolândia-Ba, encaminhando-lhe cópia desta sentença. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”*

Irresignada, a segunda Ré, Sra. Sidônia Grevinez Konig, interpôs Recurso de Apelação, arguindo as preliminares de ilegitimidade ativa e nulidade da sentença em razão do litisconsórcio necessário.

No mérito, alega a prescrição dos danos materiais e morais perseguidos, diante do decurso do prazo de três anos para a propositura da Ação.

Afirma a impossibilidade física de desobstrução da área pública, objeto da presente demanda.

Pugnou pelo provimento do Recurso para reformar a sentença, julgando improcedente a demanda.

Devidamente intimados, os Apelados apresentaram contrarrazões às fls. 434/449, rechaçando as alegações do Apelo.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial do Recurso para retirar a condenação ao pagamento por danos materiais e morais.

Assim, examinados os autos, lancei o presente, encaminhando-os ao Excelentíssimo Desembargador Revisor.

É o relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo, atende aos requisitos formais, devendo ser conhecido.

Primeiramente, cumpre afastar as preliminares levantadas em sede recursal.

Analizando detidamente estes autos, entendo que não merece acolhida a alegação de ilegitimidade ativa suscitada pela Ré. Isto porque é cabível o ajuizamento de Ação com o objetivo de defender o pleno uso e gozo do bem, incluindo os seus acessos, tanto pelo proprietário do bem quanto por seu possuidor.

Igualmente não pode prosperar a preliminar de nulidade diante da necessidade de formação do litisconsórcio.

O contrato de Compra e Venda acostado à fl. 14 é hábil a comprovar a propriedade dos lotes 1, 2 e 3 da Quadra 10, que são acessados pela Rua C, pelos Apelados, assim como a posse dos mesmos restou atestada pela perícia realizada.

Sendo assim, desnecessária a formação do litisconsórcio com o promitente vendedor e antigo possuidor dos lotes.

Rejeito as preliminares.

No mérito, versam os autos sobre a análise da legalidade do contrato de compra e venda firmado entres as Rés, o qual se pretende a anulação.

Primeiramente, impende ressaltar que restou demonstrado nos autos que a área objeto da compra e venda realizada entre os Réus é um bem público, já que se trata de uma rua.

O Laudo Pericial acostado às fls. 116/151 constatou que quando do *“Loteamento Maria Percília, aprovado em 13 de setembro de 1974, pelo Decreto nº 1.089/74, assinado pelo então prefeito Baltazarino Araújo Andrade, existia a Rua C, que confrontava com as quadras nº 8,9,10,11,12 e áreas verdes destinadas ao Município. (...) O Loteamento Maria Percília possuía a Rua “C” que se ligava a Rua Campina Grande à Avenida Aylon Macêdo.”*

Restou claro, assim, que o objeto do contrato entre o Município de Barreiras e a Apelante era de fato uma rua que integrava o projeto original do Loteamento Maria Percília. Ou seja, o Município de Barreiras vendeu um bem público de uso comum, a Rua C, à Sra. Sidonia Grevinez Konig.

O artigo 98 do Código Civil conceitua bens públicos como *“os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”*.

Os bens de uso comum do povo são aqueles que podem ser usados livremente pelo povo, mas sem a necessidade de ser um serviço gratuito e tem como exemplos as ruas, parques, praias, praças e rodovias pedagiadas.

Conforme prescreve o art. 100 do Código Civil, *“os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação na forma que a Lei determinar.”*

Dessa maneira, os bens de uso comum do povo, enquanto destinados ao uso geral do povo, não são suscetíveis de alienação.

Assim, a compra e venda da Rua C, só poderia ser declarada legal se ocorresse prévio processo de desafetação, que exige demonstração de interesse público, prévia avaliação, licitação e, no caso de bem imóvel, prévia legislação.

Esclareça-se que a desafetação se define pela perda da destinação pública de um bem de uso

comum ou de uso especial para caracterizá-lo como bem dominical, visto que somente os bens dominicais podem ser alienados, pois não tem destinação específica.

Ausentes nos autos qualquer comprovação da regularidade ou realização dos procedimentos acima descritos.

Imperioso ressaltar que a Legislação utilizada para fundamentar a alienação do bem público objeto da presente demanda, a Lei Municipal nº 12, de 1986, tratava de doação de terrenos vagos e não de alienação de bem público de uso comum.

Conclui-se, por tudo quanto explicitado, que o negócio jurídico entabulado entre as partes é nulo, como bem declarado na sentença de piso, com fulcro no art. 166, VII, do CC, que prescreve que é nulo o negócio jurídico que *“a lei taxativamente declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”*

No que tange aos danos morais e materiais arbitrados na sentença, cumpre a sua reforma, diante da ocorrência da prescrição.

Conforme alegado na exordial, os Autores/Apelados, tomaram ciência da existência do contrato de compra e venda em 18/07/1996, contudo, a demanda apenas foi proposta em 05/02/2007, ou seja, mais de três anos após a ciência do evento danoso.

Incide, *in casu*, a regra disposta no art. 206, §3º, inciso V, do Código Civil, que prevê o prazo de 3 (três) anos para a pretensão de reparação civil.

Nesse sentido:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO TRIENAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A ação de reparação de danos, decorrente da responsabilidade civil possui prazo prescricional de 03 anos, no caso, contados da ciência do protesto (ato que teria gerado o dano). Assim, tendo os fatos ocorridos em outubro de 2008 e sido esta ação proposta somente em novembro de 2011, tem-se que o direito quanto ao dano moral restou prescrito. Correta, assim, a sentença que pronunciou a prescrição, julgando o feito extinto com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC. Além do mais, a inércia do consumidor, deixando transcorrer tanto tempo, está a demonstrar que a cobrança e protesto não era algo tão importante e potencialmente capaz de gerar intranquilidade ou transtorno quantificável monetariamente. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004134011, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 12/03/2013).

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO. Fatos ocorridos em meados do ano de 1997. Ação distribuída em novembro de 2009. Reconhecimento da prescrição (art. 206, § 3º, V, e 2.028, ambos do novo Código Civil). Sentença mantida. Recurso desprovido.” (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 0042085- 70.2009.8.26.0071, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 15.03.2012, v.u.)

“ACIDENTE DE CONSUMO INDENIZAÇÃO Prescrição Danos morais, materiais e estéticos Sentença que julgou a ação improcedente Hipótese de prescrição da pretensão, nos termos do artigo 27 do CDC Dano de caráter imediato, cujas consequências não modificam o termo inicial da contagem do prazo prescricional Ocorrência da prescrição, inclusive, sob a égide do Direito Comum Prazo prescricional para ajuizamento das ações de reparação civil, quando o fato gerador ocorreu há menos de 10 anos da data de entrada em vigor do novo CC, passa a ser de 3 anos e começa a fluir da data em que teve início sua vigência Art. 206, § 3º, inciso V e 2.028 do novo CC Improcedência da ação Recurso improvido.” (4ª Câmara D. Pri-

vado, Apelação cível nº 0000715-14.2007.8.26.0320, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.02.2011, v.u.).

Assim, a pretensão dos autores no ressarcimento pelos danos morais e materiais, causados pelos réus, está prescrito.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para declarar prescrita a pretensão indenizatória em relação aos danos morais e materiais**, integrando a sentença em reexame necessário.

TJBA – Apelação Cível n.º 0002032-82.2008.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, julgado em 06.12.2011

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. TRANSPORTE MARÍTIMO. PASSAGEIRO. NAUFRÁGIO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. CDC. ART. 14, § 3º, II. NÃO INCIDÊNCIA. TRANSPORTADOR. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. AUMENTO. JUROS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. HONORÁRIOS. CPC. ART. 20, § 3º. OBSERVÂNCIA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO.

I – O juiz pode julgar antecipadamente a ação, quando as provas dos fatos relevantes ao seu desate são suficientes ao pronunciamento decisório, dispensando a dilação probatória. **PRELIMINAR REJEITADA.**

II - O documento desinfluyente para a prolação da sentença não enseja nulidade do feito por violação ao art. 398 do CPC. **PRELIMINAR REJEITADA.**

III – Descabe a denunciação à lide nas relações de consumo quando comprometer a efetivação da celeridade da jurisdição, prevista no art. 5º, LVXXIII da CF/88. **PRELIMINAR REJEITADA.**

IV – O transportador deve garantir a incolumidade do passageiro, só se eximindo de responsabilidade em caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme a regra inserta no art. 14, § 3º, II do CDC.

V – Sofre grave dano moral a vítima de naufrágio em alto-mar que espera o resgate por várias horas, submersa, à deriva e na escuridão, devendo ser majorada a indenização correspondente para quantia razoável e capaz de inibir a reiteração da prática ilícita pelo seu causador.

VI – Os juros de mora na responsabilidade contratual incidem a partir da citação.

VII – Não devem ser alterados os honorários advocatícios que observam os critérios do art. 20, § 3º do CPC.

RECURSO DA ACIONADA NÃO PROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação nº 0002032-82.2008.8.05.0001-0**, de Salvador, em que figura como **Apelantes e Apeladas Simultâneas** a Ré BIOTUR - BIONICA TRANSPORTE E TURISMO MARÍTIMO REGIONAL LTDA e a Autora DENISE DE CASTRO GARRIDO.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA**, pelas razões que integram o voto condutor.

RELATÓRIO

DENISE DE CASTRO GARRIDO ajuizou ação indenizatória contra BIOTUR BIONICA TRANSPORTE E TURISMO MARÍTIMO REGIONAL LTDA, objetivando o ressarcimento dos prejuízos alegados na peça inicial.

Afirmou que, em 10/12/2006, tinha passagem marcada para retornar de Morro de São Paulo para Salvador, às 16:30 horas, e que, em razão de atraso da empresa Acionada, embarcou no segundo catamarã pertencente à mesma, saindo por volta das 17:00 horas.

Disse que a embarcação navegava em alta velocidade e que, em dado momento da viagem, percebendo certo tumulto no compartimento de passageiros, constatou que grande quantidade de água havia invadido o catamarã.

Alegou que a embarcação seguiu com a mesma velocidade e que a tripulação não ofereceu qualquer orientação aos passageiros. Que o catamarã parou em alto mar e foi completamente tomado pela água, ocasião na qual o mar sugou diversas pessoas e fez com que as demais, em pânico, pulassem para fora.

Disse que ficou por 4 (quatro) horas em alto-mar e na escuridão, com o corpo submerso na água, segurando na borda de um bote salva-vidas e aguardando pelo resgate, enfatizando que foi constantemente mordida por peixes.

Requeru a gratuidade da Justiça e a condenação da Ré ao pagamento de indenização dos danos material, advindo da perda dos objetos que transportava, e moral, a ser fixado pelo Juízo.

Juntou documentos (fls. 16/26).

A Requerida apresentou contestação (fls. 42/51), denunciando à lide o estaleiro Nicholson Construções Navais, sob o argumento de que o mesmo foi o responsável pelo reparo feito na embarcação e que este não resistiu aos esforços causados pelas condições do mar.

Sustentou que adotou todos os cuidados previstos nos manuais técnicos, destacando que a sua tripulação foi a grande responsável pela minimização dos efeitos do acidente, sem os quais poderia ter atingido maiores proporções, e que o resgate e a sua condução são de responsabilidade da Capitania dos Portos, que, na ocasião, não possuía embarcação para tanto.

Frisou que o Comandante do catamarã coordenou todo o procedimento de resgate e que o mesmo foi elogiado pela Capitania dos Portos.

Arguiu que não teve responsabilidade pelo acidente, invocando a culpa de terceiro, prevista no inciso II do parágrafo 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, instruindo a defesa com os documentos de fls. 52/146.

A Autora ofereceu réplica (fls. 148/161) e juntou cópias dos depoimentos testemunhais colhidos em processo semelhante (fls. 162/169).

O Juízo da 29ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais julgou procedente em parte a demanda, para condenar a Requerida ao pagamento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), à título de dano moral, e de honorários advocatícios equivalentes as 15% (quinze por cento) do valor da condenação. Indeferiu a denunciação à lide (fls. 176/181).

A Ré opôs embargos de declaração (fls. 183/184), pleiteando a nulidade da sentença, os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 185/186).

Inconformada, interpôs apelação (fls. 191/199), suscitando preliminares de cerceamento do direito de defesa, por ter sido inviabilizada a produção de provas essenciais ao esclarecimento da lide, e por violação à regra inserta no artigo 398 do Código de Processo Civil. Ainda em pre-

liminar, argui a nulidade do processo, por ausência da integração do denunciado no polo passivo da ação.

No mérito, reitera a tese da culpa exclusiva de terceiro, enfatizando que, na hipótese de entendimento contrário, o *quantum* indenizatório não deve ultrapassar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Diz que a verba honorária fixada é exorbitante.

Requer o provimento do recurso, a fim de ser acolhida uma das preliminares arguidas ou, sucessivamente, reformada a sentença, para reduzir o valor da condenação e dos honorários advocatícios para 5% (cinco por cento).

A Acionante interpôs apelação (fls. 209/222), pretendendo o aumento da indenização e dos honorários advocatícios fixados e que os juros moratórios incidam a partir do evento danoso.

A Suplicada contrarrazou a apelação da Autora às fls. 229/237, arguindo a impossibilidade de majoração do dano moral e dos honorários advocatícios, bem como a inaplicabilidade da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, por ausência de responsabilidade extracontratual.

É o relatório.

VOTO

Submete-se à apreciação desta Corte a pretensão da Autora de receber verba pecuniária, para compensar os danos que alegou ter sofrido em decorrência de acidente com embarcação da Acionada.

É impositiva, de início, a análise prioritária das preliminares arguidas.

Entende a Acionada que o processo deve ser anulado, argumentando que o Juízo singular decidiu antecipadamente a causa, sem possibilitar 1) a produção de provas essenciais ao esclarecimento da lide e 2) a manifestação a respeito dos documentos novos juntados pela Autora na réplica.

O Juiz pode julgar antecipadamente a ação sempre que os elementos probatórios relacionados aos fatos relevantes ao seu desate são suficientes ao pronunciamento decisório, dispensando a produção de outras provas, sobretudo porque é o destinatário da prova, a teor da regra inserta no artigo 131 do Estatuto Processual Civil.

Discorrendo sobre o tema, CASSIO SCARPINELLA BUENO apresenta linha intelectual que respalda esse entendimento:

“Para a compreensão do “julgamento antecipado da lide”, é importante ter presente que é o juiz – e só ele – o destinatário da prova. É o magistrado quem tem que se convencer da veracidade das alegações trazidas a seu conhecimento pelo autor, pelo réu e por eventuais terceiros.

Nesta perspectiva, o “julgamento antecipado da lide” justifica-se quando o juiz está convencido de que não há necessidade de qualquer outra prova para a formação de sua cognição sobre quem, autor ou réu, será tutelado pela atuação jurisdicional. Em termos mais técnicos, o julgamento antecipado da lide acaba por revelar a desnecessidade da realização da “fase instrutória”, suficientes as provas eventualmente já produzidas até então com a petição inicial, com a contestação e, bem assim, com as manifestações que, porventura, tenham sido apresentadas por força das “providências preliminares”, é dizer, ao ensejo da “fase ordinatória”.

(in ‘Curso Sistematizado de Direito Processual Civil’, Volume 2, Tomo I, edição 2007, p. 219)

No caso sob exame, o acidente marítimo em questão, além de notório, por ter sido amplamente veiculado em todos os veículos de comunicação locais e nacionais, está bem retratado no

Relatório do Inquérito Administrativo da Capitania dos Portos da Bahia (fls. 52/98), suficiente, portanto, ao julgamento da ação.

Verifica-se que os fatos em discussão não dependem de prova, a teor da regra inserta no inciso I do artigo 334 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;”

O julgamento imediato da lide, portanto, era medida impositiva, na hipótese.

Na mesma linha cognitiva é a lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“O dispositivo sob análise autoriza o juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontrovertidos, etc. (CPC art. 334)” Grifei
(in ‘Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante’, 11ª edição, 2010, p. 626)

Diferente não é a cognição da jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, bem resumida no seguinte julgado:

“(...) 7. O STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (...)”
(REsp 406545/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 292)

Ressalte-se, ademais, que os indigitados documentos novos, juntados pela Autora com a réplica, ainda que caracterizados como prova emprestada, não exigiam a manifestação da empresa Acionada, pois, diante da notoriedade dos fatos e dos demais elementos probatórios, não tiveram qualquer influência determinante para a solução do litígio.

Com o mesmo raciocínio:

“(...) 2. O documento que não representa causa influente para a prolação da decisão impugnada não gera nulidade do julgado por infringência ao art. 398 do Código de Processo Civil.
3. É lícito ao Magistrado, à luz do princípio do convencimento racional (art. 131 do CPC), decidir a causa; motivando a sua fundamentação calcada nos fatos, provas, direito e jurisprudência que entender pertinentes.
4. In casu, os fatos notórios (e notoria non egent probationem), bem como as demais provas produzidas, revelaram o documento de fl. 38, sobre o qual o recorrente supostamente não pôde se manifestar, desinfluyente para o desfecho da demanda, conforme destacado no próprio acórdão recorrido, por isso não há que se falar em afronta ao art. 398 do CPC (Precedentes: REsp n.º 741.776/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU de 05/12/2005; REsp n.º 222.785/RO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 01/07/2004; e AgRg no REsp n.º 514.818/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 24/11/2003) 5. Ademais, a efetiva influência do documento é de cognição insindicação pelo S.T.J. à luz do inserto no

verbete sumular n.º 07 desta Corte. 6. Recurso especial desprovido.”

(REsp 786974/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 28/04/2006, p. 278)

A sentença apelada, em momento algum, utilizou-se de elementos específicos de tais documentos para decidir a ação.

Diversamente do quanto afirmado pela Requerida, não há nulidades processuais por cerceamento do direito de defesa ou por violação ao artigo 398 do Código de Processo Civil.

Nestes termos, **rejeito as duas preliminares.**

A prefacial de nulidade do processo, em razão do indeferimento da denunciação à lide feita pela Requerida, deve ser rejeitada.

É que a denunciação, na hipótese em análise, ampliaria a complexidade probatória, com a inclusão indevida da consumidora em celeumas técnicas relacionadas à engenharia náutica, com retardo significativo do andamento do processo e violação ao princípio da prestação jurisdicional, consubstanciado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, *in litteris*:

“Art. 5º ...

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Lecionando sobre o assunto, SERGIO CAVALIERI FILHO manifesta inteligência que ratifica esse entendimento:

“(...) A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender os princípios da economia e da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios.

Nas relações de consumo, a denunciação, além de retardar o andamento do processo do consumidor, aumenta a complexidade probatória com a introdução de novo fundamento na lide (a ação indenizatória do consumidor contra o fornecedor é sempre fundada na responsabilidade objetiva e a do fornecedor contra o denunciante tem por fundamento a culpa).”

(in ‘Programa de Direito do Consumidor’, 3ª edição, 2011, p. 346)

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA.

(...) 3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes. (...).

5. Recurso especial provido em parte.”

(REsp 1187456/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010)

“(...) 2. O cabimento da denunciação depende da ausência de violação dos princípios

da celeridade e da economia processual, o que implica na valoração a ser realizada pelo magistrado em cada caso concreto. (...)”

(REsp 975799/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 28/11/2008)

E também: AgRg no AGI nº 0011941-20.2009.805.0000-0, 3ª Câmara Cível do TJBA, Relatora Des. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 02/03/2010.

Ressalte-se, ademais, que o desacolhimento da denúncia à lide não prejudica a Requerida, pois tem à sua disposição a demanda regressiva contra o denunciado, onde poderá usar todos os recursos e meios processuais para evidenciar a culpa imputada ao mesmo.

Sendo assim, **rejeito a preliminar.**

MÉRITO.

A Autora aderiu a contrato de transporte marítimo fornecido pela Acionada, no trecho Morro de São Paulo a Salvador.

A cláusula de segurança está implícita neste contrato, pela qual o transportador se obriga a zelar pela incolumidade do passageiro, pondo-o a salvo de qualquer acontecimento funesto, sobretudo quando a relação jurídica for de consumo, em que o consumidor é hipossuficiente.

No caso em exame, a Acionada se enquadra no conceito de fornecedor de serviços, razão pela qual a sua responsabilidade é objetiva, dispensando a perquirição de culpa, a teor da regra inserta no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in litteris*:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.”

Basta a prestação de serviço defeituosa para que surja o dever de reparar o dano causado, sendo inoperantes as cláusulas que isentem o transportador de quaisquer responsabilidades oriundas dos serviços prestados por terceiros no seu veículo ou embarcação, pois a sua obrigação, diga-se uma vez mais, é a de transportar com a eficiência, o sossego e a segurança esperadas pelo consumidor.

O fornecedor só fica isento de responsabilidade se provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme está previsto no parágrafo 3º, inciso I do referido artigo 14.

No caso em análise, a Autora e os demais passageiros, foram obrigados a lançarem-se em mar aberto e na escuridão, pois a embarcação da Ré começou a afundar no meio do trecho náutico.

Não há prova nem alegação no sentido de que a Acionante tenha sido a culpada pelo evento.

A Requerida tenta se eximir da responsabilidade com o argumento de que o acidente foi provocado pela má execução de um reparo no catamarã, feito por estaleiro especializado, que não teria resistido à força do mar. Sustenta, portanto, a tese da culpa exclusiva de terceiro para não ser responsabilizada pelo evento danoso.

A alegação não deve surtir o efeito desejado pela Acionada, pois também responde pela má escolha dos seus fornecedores de serviços, sendo incabível a transferência do risco aos consumi-

dores, sobretudo porque o suposto fato culposos do terceiro, no caso em análise, está ligado ao risco do transportador.

O acidente náutico em questão, por sua vez, violou a integridade moral da Autora, pois os fatos e as circunstâncias conduzem à inafastável conclusão de que a mesma sofreu intenso desconforto e aflição.

É que nenhum ser humano, em sã consciência, consegue ficar em alto-mar, por horas, à deriva, com o corpo submerso em água fria e na escuridão, sem nada enxergar, só o limiar entre a vida e a morte, sem padecer de estresse e angústia.

Certo é que a Autora não será mais a mesma pessoa. Carrega o trauma de haver sofrido um grave acidente, que a expôs ao risco de morte.

O dano moral, na hipótese, infere-se da gravidade do ilícito em si, diante da sua natureza preponderantemente subjetiva, insita na própria ofensa, porquanto deflui da ordem natural das coisas, tomando-se como parâmetro a vida comum das pessoas.

Nesse sentido:

“(...) - Provados o fato e as circunstâncias pessoais do viajante, para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não se exige a prova do desconforto, da dor ou da aflição, que são admitidos através de um juízo da experiência. Precedente da Quarta Turma. (...)”

(REsp 168976/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 02/12/2002, p. 313)

Resta perquirir se o arbitramento da respectiva verba compensatória atende à finalidade repressiva e pedagógica do instituto jurídico em questão.

O infrator tem que ser punido pela violação ao bem jurídico imaterial da vítima e, ao mesmo tempo, sofrer um desfalque patrimonial apto a inibi-lo da reiteração na prática ilícita e a compensar razoavelmente dor moral que foi impingida ao lesionado, de modo a diminuir os dissabores acarretados, sem, contudo, causar o chamado enriquecimento ilícito.

Dessa forma, o julgador deve se pautar em critérios equitativos e justos, utilizando-se sempre do bom senso, da moderação e da proporcionalidade.

Assim, considerando as peculiaridades do caso, a gravidade da lesão moral causada à Acionante, oriunda da situação de intenso estresse, angústia e aflição vivenciados, bem como a boa condição financeira da Requerida, cujo capital social é de R\$ 1.150.000,00 (um milhão cento e cinquenta mil reais) - fls. 37/39 -, entendo que o valor atribuído pela sentença, a título de indenização, deve ser majorado para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

O *quantum* é razoável e proporcional à situação concreta em análise e observa os parâmetros sugeridos pela Jurisprudência majoritária.

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo caso similar, em que os naufragos esperaram o resgate por período inferior a 40 (quarenta) minutos, não considerou exagerada a imposição de indenização em quantia equivalente a 400 (quatrocentos) salários mínimos.

Confira-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação.

A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada.

Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco.

Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários mínimos.

Recurso não conhecido.

(REsp 291.384/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 169)

Esta Câmara Julgadora, por sua vez, em situação na qual o consumidor teve o seu nome indevidamente inserido no rol dos inadimplentes (Apelação Cível nº 0045119-64.2003.805.0001-0, Relatora Desembargadora Rosita Falcão), fixou a indenização para o dano moral em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

No que concerne aos honorários advocatícios sucumbenciais fixados pela sentença, equivalentes a 15% (quinze por cento) do valor da condenação, diversamente do quanto pleiteado pelas partes, entendo que os mesmos não devem ser alterados, porque são compatíveis como grau de zelo profissional dos advogados da Autora, com a mediana importância da causa e, sobretudo, com não prolongado tempo de duração do processo.

Frise-se, finalmente, que a pretensão da Acionante, no sentido de impor a incidência dos juros de mora a partir do evento danoso, não deve ser acolhida.

É que, no caso em exame, a responsabilidade é contratual, devendo ser computados a partir da citação.

O Superior Tribunal de Justiça tem linha intelectual que respalda esse entendimento, conforme se infere dos recentes julgados, a seguir transcritos:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. VERBA INDENIZATÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. DATA DA FIXAÇÃO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. CITAÇÃO.

(...) 3. Na responsabilidade contratual, os juros de mora são computados desde a citação. Precedentes. (...)”

(EDcl no REsp 1190880/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011)

“(…) 3. Pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que os juros de mora têm como termo inicial a data da citação nas hipóteses de responsabilidade contratual, como no caso dos autos (contrato de seguro). (...)” 6. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

(AgRg no REsp 1096716/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011)

Por todas as razões expostas, a sentença deve ser reformada apenas em relação ao capítulo que fixou a indenização para o dano moral, a fim de ser majorada para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Nestes termos, **REJEITO AS PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DA ACIONADA e DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA.**

TJBA – Agravo de Instrumento n.º 0011864-69.2013.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Joanice Maria Guimarães de Jesus, julgado em 14.07.2015

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DIREITO DE RESPOSTA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. VEICULAÇÃO DA RESPOSTA EM PROGRAMA DE RÁDIO. IRREVERSIBILIDADE DA

MEDIDA. INADMISSIBILIDADE.

A teor do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Deve ser reformada a decisão que antecipa os efeitos da tutela, possibilitando direito de resposta, com a veiculação da mensagem em programa de rádio, ao vivo, com esgotamento do objeto da lide e evidente irreversibilidade da medida.

RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0011864-69.2013.8.05.0000, de Porto Seguro, em que figuram, como Agravante, RADIO PORTO BRASIL FM ESTÉRIO e, como Agravados, MUNICÍPIO DE PORTO SEGURO E CLAUDIA SILVA SANTOS OLIVEIRA,

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Porto Seguro, que deferiu liminar requerida por Município de Porto Seguro e Prefeita Claudia Silva Santos Oliveira, em ação de Direito de Resposta, permitindo a veiculação de resposta no programa apresentado ao vivo pela Radio Agravante, por período de 30 minutos.

Irresignado com o *decisum*, aduz o Recorrente que, após transmitirem a “resposta” em decorrência de outra ação, os apresentadores promoveram mais alguns comentários, em pleno e regular exercício à liberdade de imprensa e de expressão, o que veio a gerar a demanda de origem do presente recurso.

Afirma que a medida liminar não poderia ser deferida, uma vez que irá esvaziar o objeto da demanda, o que é vedado, conforme §2º, do art. 273 do CPC.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e, ao fim, o seu provimento.

Às fl. 94/95, foi concedido o efeito suspensivo.

As informações não foram prestadas e os Agravados não apresentaram contrarrazões (certidão de fl. 100).

Pronto para julgamento, pedi a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

Discute-se, no recurso, o cabimento de liminar deferida em Ação de Direito de Resposta, permitindo a veiculação da resposta pretendida pelos Autores, em programa ao vivo da Rádio Acionada, e por período de 30 minutos.

Por se tratar de recurso de agravo de instrumento, torna-se incabível a análise de questão

concernente ao mérito da demanda, sob pena de prejulgamento da causa, com supressão de instância.

Assim, a análise cinge-se à possibilidade legal de deferimento da medida de urgência, deferida pelo magistrado *a quo*.

A Recorrente alega, com razão, que a decisão agravada esvazia o mérito da ação, sendo irreversível.

De fato, o objeto da ação é a veiculação do direito de resposta e a liminar deferida esgota o pleito, sem possibilitar o exercício de defesa da parte contrária.

Sabendo-se que uma medida liminar se presta para resguardar o resultado útil de um processo, esta não é a hipótese dos autos.

Em verdade, a decisão recorrida é antecipatória dos efeitos da tutela e, após cumprida, seria irreversível, possibilidade que é legalmente vedada pelo Código de Processo Civil, a teor do §2º do Art. 273, *in verbis*:

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:

(...)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A jurisprudência tem entendimento no sentido de impossibilidade de concessão da medida, em casos como o dos autos. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE RESPOSTA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC - PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO - INDEFERIMENTO DA MEDIDA DE URGÊNCIA.

- É inadmissível a concessão de tutela antecipada, ante a ausência de prova inequívoca em prol do convencimento da verossimilhança das alegações do autor, bem como diante do perigo de irreversibilidade da medida, como ocorreu nestes autos.

(TJMG, AI Nº 10334130013710001, Relator Luciano Pinto, publicação: 22.10.2013)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. PUBLICAÇÃO INTERNA SUPOSTAMENTE OFENSIVA A EX-DIRIGENTE DE CLUBE RECREATIVO. DIREITO DE RESPOSTA ASSEGURADO LIMINARMENTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO REFORMADA.

I. De acordo com o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, o direito de resposta, proporcional ao agravo, constitui direito subjetivo da pessoa que sofre lesão moral devido ao ataque a algum dos predicados de sua personalidade jurídica.

II. De acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pressupõe, além da verossimilhança das alegações confortada por prova inequívoca, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

III. Somente a contextualização do litígio, mediante o exercício do direito de defesa e a produção das provas que se mostrarem necessárias, poderá elucidar a concretude do agravo moral hábil a justificar o direito de resposta.

Exercido no limiar da relação processual, o direito de resposta não poderá ser revertido na hipótese de improcedência do pedido, de maneira que seu deferimento em sede de tutela antecipada esbarra no disposto no § 2º do artigo 273 do Estatuto Processual Civil.

IV. O exercício do direito de resposta reconhecido judicialmente não pode ficar a exclusivo critério da parte, cabendo ao juiz exercer o controle de forma e de conteúdo a fim de assegurar a proporcionalidade entre esse direito e a ofensa.

V. Recurso conhecido e provido.

(TJDFT, AGI nº 20140020101973, Relator JAMES EDUARDO OLIVEIRA, publicação: 03/09/2014) (Grifei)

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPORTAGEM DE JORNAL. ALEGADA INVERACIDADE DAS INFORMAÇÕES VEICULADAS. DIREITO DE RESPOSTA PROPORCIONAL À OFENSA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. Para a concessão da antecipação de tutela é preciso um determinado nível de certeza acerca do direito invocado que, no caso, inexistente. Reportagem de jornal que, em sede de cognição sumária, não teria faltado com a verdade, **havendo perigo de irreversibilidade do provimento que visa o direito de resposta sem a devida instrução processual.** Manutenção da decisão que não antecipou os efeitos da tutela.*

NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

(TJRS, AGI nº 0130813-86.2015.8.21.7000, Relator Túlio de Oliveira Martins, julgado em 24.04.2015) (Destaquei)

Assim, deve ser revogada a decisão proferida na primeira Instância.

Nestes termos, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

TJBA – Apelação Cível n.º 0001143-15.2010.8.05.0113, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, julgado em 21.01.2014

EMENTA: AÇÃO DE REGRESSO DA SEGURADORA DE VEÍCULO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONDUTA CULPOSA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O VEÍCULO SINISTRADO. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 0001143-15.2010.805.0113, de Itabuna, em que é apelante BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS e são apelados FERNANDO ANTONIO DA SILVA JUNIOR e TEREZINHA BRITO COUTINHO DA SILVA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, negar provimento ao apelo, mantendo-se a sentença de base por seus próprios fundamentos.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Regresso para ressarcimento de danos materiais causados por acidente de trânsito proposta por BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS em desfavor de

FERNANDO ANTONIO DA SILVA JUNIOR e TEREZINHA BRITO COUTINHO DA SILVA, em que alega-se que foi o apelado, condutor do veículo, responsável pelo acidente de trânsito havido entre esse e o Sr. Adilson Barreto dos Santos, possuindo esse veículo segurado pelo apelante. Assim, requer o pagamento da quantia de R\$ 15.457,18 (quinze mil quatrocentos e cinquenta e sete reais e dezoito centavos), correspondente ao valor indenizatório pago ao seu segurado, ante a perda total do veículo sinistrado, já deduzido o montante proveniente da venda do salvo.

Adota-se como próprio o relatório da sentença recorrida constante da fls. 165/170, acrescentando-se que o eminente magistrado singular julgou a demanda improcedente, por ausência de prova da conduta culposa do primeiro réu, condutor do veículo envolvido no acidente acima relatado.

Irresignado, recorreu o autor, com razões de fls. 172/177, pugnando pela reforma da sentença, arguindo que restou comprovada nos autos a responsabilidade do réu, condutor do veículo, seja pelo Boletim de Ocorrência lavrado, constante dos autos, seja pela prova testemunhal apresentada. Devidamente intimados, os apelados não apresentaram contrarrazões.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto, dele conheço.

Pois bem. À seguradora é garantida a sub-rogação nos direitos do segurado, a teor do disposto no artigo 786, do Código Civil, a saber:

Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Entretanto, por força da teoria subjetiva, a configuração do dever de indenizar, em caso de responsabilização em acidente de trânsito, exige necessariamente a comprovação da culpa do agente, cabendo à vítima desincumbir-se desse ônus, nos termos do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, respectivamente.

Assim, cabia à apelante demonstrar de forma cabal que a culpa pelo acidente envolvendo o apelado, Sr. Fernando Antônio da Silva Junior, e o Sr. Adilson Barreto dos Santos, condutor do veículo segurado pela apelante, fora daquele, o que, *in casu*, não ocorreu.

Como bem asseverado pelo magistrado *a quo*, quanto à prova documental, o boletim de ocorrência de fls. 86/89 não se reveste de caráter conclusivo, uma vez que traz as versões de cada condutor envolvido no acidente.

Mesmo o documento de fls. 52, arguido na peça de apelação, não corrobora a tese da apelante e sequer determina a culpa do Sr. Fernando Antônio da Silva, ora apelado e condutor do “V2”, tendo sido ali descrito apenas que “o condutor do V1 vinha em sua mão de direção quando foi colhido pelo condutor do v2, saindo ambos da pista e caindo numa ribanceira”.

No que concerne a prova testemunhal, tem razão, de igual sorte, o juiz singular, pois o depoimento da única testemunha arrolada pela apelada, Sr. Adilson Barreto dos Santos, está contaminado pelo flagrante interesse na causa do mesmo, que possuía contrato de seguro com a apelada e foi indenizado pelos danos causados ao seu veículo, decorrentes do acidente em questão.

Assim, nos termos do art. 405, §3º, IV do CPC, a testemunha arrolada pela apelante deve ser caracterizada como suspeita, não tendo o seu depoimento o condão de provar a conduta culposa, a ensejar a responsabilidade do apelado no acidente de trânsito objeto da presente lide.

Dessa forma, ante a ausência de provas, não há que se falar em reforma da sentença que julgou improcedente a pretensão autoral, que não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, a teor do art. 333, I do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS, mantendo-se a sentença de mérito em todos os seus termos.

TJBA – Apelação Cível n.º 0002133-03.2008.8.05.0072, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Cícero Landin Neto, julgado em 07.04.2015

Apelação Cível. Reivindicatória. Inocorrência de qualquer impropriedade na escolha da ação reivindicatória, uma vez que o cabimento, em tese, de uma ação possessória não exclui ou torna inadmissível a propositura de ação petitória ou dominial. Não tendo a apelada se incumbido em demonstrar a sua propriedade, deve-se aplicar, dessa forma, a proteção possessória, remédio enérgico, mas precário, diante da violação de um estado de fato, qual seja, a posse. Quem sofre um esbulho, se é apenas possuidor, só pode se valer dos veículos possessórios, como corretamente entendeu a douta Magistrada *a quo*, determinando a reintegração de posse da recorrida no imóvel *sub judice*. A ocupação tolerada por mera condescendência dos proprietários do imóvel, por mais prolongada que seja, não constitui posse *ad usucapionem*, de modo que não encontra guarida a exceção de usucapião, por se tratar de comodato tácito, ou seja, ato de tolerância, não havendo posse legal do apelante, por ser ela precária. Direito de retenção de benfeitorias. Ônus da prova. Aplicação do art. 333, CPC. Àqueles que aventam a exceção de usucapião incumbe o ônus de provar sua alegação. *In casu*, recaiu a falta de prova sobre aquele que tinha o ônus de provar. Em outra vertente, o apelante não cuidou, também, em demonstrar a existência de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito pleiteado pela Apelada. Sentença mantida. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Apelação Cível nº 0002133-03.2008.8.05.0072* em que figuram, como apelante, *JOSÉ SIMÕES SILVA ANDRADE* e, apelada, *MARIALVA RIBEIRO SANCHES*.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, *negar provimento* ao presente Recurso, e assim o fazem pelos motivos a seguir expostos:

RELATÓRIO

A presente Apelação Cível foi interposta por *JOSÉ SIMÕES SILVA DE ANDRADE* contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara das Relações de Consumo, Cível e Comercial desta Comarca de Cruz das Almas, que, nos autos da *AÇÃO REIVINDICATÓRIA nº 0002133-03.2008.8.05.0072*, movida por *MARIALVA RIBEIRO SANCHES*, ora apelada, julgou procedente o pedido “para reintegrar a autora na posse do bem identificado na petição inicial, tornando extinto o comodato estabelecido, determinando a expedição do competente mandado reintegratório. Condene, ainda, o réu nas custas processuais e nos honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor corrigido” (fls. 85/90).

Em suas razões de apelação, inicialmente, requer o benefício da assistência judiciária gratuita e, no mérito, sustenta que o imóvel *sub judice* foi doado gratuitamente pelo ex-cônjuge da apelada há mais de 26 (vinte e seis) anos e que lá funciona uma oficina elétrica de automóveis, possuindo-o de forma mansa e pacífica.

Afirma que a apelada não comprovou a existência de comodato verbal e que se encontram preenchidos os requisitos da usucapião extraordinária, razão pela qual deve-se reformar a sentença guerreada e, caso não seja este o entendimento desta Corte, requer o direito de retenção das benfeitorias necessárias e úteis, ou indenização no valor correspondente.

Ao final, requer seja dado provimento ao presente recurso para “reformat a sentença do Juízo a quo e decretar a usucapião extraordinária em favor do apelante”.

O Recurso de apelação foi recebido em ambos os efeitos (fls. 100), tendo a apelada apresentado suas contrarrazões (fls.103/109), refutando as alegações do recorrente, pugnando pela manutenção da Sentença.

É o relatório.

VOTO

A apelada ajuizou ação reivindicatória, sustentando que, apesar de notificado judicialmente, o apelante não desocupou o imóvel, o qual foi objeto de comodato verbal.

Indiscutível que, nas ações reivindicatórias, necessário se faz a comprovação do domínio e da posse injusta (art. 1.228 do Código Civil).

Como bem consignou o douto Juiz *a quo*, “a ação reivindicatória é de natureza petitória, alberga-se na titularidade de domínio e propriedade, sendo esta comprovada pela aquisição de título aquisitivo no Cartório de Imóveis, ato este ainda não consumado pela autora porque a certidão de separação onde consta que o imóvel objeto do comodato ficara no seu quinhão de meação ainda não fora registrada no Cartório de Imóveis da Comarca, inferindo-se do documento de fls. 22/23 dos autos que permanece em nome do antigo proprietário” (...) “com a separação do casal a posse indireta do bem fora transferida a autora nessa condição titularizada na investidura do bem, estando apta a ingressar com ações que lhe sejam adequadas. O fato da ação petitória que se esteja no domínio não lhe ser a mais pertinente, nenhum impeço que recorra a uma das ações possessórias, devendo o juiz na aplicação do direito fazer incidir o princípio do *mihi factum dabo tibi jus* (dai-me os fatos que lhe darei o direito)”.

Assim, nenhuma impropriedade existe na escolha da ação reivindicatória, uma vez que o cabimento, em tese, de uma ação possessória não exclui ou torna inadmissível a propositura de ação petitória ou dominial, considerando que o domínio, por si só, é bastante para autorizar o exercício da pretensão do dono de recuperar a coisa sua de quem quer que a detenha injustamente.

Entretanto, no caso em tela, não cuidou a apelada em demonstrar a sua propriedade, devendo-se aplicar, dessa forma, a proteção possessória, remédio enérgico, mas precário, diante da violação de um estado de fato, qual seja, a posse. Quem sofre um esbulho, se é apenas possuidor, só pode se valer dos *veículos possessórios*.

A posse injusta do recorrente fora devidamente demonstrada após sua regular notificação para desocupação do imóvel. Registre-se que a ocupação tolerada por mera condescendência dos proprietários do imóvel, por mais prolongada que seja, não constitui *posse ad usucapionem*, de modo que não encontra guarida a exceção de usucapião, por se tratar de comodato tácito, ou seja, ato de tolerância, não havendo posse legal do apelante, por ser ela precária.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PROVA DO DOMÍNIO E POSSE INJUSTA. USUCAPIÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1 - Presente a prova da propriedade da apelada e da posse injusta dos apelantes, merece acolhida a pretensão reivindicatória. 2 - Não se visualiza posse ad usucapionem quando exercida sem animus domini. 3 - Apelo improvido. (TJ-MA, Relator: RAIMUNDO FREIRE CUTRIM, Data de Julgamento: 05/07/2005, SAO LUIS).

Em outra vertente, o apelante não cuidou em demonstrar a existência de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito pleiteado pela Apelada. É porque, na redação do artigo 333, II, do CPC, o ônus da prova incumbe “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. O referido artigo é aplicável, em princípio, como norma de julgamento. Como o juiz não pode deixar de decidir, cabe-lhe aplicar o art. 333, em princípio, quando o material probatório não é suficiente para esclarecer adequadamente os fatos, recaindo a falta de prova sobre aquele que tem o ônus de provar.

Quanto ao direito de retenção por benfeitorias, é sabido que àqueles que aventam a exceção de usucapião, incumbe-lhes o ônus de provar sua exceção, consoante o brocardo latino *actori incumbit probatio, et reus in excipiendo fit actor*.

No caso em tela, não há nenhuma prova para sustentar os argumentos do apelante, deixando na orfandade suas alegações, tornando-se, assim, inviável o conhecimento de pedido atinente à indenização de benfeitorias, ante a ausência de comprovação de valores investidos na suposta construção, mostrando-se improcedente o pedido de retenção das benfeitorias.

Ao comentar o citado dispositivo, esclarecem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco “que a distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar ‘secundum allegata et probata partium’ e não ‘secundum propriam suam conscientiam’ – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar” (Teoria Geral do Processo, 10ª Edição, Ed. Malheiros, p.349).

O ilustre jurista Moacyr Amaral Santos, sobre a matéria, ensina que “como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quae non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias, impõe-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão *ônus da prova*. Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, quem vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit onus probandi*. O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação, ensina Carnelutti, é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar, escreve ele, a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas”. (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 17ª ed., Saraiva, 1995, v. II, pág. 343/345).

Dessa forma, agiu com acerto o douto Magistrado de primeiro grau ao entender que “o réu não diligenciou nem requereu a produção de qualquer prova, suas alegações ficaram em abissal orfandade jurídica, não havendo por onde o juízo aproveitar qualquer matiz para dar-lhe proteção e segurança”.

Diante do exposto, nega-se provimento ao presente Recurso, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

TJBA – Apelação Cível n.º 0000417-39.2008.8.05.0201, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Lícia de Castro L. Carvalho, julgado em 30.06.2014

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INTIMAÇÃO DE PARTES LITIGANTES, PELO DJE, PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL A IMPOR INTIMAÇÃO PESSOAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PRELIMINAR REJEITADA. ALEGAÇÃO, NÃO DEMONSTRADA, A CARGO DA PARTE AUTORA, DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 927, DO CPC. NÃO COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA POSSE ANTERIOR. ESBULHO POSSESSÓRIO NÃO CONFIGURADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INCS. I E II, DO CPC. EXCEÇÃO DE DOMÍNIO. ART. 505 DO CODIGO CIVIL/1916. ALEGAÇÃO IMPERTINENTE. RESTRIÇÃO À HIPÓTESE EM QUE AMBAS AS PARTES DISPUTAM A POSSE COM BASE NO MELHOR TÍTULO DE DOMÍNIO. SÚMULA Nº 487/STF. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE ADMISSÍVEL POR OUTRAS VIAS LEGAIS. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO JUSTA. ART.20, §§3º E 4º, DO CPC. ALTERAÇÃO INADMISSÍVEL. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0000417-39.2008.8.05.0201**, de **PORTO SEGURO**, em que figuram apelante **GIANFRANCO DESTRO** e apelado **JOSÉ RIBEIRO NASCIMENTO**.

Acordam os Desembargadores componentes da Turma julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, **rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.**

RELATÓRIO

Na sentença de fls. **245/248**, adotado o relatório, o MM Juiz de Direito da 1ª Vara dos Feitos de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais da referida comarca julga improcedente ação de 'reintegração de posse' proposta por **GIANFRANCO DESTRO** contra **JOSÉ RIBEIRO NASCIMENTO** e procedente 'pedido contraposto' formulado pela parte Ré, para mantê-la na área atualmente ocupada, condenando o demandante ao pagamento de custas e verba honorária, fixada em R\$2.000,00 (dois mil reais).

Irresignado, **GIANFRANCO DESTRO** interpõe recurso de apelação, **250/261**, preparado, visando reforma da sentença para julgar procedente a ação. Alega, em síntese, ocorrência de nulidade da audiência de instrução e julgamento ante a inocorrência de sua intimação pessoal, in-

vocando o disposto no art.234 do CPC, além dos princípios do contraditório e do amplo direito de defesa. No mérito sustenta a procedência da ação considerando sua condição de possuidor da área em questão, desde 2001, adquirida mediante escritura pública de compra e venda, inclusive com obtenção de autorização da União; haver cedido ao Recorrido, 'temporariamente em comodato', 'um pequeno quiosque anexo à barraca principal', mas, 'após entregar o ponto' espontaneamente em 21/11/2005, este teria retornado ao imóvel em janeiro de 2006, alterando seus limites e apossando-se da área litigiosa, mediante autorização obtida na Municipalidade local. Aduz, ainda, sobre a existência de ação civil pública em curso, contra si proposta por Ministério Público (processo nº. 2009.33.10.000464-0), eis que legítimo possuidor da área em questão, na qual deferido pedido de liminar determinando abstenção de novas intervenções construtivas no imóvel objeto da ação, sob pena de pagamento de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais). Entende demonstrado o esbulho perpetrado pelo recorrido, 'dada a clandestinidade de seus atos, caracterizando posse precária e injusta'; ser contraditória a conduta do recorrido ao ingressar com pedido contraposto porquanto os fatos não evidenciam a alegada posse. Insurge-se, ainda, contra percentual relativo à verba honorária, considerado excessivo eis que deveria corresponder entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa. Transcreve doutrina e jurisprudência.

Na resposta o apelado pugna pela confirmação da sentença. Fls. **265/272**.

Recurso distribuído para a Quarta Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a função de relatora.

É o relatório, que submeto à apreciação de eminente Desembargador Revisor.

VOTO

A presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso impõe seu conhecimento.

A preliminar suscitada, ora rejeitada, não merece acolhida.

Inexiste previsão legal a impor intimação pessoal de partes litigantes acerca da designação da audiência de instrução e julgamento.

In casu, designada audiência de instrução para 1º de março de 2012, as partes foram intimadas conforme publicação em DJE nº.581, disponibilizada em 18 de outubro de 2011, para comparecimento a audiência e apresentação de rol de testemunhas (fl. 207), em conformidade com os arts. 236 e 237 do CPC. O recorrente, contudo, não compareceu nem justificou sua ausência, vindo a arguir, em sede recursal, nulidade do ato sob frágil argumento de inocorrência de sua intimação pessoal, somente necessária para possibilitar aplicação de sanção processual de confissão à parte que se recusa a prestar depoimento pessoal, nos termos do § 1º do art. 343 do CPC, *in verbis*:

"Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º - A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor em audiência."

No mérito não assiste razão ao recorrente.

Dispõe o art.927 do CPC, *in verbis*:

"Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

Reza o Código Civil em vigor (Lei 10.406/2002):

“Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.”

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

“Art.1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”.

O exame conjunto dos elementos carreados para os autos evidencia que o demandante, ora recorrente, propôs ação possessória em tela ao fundamento de ocorrência de esbulho, resultante de atos ‘clandestinos’ supostamente perpetrados pelo Réu, ora apelado, depois de findo contrato de comodato celebrado entre ambos, por meio de instrumento de fls.08/09, alusivo ao imóvel comercial, ‘situado nas dependências da Barraca de Praia Área Beach’, Porto Seguro, Estado da Bahia, de propriedade do demandante. Conforme relata o autor, em sua petição inicial, o Réu teria alterado os “limites do imóvel, passando a suprimir a cerca e a erigir um outro quiosque,(...)”, fl.03. A parte Ré, a seu turno, afirma sua condição de possuidor do imóvel em questão desde 2006, reportando-se a exploração daquele ‘ponto’ mediante autorização expedida por Prefeitura local em 16 de junho de 2006, fl. 52, e ‘licença de localização e funcionamento’, fl.58, com validade até 21/05/2009, fato inclusive corroborado por prova testemunhal:

JAILTON GOMES DE MENEZES, FL. 211,

“Conheço o réu há muito tempo, ele trabalha com isopor vendendo coco na orla. Ele tem um pontossinho onde era um quiosque. Desde 2006 o réu utiliza aquele ponto. Pelo que me lembro foi a prefeitura, através de JANIO NATAL, quem deu este ponto para o réu. Hoje o quiosque não existe mais pois pegou fogo. Hoje o réu só trabalha com isopor no mesmo local. Os vizinhos do quiosque eram cabanas AREA BEACH e VIRASSOL, parece”.

MAURÍLIO HENRIQUE DOS SANTOS, FL. 212,

“Conheço a área onde JOSÉ RIBEIRO trabalha, pois vendia água de coco e água mineral naquela praia. Os vizinhos daquela propriedade são as cabanas AREA BEACH e MIRASSOL. (...) A cabana do Réu é de aproximadamente 4 por 4. A barraca do réu não existe mais, pois botaram fogo, mas continua trabalhando no mesmo local com a mesma atividade. Acho que foi no ano de dois mil e seis que JÂNIO NATAL deu aquela área para o Réu”

O ônus da prova incumbe a quem a alega como constitutiva do seu direito, a teor do art. 333 do CPC,

“I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Os documentos exibidos pelo autor/recorrente não comprovam satisfatoriamente o cum-

primento dos requisitos exigidos no art.927 do CPC.

Via de regra, não se admite discussão sobre o domínio em sede de ação possessória, art. 923, CPC. Nas ações possessórias, discute-se eminentemente o fato jurídico “posse”, não sendo lícito aprofundar discussões acerca da propriedade.

Consoante entendimento no Superior Tribunal de Justiça, “em se tratando de ação possessória descabe discussão de domínio, exceto se ambos os litigantes disputam a posse alegando propriedade ou quando duvidosas ambas as posses suscitadas” (REsp 755861/SE, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 16.08.05, DJ 05.09.05).

Para a propositura da ação de reintegração de posse não basta o título de domínio, nem a simples ocupação, mas a demonstração, de prova inequívoca da posse e do esbulho (artigo 927, do CPC).

Insuficiente, por conseguinte, a mera alegação da propriedade do “terreno urbano” (matrícula nº. 13.985, livro 2, do Cartório de Registro de Imóveis da cidade e comarca de Porto Seguro), fls. 11 e 11v., para que a parte autora logre êxito em ação de reintegração de posse, importando ressaltar que a discussão é meramente possessória, restando afastada a possibilidade de se invocar a *exceptio proprietatis* na hipótese, devendo tal discussão ser aviada em sede própria. Nesse sentido o entendimento doutrinário abalizado:

“Em ação possessória, impertinente é a questão de domínio. A essa regra, abrem-se, todavia, duas exceções: a) quando os contendores disputam a posse a título de proprietário; b) quando duvidosa a posse de ambos os litigantes. Nessas condições, é inadmissível, num pleito possessório, exame de legalidade dos títulos de domínio. Mas a indagação dos títulos terá cabimento se os litigantes disputam a posse na qualidade de proprietários, ou então, na hipótese em que seja ela conflitante. Em tal caso a apreciação dos títulos se faz com o fito de melhor caracterizar a posse. Como diz Bourcart, pode o juiz consultá-los; porém, não deve ele fazê-lo senão na medida do possessório. Uma vez estabelecido o fato da posse, os títulos tornam-se insignificantes, seja qual for sua relevância ou importância no juízo petitório.”(de BARROS MONTEIRO, WASHINGTON, in *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas, 3ª vol., 35ª Ed., Saraiva, p. 98*)

(...)Para distinguir as ações que se fundam na posse, como exercício de poder de fato, das que se baseiam diretamente no direito de propriedade ou nos direitos reais limitados, usam-se as expressões “ações petitórias” e “ações possessórias”, ou resumidamente “petitório” e “possessório”.

Discute-se, portanto, no “possessório” tão-somente o “jus possessionis”, que vem a ser a garantia de obter proteção jurídica ao fato da posse contra atentados de terceiros praticados “ex propria auctoritate”. Exercitam-se, pois, no juízo possessório, faculdades jurídicas oriundas da posse em si mesma.

No juízo “petitório”, a pretensão deduzida no processo tem por supedâneo o direito de propriedade, ou seus desmembramentos, do qual decorre “o direito à posse do bem litigioso”. Os dois juízos são, como se vê, totalmente diversos, já que a “causa petendi” de um e de outro são até mesmo inconciliáveis. (...) - (Theodoro Jr, Humberto .:in “Curso de Direito Processual Civil, Volume III”, 32ª ed., p. 127).

In casu, pretende o recorrente a retomada do imóvel, objeto da ação, sob alegação de que o apelado praticara suposto esbulho ao ocupar a área.

É cediço que, para a propositura da ação de reintegração de posse, não é suficiente o título de domínio, nem a simples ocupação, mas a demonstração, de crucial importância, da prova inequívoca da posse e do esbulho (artigo 927, do CPC). A pretensão deduzida na demanda, repita-se, é exclusivamente possessória. Examina-se a matéria de fato e nessa seara a prova produzida se mostra inteiramente desfavorável à parte autora/recorrente.

Prevalece, ainda, o caráter dúplice nas ações possessórias quando as provas carreadas para os autos demonstram que a parte ré/recorrida efetivamente estava na posse do bem há mais de ano e dia, como ocorre na causa em tela.

Ante a falta de comprovação do exercício efetivo de posse anterior sobre o imóvel litigioso, bem como do alegado esbulho, merece ser mantida a improcedência da ação, consonante com elementos carreados para os autos em legislação em vigor, embasada nos seguintes fundamentos, fls. 245/248,

“(…)A proteção possessória buscada pela parte autora não se sustenta por ausência de provas quanto ao esbulho e o exercício da sua posse.

A alegação de que a área fora adquirida mediante contrato de compra e venda firmado com Cesare Brizi em 1999 não está provada neste processo. Não foi juntado documento neste sentido. A documentação acostada à folha 21 refere-se a uma declaração de Cesare Brizi admitindo ser proprietário de uma barraca de praia e admitindo como seu sócio o autor. Além disso o nome daquela barraca é outro e o instrumento sequer traz as metragens da área ocupada pelo estabelecimento. O documento capaz de provar a compra e venda firmada em 1999 deveria ter sido juntado com a inicial, único momento processual apto para tanto (artigos 283, 396, e 397, do CPC). Portanto, sem provas as narrativas de fls. 03, item 2, e 181, 8º§.

Em relação ao Alvará de Licença (folhas 19) se considerarmos como prova da posse, apesar de especificar a área da barraca diversa da declarada na inicial, então devemos atribuir o mesmo valor para os documentos do réu juntados às folhas 52/56 e 58 e 59. Referente ao contrato de comodato (folha 43) esclarece o Réu referir-se ele àquela primeira área ocupada desde 1999 e na qual fora construída um quiosque em 2002 a pedido da parte autora. Essa área foi aquela voluntariamente desocupada em 2005 (conferir 1º§ da folha 47). Após isso o réu passou a se instalar em área diversa, com autorização municipal (folha 193, 2º§). Não há provas nos autos de que essa área agora ocupada está compreendida no terreno pertencente à parte autora.

Até este ponto foi analisada a prova documental trazida aos autos por ambas as partes. Mas além dela produziu o réu prova testemunhal. As duas testemunhas confirmam a posse do réu desde 2006 sobre a área atualmente ocupada por ele. Vê-se, então, deter o réu melhor prova do exercício da posse sobre a área. Comprovando o réu possuir melhor posse, então o litígio a seu favor se resolve. (...)”

O parágrafo 3º do art.20 do CPC preceitua que a verba honorária é fixada dentre o limite de dez a vinte por cento do valor da condenação. O parágrafo 4º estabelece hipótese de exceção, ao dispor que, 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 equitativa do juiz.

Na hipótese, não obstante o valor atribuído à causa em R\$1.000,00 (hum mil reais) *‘para efeitos meramente fiscais’*, revela-se razoável a verba honorária da sucumbência arbitrada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), condizente com a natureza e o grau de dificuldade da ação, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado pelo patrono e o tempo exigido para o seu serviço.

Por tais razões nega-se provimento ao recurso.

TJBA – Apelação Cível n.º 0001030-89.2012.8.05.0081, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Livaldo Reaiche Raimundo Britto, julgado em 01.06.2015

RECURSO DE APELAÇÃO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO OFICIAL E DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO. PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO E ABERTURA DE MATRÍCULA DE IMÓVEL EM DE-CORRÊNCIA DE ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO PELOS RE-CORRENTES E TERCEIROS. DISCUSSÃO QUANTO À VALIDADE DA REFERIDA TRANSAÇÃO. DESCABIMENTO NOS PRESENTES AUTOS. APLICAÇÃO DO ART. 204 DA LRP. IMÓVEL ADQUIRIDO POR UM DOS APELANTES, EM VIRTUDE DE CESSÃO HEREDITÁRIA. CONFRONTAÇÕES EXTRAÍDAS DO AUTO DE ADJUDICAÇÃO, CONSTANTE DO PROCESSO Nº 388/90 DE INVENTÁRIO E PARTILHA. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO DO PLEITO DOS RECORRENTES, PORQUANTO DIVERGENTE DO PACTO HOMOLOGADO POR SENTENÇA. APELO IMPROVIDO. PREJUDICADOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRAVOS REGIMENTAIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0001030-89.2012.8.05.0081**, tendo como Apelantes **JOSÉ VALTER DIAS e sua esposa ILDENIR GONÇALVES DIAS**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO e JULGAR PREJUDICADOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRAVOS REGIMENTAIS.

RELATÓRIO

Trata-se de **RECURSO DE APELAÇÃO** interposto por **JOSÉ VALTER DIAS e ILDENIR GONÇALVES DIAS**, contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara dos Feitos de Rel. de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Formosa do Rio Preto, que, nos autos da Dúvida nº 0001030-89.2012.8.05.0081, suscitada por Davidson Dias de Araújo (Oficial do Registro de Imóveis e Hipotecas da aludida Comarca), julgou-a procedente, *ex vi* do art. 199 da Lei nº. 6.015/73, declarando não haver no Acordo Judicial, homologado nos fólios da Ação de Manutenção de Posse nº 0000157-61.1990.8.05.0081, determinação para o desmembramento da Matrícula nº 1037 e a abertura de novas matrículas pleiteadas pelos peticionantes, bem como indeferiu o requerimento, asseverando que, precedentemente, deveria ser ajuizada ação de retificação da área contida na Matrícula 1037, a fim de adequá-la à legislação em vigor.

Nas razões de decidir, afirmou que *“não se confunde o pedido e o acordo feito na Ação Possessória com a alteração no Registro de Imóveis da Comarca, tão somente a pretexto de possibilitar aos peticionantes a efetividade da sentença, para usarem e fruírem de seus bens com base na homologação do acordo.”*

Aduziu, ainda, que *“o procedimento legal da retificação da matrícula imobiliária foi suprimido pelos requerentes e além de fazerem vista grossa para a necessária retificação da matrícula 1037 buscam obter com oblição processual o desmembramento da área de 43.000 hectares discriminados através dos documentos que apresentaram de fls. 37 a 81 dos autos provenientes do acordo judicial.”*

Salientou que *“realmente é o caso do Juiz dar suporte ao oficial registrador verificando que o mesmo andou bem ao suscitar dúvida ao não ter encontrado no acordo judicial feito nos autos da Ação de Manutenção de Posse determinação do Juiz, para que se proceda a abertura de novas matrículas, totalizando 43.000 hectares desmembradas da matrícula n°. 1037, que até o momento não tem sequer 1 hectare de terra averbada no seu extenso conteúdo, como também não contém o mapa da área mencionada pelos peticionantes de fl. 29, memorial descritivo de fls. 30 a 36 e seus confrontantes. O requerimento dos peticionantes não está totalmente dentro das formalidades legais exigidas pela Lei dos Registros Públicos porque a matrícula 1037 não teve a sua área retificada nos termos da legislação em vigor, dela não se podendo desmembrar a área de 43.000 hectares mencionados na documentação encaminhada ao Cartório e abrir novas matrículas.”*

Irresignados com o *decisum*, **JOSÉ VALTER DIAS e ILDENIR GONÇALVES DIAS** interpuseram Apelação às fls. 140/174, alegando, em síntese, que o Oficial do Cartório não pode suscitar a Dúvida *ex officio*, porquanto, nos termos do art. 198 da Lei 6.015/1973, deve indicar as exigências necessárias ao registro por escrito e, não, encaminhar de imediato questionamento genérico ao Magistrado da Comarca.

Argumentaram a nulidade da sentença, porque prolatada *“sem que ao Ministério Público fosse dado vistas, pois a participação do Parquet, no caso em comento, ocorre no interesse da ordem pública de regularidade dos registros.”*

Sustentaram que o Julgador, ao não reconhecer os efeitos anexos da sentença homologatória, tal como a capacidade para certificar o direito a uma prestação já reconhecida e sob o pálio da coisa julgada material, nega-se eficácia imediata à norma jurídica e obsta, desnecessariamente, à máxima efetividade do direito.

Alegaram apresentação dos documentos suplicados pela Lei para o fim colimado, tendo sido satisfeitas todas as formalidades, no que tange à abertura de matrículas dos imóveis.

Arguíram, ainda, que *“a matrícula 1037 foi gerada a partir de um título extraído de autos de arrolamento e partilha, julgado por sentença em 1915, assim, na forma como se apresenta, está de acordo com a legislação anterior.”*

Aduziram que *“a retificação pretendida pelo douto magistrado é indubitavelmente desnecessária, podendo ser adequada de ofício pelo Oficial do Registro de Imóveis, já que a matrícula-mãe advém de formal de partilha anterior à legislação hodierna”*

Concluíram, buscando o conhecimento e recebimento do Recurso para que, ao final, seja anulada ou reformada a sentença vergastada.

Recebido o Apelo, foram os autos encaminhados ao Ministério Público de primeiro grau, que opinou pelo acatamento das preliminares de nulidade por ausência de intervenção do *Parquet* durante o curso de Suscitação de Dúvida, bem assim de ilegitimidade do Oficial de Registro de Imóveis de Formosa do Rio Preto, em suscitá-la, deixando o mérito para pronunciamento do Órgão Ministerial de segunda instância.

Instada a se manifestar, a doura Procuradoria de Justiça apresentou parecer, opinando pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do Recurso.

A então Relatora, a eminente Desembargadora Lisbete Maria Teixeira César Santos, determinou a intimação dos Apelantes, para que regularizassem a representação processual, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de negativa de seguimento.

Em cumprimento ao despacho, os Recorrentes juntaram cópia autêntica dos mandatos e das procurações outorgados ao Dr. Joilson Gonçalves Dias

No dia 31 de Julho de 2013, os Apelantes peticionaram postulando a distribuição dos fólios, por dependência, à digna Des. Maria da Graça Osório Pimentel Leal, que sucedeu o Juiz Convocado Edmilson Jatthy Fonseca Júnior, na forma do art. 253, inciso I, do Código de

Processo Civil, em virtude da atuação do mencionado Magistrado na Ação Cautelar n° 0311570-75.2012.805.0000 (já extinta).

Em seguida, refutaram os argumentos aludidos pela doura Procuradoria de Justiça, pugnando pela efetividade da decisão homologatória, postulando fosse ordenado o registro das áreas indicadas nos autos do processo referenciado, em conformidade com os mapas, memoriais descritivos e respectivos ARTs, consoante a Lei dos Registros Públicos, mediante desmembramento da Matrícula 1037, com abertura de novas matrículas em tantas quantas forem as áreas alcançadas pelo comando sentencial.

Além disso, acostaram extratos de consultas processuais, decisão de homologação do acordo e certidão de trânsito em julgado, datada de 30 de julho de 2013.

A Des^a. Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos, reconheceu a prevenção, declinando da competência e determinando o encaminhamento dos autos à Des^a Maria da Graça Osório Pimentel Leal. (fls. 247)

No dia 26/08/2013 (fls. 253/273), **JOSÉ VALTER DIAS e ILDENIR GONÇALVES DIAS** reiteraram o pedido de expedição de ofício ao titular do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Formosa do Rio Preto, com o intuito de determinar a abertura das matrículas pretendidas, sustentando a verossimilhança das suas alegações, porquanto a Lei utilizada pelo Magistrado singular fora objeto de equívoco, haja vista que o registro *mater* do imóvel em discussão ocorreu em 1915, devendo, por conseguinte, ser aplicada a norma anterior à Lei n°. 6.015/73.

No tocante ao *periculum in mora*, arguíram que são pessoas com idades avançadas, além do que muitos grileiros estariam invadindo a sua área, com ameaças de morte e utilização de força armada, desvelando mais uma característica da urgência, apontando, ainda, os casos de tentativa de apropriação das terras por intermédio de registros falsos, o que tem acarretado insegurança jurídica na região, passível de danos de difícil e incerta reparação.

Finalizaram, pugnando pela antecipação dos efeitos da tutela, nos termos pleiteados, colacionando farta documentação (fls. 275/346).

Em 04/09/2013, a então Relatora deferiu o pedido de concessão de tutela antecipada (fls. 348/352), com fulcro no art. 798 do CPC (poder geral de cautela), para determinar a expedição de ofício, inclusive via fac-símile, ao titular do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Formosa do Rio Preto, ordenando que procedesse à abertura das matrículas pretendidas, conforme os mapas, memoriais descritivos e ARTs que antecederam a sentença homologatória, com o respectivo desmembramento da Matrícula 1037, no prazo de 03 (três) dias, sob pena de desobediência.

Em petição protocolada no dia 09/09/2013, **GETÚLIO VARGAS GOMES DA FONSECA**, representado pelo Bel. Antônio Fábio dos Santos, requereu a intervenção no feito, informando a existência de uma Escritura Pública de Declaração outorgada/declarada por **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO**, sua esposa **AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO** e **REINALDO MASSAO OKAMOTO** (cópia anexa), cujo conteúdo ideológico trouxe de forma clara e objetiva a absoluta inexistência de manifestação de vontade, acordo ou transação extrajudicial nos moldes apresentados pelos Apelantes, posto que não outorgaram poderes especiais ao ‘suposto procurador’ Dr. Andrei Alexandre Taggesell Giostri OAB/BA870-A, deixando de reconhecer a validade ou a eficácia de qualquer ato, seja judicial ou extrajudicial, por ele praticado, em especial e sobretudo, no que tange ao suposto acordo extrajudicial e respectiva homologação em Juízo, que redundou no pedido de abertura e registro de matrículas e, conseqüentemente, nesta Apelação.

Ressaltou, ainda, que os fatos e circunstâncias narrados foram objeto de Ação Anulatória n°. 0000604-43.2013.80.0081, proposta pelos declarantes (**VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO e AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**), em trâmite na Comarca de Formosa do Rio Preto/BA.

Explicou que, na referida Escritura de Declaração, os signatários afirmaram a existência de

anterior instrumento de transação, celebrado sob condição irrevogável e irretirável, firmado em 18/11/2010, que englobou as áreas reivindicadas na Apelação (Matrícula 1037), no qual figuraram como transigentes, aqueles declarantes, demais compossuidores e sucessores, com a participação expressa e inequívoca dos próprios Recorrentes, sendo o único documento reconhecido como legítimo e eficaz, porém omitido pelos Apelantes.

Asseverou a tentativa de extrapolação dos limites objetivos da sentença de homologação, pois em momento algum aquele *decisum* fez referência às questões petitórias ou dominiais, mesmo porque tratava-se de composição extrajudicial de litígios possessórios, existindo impeditivo legal à apreciação simultânea e/ou conjunta das matérias já que excludentes entre si, tal como entendeu o Julgador primeiro.

Suscitou que *“o superveniente ingresso da citada anulatória no Juízo a quo, corroborada pela citada Escritura Pública de Declaração, além de confrontar e controverter de forma veemente as suscitações dos Apelantes, configura, sobretudo, questão prejudicial ao julgamento deste recurso de apelação, implicando a sua suspensão imediata, nos termos do art. 265, inciso IV, alínea a, do CPC.”*

Postulou, também, a determinação imediata de suspensão da presente Apelação, em virtude da questão de prejudicialidade externa oriunda da Ação Anulatória nº. 0000604-43.2013.805.0081 (fls. 357/360).

Ato contínuo, **GETÚLIO VARGAS GOMES DA FONSECA** também opôs Embargos de Declaração nº 00001030-89.2012.805.0081/50000, no dia de 13/09/2013, em desfavor da decisão antecipatória de tutela prolatada, sustentando *“vícios verificados no decisum, em especial no que tange à obscuridade surgida pela omissão e a contradição havida, que trazem à toda evidência a ausência de revestimento dos requisitos estruturais substanciais legalmente exigidos, fulminando a decisão embargada com nulidade absoluta intransponível.”*

Concluindo, pugnou pela concessão de efeito infringente ao julgado, a fim de que fosse anulado (fls. 380/382).

Por sua vez, **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO e AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO** interpuseram Agravo Regimental nº 0001030-89.2012.805.0081/50001 (fls. 383/398), aduzindo ser terceiros prejudicados, porquanto houve fraude no Acordo Extrajudicial estabelecido entre as partes.

Sustentaram violação ao art. 225, § 3º, da Lei de Registros Públicos, posto que se promoveu o desmembramento da área sem os documentos relativos ao georreferenciamento do Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA.

Logo, pleitearam a revogação da decisão cautelar, sob pena de sofrer lesão grave e de difícil reparação, colacionando documentos referentes às suas alegações (fls. 399/493).

Novamente, **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO e AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO** peticionaram nos fólios, buscando a reapreciação do *decisum* cautelar, juntando decisão prolatada pelo Juiz, nos autos da Ação Anulatória nº 0000604-43.2013.805.0081 (fls. 496/507), que determinou o registro daquela lide em todas as matrículas abertas, em virtude do cumprimento da decisão agravada.

O Oficial do Registro de Imóveis e Hipotecas, Davidson Dias de Araújo, informou o cumprimento da decisão de fls. 348/352 e encaminhou cópias das Matrículas abertas de n.ºs. 2858 a 2875 (fls. 546/566).

No dia 25.11.2013, os Apelantes peticionaram requerendo a expedição de ofício ao Juízo *a quo*, a fim de que se assegurasse a efetividade e eficácia da tutela antecipada, sob o fundamento de que a Empresa Estrela Guia Segurança Privada Ltda e outros passaram a realizar serviço de vigilância armada nos arredores da propriedade dos Autores, com flagrante escopo de intimidá-los.

Posteriormente, requereram a juntada da cópia da procuração *ad judicium* outorgada por **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO**, em favor do Bel. Andrey Alexandre Taggesell Gisos-

tri, advogado que assinou o Acordo firmado pelas partes, homologado pelo Juiz, e que ensejou a suscitação da Dúvida (fls. 581/582).

Ao se pronunciar, acerca das peças processuais atravessadas por diversos interessados, a então Relatora, em 27/11/2013, determinou o apensamento dos presentes autos aos Processos n.ºs. 0316040-52.2012.805.0000 (Ação Rescisória) e 0311570-75.2012.805.0000 (Cautelar Inominada), ambas ajuizadas por GETÚLIO VARGAS GOMES DA FONSECA, em razão da matéria debatida; a expedição de ofício, inclusive, via fac-símile, ao Magistrado de piso, ordenando que promovesse a efetividade e a eficácia da decisão prolatada, assegurando-se o exercício do direito de propriedade inerente aos Apelantes, nos termos requeridos às fls. 568/571, com as providências devidas; e declarou, de ofício, a suspensão da tramitação da presente lide e dos Processos acima mencionados, com fulcro no art. 265, IV, “a”, do Código de Processo Civil, estabelecendo que se aguardasse o julgamento do outro feito (Ação Anulatória nº 0000604-43.2013.805.0081), intentada por VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO para, só depois, retornarem conclusos os presentes autos à Relatoria, a fim de analisar o mérito, bem como os fólios do Agravo Regimental nº 0001030-89.2012.805.0081/50001 e dos Embargos de Declaração nº 0001030-89.2012.805.0081/50000 (fls. 584/588).

Às fls. 590/591, a **COOPERATIVA AGRÍCOLA DO CERRADO DO BRASIL CENTRAL LTDA** postulou seu ingresso na contenda, como terceiro interessado, bem assim vista dos autos.

A digna Relatora, pronunciando-se sobre o retromencionado pleito, reiterou a decisão de suspensão e determinou o encaminhamento do feito ao Arquivo Provisório (fl. 636).

De outro lado, **JOSÉ VALTER DIAS** e sua esposa **ILDENI VALTER DIAS** manejaram petição, reafirmando a necessidade de se corrigir o cadastramento dos autos, por constar como Apelados **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO e AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**.

A **COOPERATIVA AGRÍCOLA DO CERRADO DO BRASIL CENTRAL LTDA**, também irrisignada contra a decisão suspensiva do processo, requereu a retratação do *decisum* anteriormente prolatado e a revogação da decisão que ordenou a abertura de novas matrículas (fls. 647/657), por meio de Agravo Regimental nº 0001030-89.2012.805.0081/50004.

Sustentou que a Matrícula 1037 originou-se de um formal de partilha extraído dos autos da Ação nº 388/1990 e que *“o registro imobiliário da década de 90 sequer possui área definida, constando na noticiada matrícula apenas imprecisos limites e confrontações, as quais restam indicadas em Auto de Adjudicação, após partilha realizada no supra indicado Inventário.”*

Arguiu, ainda, que *“diversamente do quanto dispõe de forma clara o art. 176 da Lei Federal nº. 6015, o registro imobiliário reivindicado pelos apelantes possui mera referência de limites, totalmente imprecisos, os quais foram mapeados pelo então demandante da Ação Anulatória nº. 100 de 2008, com produção certificada de mapa, ora acostado, por meio do qual era possível se identificar a sobreposição imensa sobre imóveis de terceiros, entre eles a própria Agravante.”*

Salientou, também, que *“o imóvel de eventual propriedade dos Apelantes, ora agravados, indicado na matrícula nº. 1037, alcançaria segundo a empresa Algodoeira Goioerê Ltda, míseros 800 (oitocentos) hectares. Todavia, de forma absurda e inusitada, iludindo diversas instâncias do Poder Judiciário e da estrutura estatal administrativa, os ora apelantes propugnam que a matrícula nº. 1037 do CRI de Formosa do Rio Preto – BA, com originário de 800 (oitocentos) hectares, deteria a extensão estupenda de mais de 40.000 (quarenta mil) hectares.”*

Frisou que houve um Acordo precedente ao homologado judicialmente, concedendo direito de propriedade aos terceiros interessados constantes dos autos, bem como arguiu que os Apelantes pretendem institucionalizar a fraude material e a incorporação supostamente legítima de extensão rural que jamais pertenceu a **JOSÉ VALTER DIAS** e esposa.

Acostou aos fólios farta documentação (fls. 658/792), em grande parte, ilegível.

Em sequência, **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO** e sua esposa, **AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**, interpuseram outro Agravo Regimental 0001030-89.2012.805.0081/50005 (fls. 794/801), objetivando a revogação da “*decisão cautelar de imissão de posse ora objurgada, ou determinar a imediata suspensão dos seus efeitos, nos termos do art. 558 do CPC, até ulterior pronunciamento definitivo deste TJBA.*”

Em seus argumentos, aludiram que “*o cumprimento da medida acabou por atingir indiscriminadamente direitos não somente destes Agravantes, mas também de outros inúmeros terceiros que estão sendo sumariamente despojados de suas legítimas posses por efeito do intolerável desvirtuamento e extrapolação dos limites objetivos e subjetivos da lide recursal, o que, além de representar violação legal e constitucional, denota verdadeira aberração jurídica, já que a sobreposição de áreas e de matrículas não faz desaparecer ou mesmo cancelar as matrículas atingidas (entre estas matrículas, as que compreendem as áreas dos agravantes e seus sucessores elou cessionários), as quais permanecem válidas e surtin-do os efeitos legais. Neste particular, exsurge uma questão interessante, ou seja, qual o risco ou urgência para a abertura de novas matrículas se a matrícula originária n°. 1037 já se encontrava registrada em nome dos apelantes? Tal questionamento somente se explica no sentido de que os apelantes, com fins especulativos, querem se desfazer o mais breve possível do objeto obtido ilicitamente, transferindo-o à terceiros com intuito de dar contornos jurídicos, sugerir adquirentes de boa-fé e assim consumir o delito premeditado já na fase de confecção do acordo homologado, implicando lesão de incerta ou impossível reparação aos agravantes, que sequer foram ouvidos nas suas suscitações ante a suspensão do recurso, na forma como adiante explicitado.*”

Arguíram que, “*não satisfeitos apenas com o objeto de mérito do recurso lhes concedido em sede cautelar (concernente a abertura de matrículas e respectivos desmembramentos), os apelantes foram além; inovaram ilegalmente em sede do recurso, ferindo inclusive o princípio do tantum devolutum quantum appellatum tanto no plano horizontal – extensão do recurso, como no plano vertical – profundidade do recurso, porém, contando com o peculiar beneplácito, foram agraciados com nova decisão, esta muito mais agressiva e contundente, essencialmente causadora de lesão de incerta ou impossível reparação aos direitos dos agravantes e da sua sucessora (Bom Jesus Agropecuária Ltda).*”

Sustentaram, também, que “*esta nova decisão também fora de contexto, restou por franquear aos apelantes a possibilidade de se imitirem na posse dos imóveis dos terceiros que eles mesmos indicaram na cautelar. Aliás, diga-se de passagem, as irregulares ocupações, já tiveram seu início concretizado de fato, posto que na última sexta-feira 29/12/2013, quando sem qualquer determinação de cumprir-se adentraram abruptamente e se auto imitiram na posse do imóvel rural da empresa Bom Jesus Agropecuária Ltda, cessionária/sucessora dos agravantes.*”

Em seguida, **GETÚLIO VARGAS GOMES DA FONSECA** interpôs novo Agravo Regimental n° 0001030-89.2012.805.0081/50006 (fls. 818/822), aduzindo, em síntese, que “*a malograda decisão, de maneira paradoxal, ou seja, ao tempo em que reconheceu a prejudicialidade e as questões de ordem, capaz de determinar a suspensão do recurso de apelação e os conexos, contemplou de forma categórica, em sede monocrática, de maneira terminativa em favor dos Apelantes, sobre o pretexto de exercerem direitos de propriedade e domínio, o que desde já permitiria até mesmo a disponibilidade dos bens, imitando-os (apelantes) diretamente na posse pertencente a terceiros, sem o devido processo legal, seja ele de cunho possessório ou petitório, levando-se assim a cabo o intento criminoso dos apelantes, conforme notitia criminis apresentada perante o Ministério Público Estadual.*”

Diante de tais considerações, requereu a retratação da decisão agravada e a juntada de documentos probatórios (fls. 823/941)

Em despacho proferido às fls. 943/944, restou determinada a retificação da capa dos autos, para que os mencionados Apelados constantes dos autos figurem como interessados e sejam incluídos, também na mesma qualidade, **GETÚLIO VARGAS GOMES DA FONSECA**, a **COACERAL – COOPERATIVA AGRÍCOLA DO CERRADO CENTRAL DO BRASIL LTDA**

e seus respectivos patronos, bem assim ordenou-se a anexação dos instrumentos de mandato originais.

Os Apelantes requereram a juntada de petição endereçada ao CNJ com pedido de providências referente aos graves e preocupantes fatos que ocorrem na Região Oeste da Bahia.

Por sua vez, a **COACERAL – COOPERATIVA AGRÍCOLA DO CERRADO CENTRAL DO BRASIL LTDA**, requereu a redistribuição dos autos à Câmara Especial e Especializada do Extremo Oeste baiano (antes da instalação), em razão de possível incompetência da então Relatora. (fls. 1084/1085)

A Doutra Procuradoria de Justiça solicitou vista dos autos, para exame, o que foi deferido.

Os Recorrentes apresentaram petição (fls. 1163/11640, alegando que a manifestação do Ministério Público da Comarca de Barreiras, endereçada ao Juiz de Direito da Comarca de Corrente, Estado do Piauí, leva a crer que **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO** e sua esposa, **AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**, que litigam com **JOSÉ VALTER DIAS** e **ILDENIR GONÇALVES DIAS**, não conhecem limites para o engodo, a trapaça e a falsificação, quando procederam à tentativa de legalização de terras, reabrindo um inventário, do Sr. Suzano Ribeiro de Souza, 87 (oitenta e sete) anos após a sua morte, não obstante haver inventário na Comarca de Corrente – PI.

Postularam, também, a anexação de cópia do caderno processual da Ação de Adjudicação n° 388/90, promovida pelo Requerente (**JOSÉ VALTER DIAS**), com sentença transitada em julgado, perante a Comarca de Formosa do Rio Preto, onde lhe restou, por força de sentença, reconhecido o direito sobre a propriedade da Fazenda São José.

Diante de tais considerações, suplicou a juntada dos documentos suficientes para julgar a demanda (fls. 1165/1499).

Ato contínuo, o *Parquet* apresentou parecer, arguindo que “*consoante relatado no pedido de providências, esta Procuradoria de Justiça não foi regularmente intimada, diga-se, de forma pessoal, para ciência do provimento cautelar exarado monocraticamente pela Ilustre Relatora.*”

Apontou que, “*visando proteger interesse público primário, ensejador da sua atuação nos autos, deve o Ministério Público ser intimado, antes da suspensão do processo, como deveria ser feito, para que possa adotar as medidas pertinentes.*”

Diante de tais considerações, requereu a abertura de prazo para ciência e manifestação do que entender conveniente à Procuradoria, sob pena de nulidade absoluta do feito.

A **BOM JESUS AGROPECUÁRIA LTDA** postulou a sua intervenção litisconsorcial (fls. 1516/1608), argumentando que “*a apelação em epígrafe se trata de recurso proveniente da sentença de procedência da ação de suscitação de dúvida*”, que gerou a “*abertura de dezoito novas matrículas imobiliárias, na forma como pugnado pelos apelantes, as quais, implicaram sobreposição das matrículas imobiliárias da Fazenda Havana e Fazenda Bom Jesus, de propriedade e posse desta ora Interviente Litisconsorcial, conforme será sobejamente demonstrado e comprovado no decorrer desta peça processual.*”

Salientou, ademais, que as aberturas das matrículas ocasionaram violação ao Erário, uma vez que não foram pagos os impostos pertinentes para o desmembramento da matrícula.

Informou, outrossim, que nas decisões e atos “*se destacam não apenas as ilegalidades e violações já citadas, como também denota fortes indícios de parcialidade na condução do pleito, o que, no entender deste jurisdicionado, compromete o princípio da segurança jurídica, da imparcialidade e da isonomia, absolutamente necessários para o julgamento equânime, o que nos obrigou a, simultaneamente, opor exceção de suspeição, bem como representação junto ao CNJ (Processo n°. 0003174-56.2014.00.0000).*”

Argumentou, também, que “*da procedência da dúvida, resultou então este recurso de apelação n°. 0001030-89.2012.805.0081, distribuído por prevenção à Primeira Câmara Cível – TJBA*”, sob

a Relatoria da Desembargadora Maria da Graça Osório Pimentel Leal, “cuja distribuição reputa-se irregular, já que, em recursos de matérias administrativas, não se comporta aplicação de critérios de competência, existindo no TJBA Câmara Especializada, o que não foi observado.”

Aduziu, ainda, que “este recurso de apelação, em tese de procedimento administrativo, apresenta outras irregularidades formais, com manifesta ausência de pressupostos processuais, bem como das condições da ação, já que não consta o valor da causa, tampouco a parte passiva, posto que o Oficial Registrador não poderá ser considerado como parte para efeito de angularização processual, ipso facto, salvo melhor juízo, jamais poderia ter atingido terceiros na forma como de fato ocorreu.”

Ressaltou que “as duas decisões foram deflagradas à revelia do Ministério Público, o que, por tratar-se de nulidade absoluta, inclusive foi suscitado e denunciado, tanto ao MP como ao Corregedor de Justiça.”

Frisou, que “por efeito da segunda decisão, que obviamente nunca efetivou a primeira (já efetivada), mas concedeu sui generis imissão de posse em favor de terceiros (Joilson Gonçalves Dias e sua esposa), restou confirmada a supressão de instância, bem como violado o princípio do juiz natural, já que a posse sobre os imóveis (matéria estranha à apelação), já estava litigiosa no juízo de primeira instância, inclusive pela própria Interveniente Litisconsorte nos autos dos embargos de terceiros – proc. n. 0000320-35.2013.805.0081. Ad instar, houve uma manifesta distorção do pedido original do recurso, bem como deferimentos nulos de pleno direito, já que, nos conflitos que gravitam em torno do direito de propriedade, resta proscria a apreciação de direito possessório, sendo os ritos excludentes entre si (art. 923 do CPC).”

Diante de tais considerações, requereu a intervenção litisconsorcial, admitindo-o como terceiro juridicamente interessado e prejudicado, bem como buscou a revogação das decisões cautelares prolatadas.

Na sequência, a **BOM JESUS AGROPECUÁRIA LTDA** também arguiu Exceção de Suspeição contra a digna Relatora, Des^a Maria da Graça Osório Pimentel Leal (fls. 1610/1635), colacionando documentos às fls. 1636/1862.

Os Recorrentes apresentaram peça processual, alegando a existência de Fato Novo, nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil, aduzindo que **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO, BOM JESUS AGROPECUÁRIA LTDA, GETÚLIO VARGAS DA FONSECA e OUTROS** tentam induzir este Egrégio Tribunal de Justiça em erro, por meio da montagem de um inventário fraudulento (fls. 1864/1941).

Noticiaram que o Inventário de Delfino Ribeiro Barros era nulo e fraudulento, tendo a matrícula referente à Fazenda São José sido indevidamente “vendida”. Destacou que restou reconhecida a fraude na matrícula, por meio de sentença transitada em julgado, impedindo-se o reconhecimento do direito dos terceiros interessados, porquanto as matrículas que estes detêm foram originadas de uma outra fraudada.

Argumentaram, ainda, que, “na finalização da cadeia sucessiva de atos ilícitos, concomitantemente à busca do interesse maior, demarcaram e dividiram o suposto quinhão hereditário da Fazenda São José, supedaneado em um atestado de óbito (declarado por sentença como nulo de pleno direito, na Comarca de Corrente – PI), em limites transformados em hectares de forma estratosférica e irreal, com respectivo cadastramento desta farsa junto ao INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.”

Acrescentaram, também, que, “desde aquela época, Vicente Mashahiro Okamoto e sua mulher, Amélia Toyoko Okamoto, já sabiam de toda a fraude, inclusive participando ativamente dos Processos desde os remotos tempos da ignominiosa e repugnante falcaturia, conforme se depreende da cópia reprográfica abaixo fixada (fl. 1884), pois sua única e perversa intenção era a de grilar terras que não lhes pertenciam e nunca pertenceram, em conluio com a súcia a qual se associaram.”

Salientaram, outrossim, que “todos os processos que envolvem ou envolveram as partes ex ad-

versas dos peticionários extinguem-se por acordo. Seja ele judicial ou extrajudicial, não ofertando ao Judiciário a oportunidade de se posicionar de maneira cogente sobre o tema.”

Frisaram que “diversos fatos não poderiam ser conhecidos, porquanto os contendores, em conluio, solicitaram o desentranhamento de todas as peças processuais, como supra indicado ficou, fazendo com que elas deixassem de existir no mundo jurídico, mas não no mundo real, ou seja, a falsa certidão de óbito e o consequente Inventário fraudulento, eram e continuam sendo fato e, no momento, fato novo. Alerta-se, no entanto, que as desistências e renúncias, bem como suas homologações judiciais, não convalidam os atos ilícitos perpetrados, os quais se projetam na esfera penal, civil e constitucional, na medida em que envolvem interesse público.”

Afirmaram, inclusive, que “o temerário e enigmático processo n.º 0026769-81.2010.805.0001, o qual tramitou na 7ª Vara dos Feitos de Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador, e que tem, como autor, Abdul Latife, réu, Vicente Okamoto (em conluio velado com a Bom Jesus Agropecuária Ltda), encontra-se há anos em poder do próprio autor. Em seu bojo encontraram-se revelações que podem comprometer a todos eles de maneira indiscutivelmente trágica, mas a que não se pode ter acesso, nem mesmo consultar os documentos eletronicamente apensos a ele no sítio oficial do TJBA, porquanto, inexplicavelmente, mesmo estando julgado, aponta que se trata de segredo de justiça, demandando senha para o seu acesso.”

Comunicaram que “o próprio Parquet da Bahia, por iniciativa de ofício, buscou elidir esta repulsiva farsa, pugnando pela inexistência e cancelamento das matrículas e registros n.ºs. 726, 727 e as subsequentes e delas derivadas (C.R.I. de Formosa do Rio Preto – BA), tendo decisão favorável ao pleito formulado.” Asseveraram que, após intervenção de **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO**, o cancelamento foi revogado pela Corregedoria sob a justificativa de que “o Parquet não teria legitimidade para o pleito, apesar de tratar-se de matéria de ordem pública, não existindo alguém mais legitimado que o próprio MP para peticionar.”

Diante de tais considerações, pleitearam pela “total procedência desta petição com a Decretação/Declaração judicial de nulidade elou inexistência do segundo Inventário de Suzano Ribeiro de Souza, Processo n.º. 2703/78, que tramitou no Juízo e Comarca de Santa Rita de Cássia – BA, em razão dos vícios e simulações perpetradas como amplamente se demonstrou, mas, principalmente, por ter-se originado de um Registro de Óbito tornado nulo por sentença, fazendo coisa julgada, portanto, questão puramente de direito e de ordem pública. Com a Decretação/Declaração de nulidade do Inventário – Processo n.º. 2703/78, por consequência lógica, seja Decretada/Declarada a inexistência e nulidade de todas as matrículas surgidas por ocasião do retromencionado Inventário, especificamente a 726, 727, 980, 1.010, 1.011, 1.012, bem como as subsequentes que delas derivaram, em especial a 654 e 655, todas do já mencionado Cartório de Registro, e, por conseguinte, sejam feitos os respectivos cancelamentos. Com a decretação/declaração de nulidade das Matrículas e seus subsequentes cancelamentos, sejam os Peticionários reconduzidos e reocupados nas propriedades albergadas pela Matrícula 1037 do CRI de Formosa do Rio Preto – BA, na sua totalidade, posto terem sido, indevidamente e injustamente, esbulhados de parte delas especificamente naquelas cujas matrículas se pleiteia o cancelamento; e, por fim, com a Decretação/Declaração de nulidade das matrículas e seus consequentes cancelamentos, sejam oficiados do feito o INCRA, IBAMA, INEMA, Receita Federal, Secretaria do Meio Ambiente de Formosa do Rio Preto – BA e demais Órgãos Públicos que Vossa Excelência entenda necessário conhecer.”

Ato contínuo, a eminente Des^a Maria da Graça Osório Pimentel Leal declarou-se suspeita, no dia 01.09.2014, “por motivo de foro íntimo, desde o despacho inicial, na Apelação Cível n.º 0001030-89.2012.805.0000, na Ação Rescisória n.º 0316040-52.2012.805.0000, na Ação Cautelar Inominada n.º 0311570-75.2012.805.0000 e seus respectivos incidentes processuais”.

Às fls. 1963/1965, a **BOM JESUS AGROPECUÁRIA LTDA**, após a ciência da declaração de suspeição, requereu a nulidade dos atos praticados pela antecessora, determinando-se a expe-

dição de ofício ao Oficial Titular do Registro Imobiliário da Comarca de Formosa do Rio Preto, a fim de cancelar as 18 (dezoito) Matrículas abertas por ordem da mesma.

Havendo sido determinado o encaminhamento dos autos ao Substituto legal, coube-me a Relatoria, por ter ocupado a vaga deixada pela Desª Marta Karaoglan, após aposentação, vindo-me conclusos no dia. 03.10.2014.

Os Recorrentes aviaram petição informando que o Mandado de Segurança, tombado sob o nº 0002834-73.2014.805.0000, impetrado por **SAUL MOSSOLINI DORIGON**, contra o ato judicial concessivo dos efeitos da antecipação de tutela, após ter sido suspenso, liminarmente, por decisão da Desª Daisy Lago Ribeiro Coelho, no plantão judiciário, foi extinto por ausência de interesse de agir, no dia 09/12/2014, requerendo a juntada integral do referido *writ* (fls. 1968/2362), havendo novamente reiterado tal fato às fls. 2364/2372.

Em seguida, **SAUL MOSSOLINI DORIGON (fls. 2374/2501)** requereu ingresso nos autos, alegando prejuízo pela decisão antecipatória, haja vista ter firmado parceria agrícola com a empresa **BOM JESUS AGROPECUÁRIA LTDA**, usufruindo da posse direta da Fazenda Bom Jesus, objeto da Matrícula 2678, e da Fazenda Havana (Matrícula 2679), cujas áreas foram atingidas por efeito da sobreposição de matrículas decorrentes do aludido *decisum*.

Concluiu, postulando pela apreciação da declaração de nulidade dos atos prolatados pela Relatoria antecedente.

É o relatório.

Exsurge dos autos a tempestividade do inconformismo, bem como o atendimento aos demais pressupostos de admissibilidade, merecendo ser apreciado.

Trata-se de Apelação interposta contra a sentença, que julgou procedente a suscitação de Dúvida formulada pelo Oficial do Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Formosa do Rio Preto.

Ab initio, devem ser esclarecidas algumas questões surgidas ao longo da marcha processual.

A primeira delas diz respeito aos efeitos da declaração de suspeição da anterior Relatoria, pois, embora a digna Desembargadora tenha se declarado suspeita “desde o despacho inicial, na Apelação Cível nº 0001030-89.2012.805.0000, na Ação Rescisória nº 0316040-52.2012.805.0000, na Ação Cautelar Inominada nº 0311570-75.2012.805.0000 e seus respectivos incidentes processuais”, a aludida causa de parcialidade possui efeitos *ex nunc*, porquanto é superveniente.

Nesse sentido, o posicionamento do STJ, nos seguintes arestos:

PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEIS. SUSPEIÇÃO DO JUIZ. ALEGAÇÃO. NULIDADE AUTOMÁTICA DOS ATOS DE INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DE CONTRATOS. IMPOSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. VENDA DE COMBUSTÍVEL EM VOLUME MENOR QUE O CONTRATADO. PRONTA VERIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA RECONHECIDA.

1. Se o Tribunal rejeita o pedido de reconhecimento de suspeição do perito com fundamento em que a parte não a arguiu no momento processual oportuno, a saber, a primeira oportunidade de falar nos autos (art. 138, §1º, do CPC), o recurso especial deve ser interposto mediante a impugnação dessa norma específica, sob pena de não conhecimento.

2. O fato de o juízo que presidiu a instrução do processo ter se declarado suspeito antes de proferir sentença não gera, de modo automático, a nulidade de todos os atos de instrução. Se o juízo que posteriormente assumiu a condução do processo não verifica a necessidade de repetição das provas, é possível corroborar os atos praticados por seu antecessor. O CPC traça uma diferença fundamental entre as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz. As hipóteses de impe-

dimento geram nulidade de pleno direito do ato praticado, possibilitando até mesmo o ajuizamento de ação rescisória para impugnação do ato judicial. As hipóteses de suspeição, contudo, não dão lugar a ação rescisória, de modo que, para serem reconhecidas, devem ser arguidas na forma do art. 304 do CPC, sob pena de preclusão.

3. A análise da irrisignação da recorrente quanto à mora do recorrido, justificando a oposição de exceção de contrato não cumprido, baseada no fato de que os contratos de “vendedor” foram mal interpretados pelo Tribunal de origem, esbarra no óbice do Enunciado 5 da Súmula/STJ.

(...)

8. Recurso especial nº 1.330.289/PR conhecido e parcialmente provido; Recurso especial nº 1.275.156/PR conhecido e improvido.

(REsp 1330289/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO/FUNDAMENTO AUSENTE DO MANDAMUS. SUSPEIÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE DE ATOS PRATICADOS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRECLUSÃO. INIMIZADE NÃO DEMONSTRADA. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. SÚMULA VINCULANTE 5/STJ. TENTATIVAS DE INTIMAÇÃO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO ADVOGADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL. ENDEREÇO EQUIVOCADAMENTE DECLINADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. REJEIÇÃO DE REQUERIMENTOS FUNDAMENTADA.

1. Trata-se, na origem, de Processo Administrativo instaurado contra o recorrente, então magistrado, sob as acusações de a) favorecer fuga de preso condenado a 28 anos de prisão, b) arrecadar quantia, promovendo “festa”, para a referida fuga c) ter como motorista policial militar que respondia a processo sob sua jurisdição, d) direcionar distribuição de processos para favorecimento de alguns advogados, e e) reter duas pistolas (9mm e PT 380 Taurus). Com a conclusão do processo, foi-lhe aplicada penalidade de aposentadoria compulsória.

2. A alegação de desproporcionalidade da pena não é objeto da impetração, e, portanto, não gera anulação do ato atacado. Julgá-lo desbordaria os limites do processo, excederia a devolutividade e resultaria em julgamento extra petita.

3. A suspeição decorrente de fato superveniente não importa na nulidade de todos os atos do processo. Precedentes do STJ.

4. Se se entendesse pela pré-existência da causa, a Exceção de Suspeição estaria preclusa (CPC, arts. 138 e 305) porque oferecida dez meses após o primeiro ato decisório, conforme precedentes do STJ. Apesar disso, o recorrente não demonstrou o direito líquido e certo à anulação por imparcialidade.

(...)

8. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 33.456/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 16/05/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE JUIZ PELO STJ. PRESERVAÇÃO DOS ATOS JÁ PRATICADOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - O STJ declarou suspeito o magistrado de 1ª instância que atuou neste caso, Dr. Mauro Caum Gonçalves, preservando, contudo, os atos praticados antes dessa decisão, como ocorreu na presente hipótese (Resp 1165623/RS, Rel. Min.

Vasco Della Giustina).

II - Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171870/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 25/02/2011)

Logo, restam hígidos os atos processuais praticados anteriormente ao reconhecimento da suspeição, especialmente a decisão que ordenou a abertura das Matrículas, desmembradas da Matrícula nº 1037.

Todavia, merece ser revogada a determinação de suspensão do presente Apelo, bem como dos apensos (Ação Rescisória nº 0316040-52.2012.805.0000 e Ação Cautelar Inominada nº 0311570-75.2012.805.0000), haja vista encontrarem-se maduros para julgamento, mormente porque as duas últimas lides já foram extintas, dependendo, apenas, da apreciação dos Embargos de Declaração nº 0316040-52.2012.8.05.0000/50001; nº 0316040-52.2012.8.05.0000/50001 e nº 0311570-75.2012.8.05.0000/50006, enquanto que a Ação Anulatória nº 0000604-43.2013.805.0081, movida por **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO**, tramita em sua fase inicial, na Comarca de Formosa do Rio Preto.

No tocante ao pedido de envio dos autos à Câmara do Oeste, verifica-se que não se enquadra na hipótese prevista pelo art. 4º, §2º, da Resolução nº 05/2014, do Tribunal Pleno, que determina a redistribuição dos processos aforados na sede do Tribunal de Justiça, nos trezentos e sessenta e cinco dias antecedentes à instalação do Órgão fracionário, porquanto o presente Apelo foi distribuído no dia 27.05.2013.

Dito isso, cumpre restringir-se ao cerne da *quaestio juris*.

Os Recorrentes se insurgiram contra a decisão terminativa do Magistrado a quo, que, nos autos da Dúvida referida, afirmou não ter autorizado a abertura de novas Matrículas em nome dos litigantes, no Acordo homologado judicialmente, nos autos da Ação de Manutenção de Posse nº 0000157-61.1990.805.0081, ajuizada por **JOSÉ VALTER DIAS e ILDENI GONÇALVES DIAS em face de SOCIEDADE AGROPECUÁRIA VALE DO RIO CLARO, ALGODOEIRA GOIOERÊ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, ALBERTO YUTARO OKAMOTO, SETUCO KATO OKAMOTO, VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO, AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO, JULIO KENZO OKAMOTO E SUA MULHER, ALBERT OYUTARO OKAMOTO E SUA MULHER, SINEZIO SITORI E SUA MULHER, IRINEU BENTO DEMARCHI E SUA MULHER**, pacto este celebrado entre a ALGODOEIRA GOIOERÊ INDÚSTRIA E COMÉRCIO, os APELANTES, **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO** e sua esposa, **AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**, e os terceiros interessados (**JOILSON GONÇALVES DIAS, JOSEBIAS DIAS LIMA E INDÚSTRIA E COMÉRCIO ASSAIMENKA**), havendo o Julgador indeferido o requerimento de fls. 04 a 07 dos peticionantes e estabelecido que deveria, precedentemente, ser providenciada a retificação de área da mencionada Matrícula, a fim de adequá-la à legislação em vigor.

A dúvida “é o pedido de natureza administrativa, formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante do título imobiliário, para que o juiz competente decida sobre a legitimidade de exigência feita, como condição de registro pretendido”.¹⁵

Assim, preliminarmente, afasta-se a ilegitimidade do Oficial para iniciar o citado Procedimento de Dúvida, uma vez que previsto no art. 198 da Lei nº 6.015/73.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

Ementa: SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”. É LEGITIMADO PARA SUSCITAR DÚVIDA APENAS O OFICIAL

15 CENEVIVA, Walter; **In Lei dos Registros Públicos Comentada**, editora Saraiva, 16ª edição atualizada, 2005, p. 427

DO CARTÓRIO DE REGISTRO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 198 DA LEI 6.015/73. Negaram provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Cível Nº 70005758552, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 17/11/2003)

Ademais, inexistente motivo para anular a sentença, em virtude da ausência de participação do Ministério Público, em todo o procedimento, haja vista o *Parquet* ter se manifestado em duas oportunidades, em ambas as instâncias, tendo a Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 197/198, nessa linha de inteligência, assim entendido conforme trecho do parecer exarado, a seguir transcrito:

“Em não havendo impugnação, não há que se falar em obrigatoriedade da intervenção ministerial antes da prolação da sentença, devendo o Parquet, entretanto, ser intimado do decisum que julgou a Dúvida, na forma do art. 202 da LRP, oportunidade em que poderá, se assim entender, interpor o recurso pertinente.

No caso dos autos, porque não houve impugnação da Dúvida pela parte interessada, que, ao se manifestar às fls. 126/129, inclusive requereu a supressão da ouvida ministerial, não há qualquer irregularidade no feito a ensejar a invocada nulidade por ausência de Ministério Público antes da prolação da sentença.” (fls. 197/198)

Posteriormente, a ilustre Procuradora de Justiça, que atuava no caso *sub examine*, declarou sua suspeição (fls. 1504), havendo a digna Procuradora, que a substituiu, adotado entendimento em sentido diverso (fls. 1506/1515), sustentando a imprescindibilidade da intervenção ministerial, durante o trâmite do procedimento.

Todavia, o opinativo primevo coaduna-se com a melhor doutrina, conforme os comentários de Walter Ceneviva ao art. 199 da Lei dos Registros Públicos, *in verbis*:

“Impugnada a dúvida, deve ser ouvido o Ministério Público. Pareceria, dada a menção expressa constante do artigo seguinte, que só em caso de impugnação o Ministério Público interviria. Entretanto, o CPC supre a deficiência impondo-lhe a intervenção “como fiscal da lei”. A diferença está em que, não havendo impugnação pelo interessado e proferida a decisão, o Ministério Público é dela intimado, intervindo para recorrer ou não.”¹⁶

Rejeitadas as preliminares, indispensável uma digressão acerca dos fatos que culminaram na presente demanda.

Os Recorrentes (**JOSÉ VALTER DIAS e ILDENIR GONÇALVES DIAS**) apresentaram requerimento ao Oficial de Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Formosa do Rio Preto, no dia 11 de dezembro de 2012, para averbação à margem da Matrícula 1037 e abertura de novas Matrículas, acostando dezoito (18) Mapas e Memoriais Descritivos, em virtude de Acordo Judicial celebrado entre eles, a **ALGODOEIRA GOIOERÊ INDÚSTRIA E COMÉRCIO, VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO** e sua esposa **AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**, bem como os terceiros interessados (**JOILSON GONÇALVES DIAS, JOSEBIAS DIAS LIMA E INDÚSTRIA E COMÉRCIO ASSAIMENKA**), consoante Termo de Audiência e Conciliação, datado de 25 de junho de 2012.

O Oficial, no entanto, entendeu pertinente suscitar Dúvida ao Juízo da referida Comarca, posto que, segundo ele, da sentença homologatória do Acordo não constou a determinação de abertura das Matrículas pleiteadas pelos Apresentantes, posicionamento acolhido pelo Magistra-

16 CENEVIVA, Walter; **In Lei dos Registros Públicos Comentada**, editora Saraiva, 16ª edição atualizada, 2005, p. 436.

do quando do julgamento procedente, sendo válido salientar que as referidas decisões (homologação e procedência) foram prolatadas pelo mesmo Juiz.

Da análise dos fôlios, especialmente do Acordo assinado (doc. de fls. 10/14), observa-se a clareza das cláusulas pactuadas, abaixo transpostas:

“III – Desta feita, com o intuito de se solucionar os conflitos pretéritos, bem como os hodiernos, e ainda, resolver pacificamente as lides que envolvem as partes e os terceiros interessados, aditam o acordo extra anteriormente formulado, para que seja homologado por este Juízo com fulcro a alcançar uma solução pacífica das contendas que envolvem as partes acima, nos termos a seguir:

- a) os réus reconhecem a **posse e domínio** dos autores sobre uma área de terras com aproximadamente, no mínimo, 43 mil hectares, cujo tamanho real será apurado após as devidas medições e georreferenciamento e que incide sob a matrícula 1037;
- b) acordam, também, que após concluídos os serviços de medição e georreferenciamento, com o escopo de definir precisamente a área do terreno, e, após retirar da referida área uma gleba de 21.000 ha que ficará para os autores, estes se obrigam a transmitir aos réus o restante da área remanescente, independentemente da quantia que vier a ser apurada;
- c) Esclarece a Vossa Excelência que a referida matrícula 1037, foi anteriormente objeto de uma ação neste juízo, tombada sob n°. 100/08, atualmente processo n°. 0000273-37.2008.805.0081, tendo como autora a Algodoeira Goioerê Indústria e Comércio Ltda (de propriedade dos requeridos) e como requeridos os ora autores, onde determinou a intimação do BNDES, pois receava que a mesma estivesse sobrepondo-se as áreas arrematadas pelo BNDES, objeto das matrículas 654 e 655 (Fazenda São João e Boa Vista), receio este que ficou afastado face à inexistência da suposta sobreposição.”

O Juiz, por sua vez, na audiência de conciliação, no dia 25.06.2012, prolatou a seguinte decisão: *“que as partes, por seus advogados aqui presentes ratificaram o acordo feito através do instrumento particular de folhas 641 a 658 dos autos. Que disseram ainda ao Juiz que cada parte arcará com os honorários de seu respectivo advogado. Que o Juiz confirmou o acordo feito através do instrumento particular de folhas 641 a 658 e assegurou a transação que foi feita nos autos pelas partes todos os efeitos jurídicos legais, por sentença com resolução do mérito, com base no art. 269, inciso III, do CPC. Determino que seja expedido mandado judicial ao cartório do registro de imóveis e hipotecas desta cidade para que seja feita averbação da presente sentença na matrícula 1037, devendo certificar o cumprimento do mandado judicial. Determino, ainda, que sejam transladadas cópias do acordo e desta sentença para os autos n°. 0000458-36.2012.805.0081 (Interdito Proibitório); n°. 0000505-10.2012.805.0081 (Embargos de Terceiro); n°. 0000573-57.2012.805.0081 (Ação de Reintegração de Posse) e processo n°. 0000148-02.1990.805.0081 (Interdito Proibitório) declarando todos extintos por sentença de mérito nos termos do art. 269, inciso III, do CPC. Determino o cumprimento do acordo e arquivamento do processo.”* (doc. de fls. 82/83)

Embora se tratasse de demanda possessória, as partes, devidamente representadas por seus Patronos, decidiram por fim às disputas envolvendo vasta área na Região Oeste do Estado, **reconhecendo não somente a posse, como o domínio em favor dos Apelantes**, havendo o mesmo Juiz que homologou os termos da avença **“e assegurou à transação que foi feita nos autos pelas partes todos os efeitos jurídicos legais”**, surpreendido com posicionamento posterior, entendendo que da homologação **“não constou a determinação de abertura das matrículas”**.

Outrossim, de acordo com a referida Matrícula, o imóvel era de propriedade do Recorrente (**JOSÉ VALTER DIAS**), tendo sido sua confrontação definida no Auto de Adjudicação, extraído do Processo nº 388/90 (Inventário e Partilha dos bens deixados pelo falecimento de

Delfino Ribeiro Barros), que tramitou na Comarca de Formosa do Rio Preto, conforme doc. de fl. 1.312/1.314, cujo trecho segue transcrito:

“Aos (25) vinte e cinco dias do mês de (03) março de 1997 (hum mil e novecentos e noventa e sete), nesta cidade e Comarca de Formosa de Rio Preto, Bahia, na Sala de Audiências do MM Juiz de Direito Substituto desta Comarca, Dr. Cláudio Fernandes de Oliveira, e comigo Escrivã, compareceu o sr. JOSÉ VALTER DIAS, brasileiro, casado, comerciante, Carteira de Identidade 1.406.775/SSP/BA, Inventariante dos bens deixados por falecimento de Delfino Ribeiro Barros, representado por seu advogado Bel. Hécio Moacyr Arbo, OAB/BA, no qual ADJUDICA sendo o mesmo deferido pelo MM. Juiz de Direito, os bens deixados no presente Inventário, lavrado o presente Auto de Adjudicação, para que o Inventariante possa transferir a matrícula/registro do Imóvel Fazenda José, localizada no Município e Comarca de Formosa de Rio Preto, Bahia, dentro dos limites seguintes: Ao Norte com o desaguador da Serra Geral, na divisa dos Estados de Piauí e Bahia, ao Sul, com a margem esquerda do Rio Sapão; Leste, com os sucessores de Suzano de Souza e sua mulher, D. Maria da Conceição Ribeiro (Zulmiro Avelino Ribeiro e Fazenda Bom Jarim) e Nelson Pulicce e Milton Luiz Homs; Oeste, com o divisor de águas da Serra Geral, nas divisas dos Estados da Bahia e Goiás (atualmente Tocantins), matriculado sob o nº 3.193, Livro/2-J Registro Geral, em 29.03.1985, no Cartório de Registro de Imóveis de Santa Rita de Cássia, Bahia, para seu nome, na forma da Lei.”

Além disso, o Acordo determinou que, da área pertencente aos Recorrentes, 21.000 hectares permaneceriam sob sua propriedade e o restante seria transferido para o Sr. **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO** e sua esposa, **AMÉLIA TOYOKO OKAMOTO**.

De mais a mais, a procuração outorgada por **VICENTE MASHAHIRO OKAMOTO** ao Bel. Andrey Alexandre Taggesell Gisotri conferiu **“amplos e ilimitados poderes para o foro em geral, com a cláusula ad judicium, a fim de que possa defender os interesses e direitos do outorgante perante qualquer Juízo, de primeiro ou segundo grau de jurisdição, repartição pública, autarquias, propondo ação competente em que o outorgante seja autor, e defendê-lo quando for réu, interessado ou requerido, seja em qual esfera do direito for, podendo transigir, desistir, recorrer, receber e dar quitação, confessar, firmar compromissos, e, vedado o substabelecimento, praticar todos os atos necessários para o bom e fiel cumprimento deste mandato, dando tudo por bom, firme e valioso”** (doc. de fls. 582), sendo eficaz, até que, eventualmente, ocorra a invalidação do quanto acordado¹⁷.

Gize-se que o Acordo foi celebrado no bojo da Ação Possessória nº 0000157-61.1990.805.0081, havendo os Recorrentes concordado com a perda de 22.000 ha (vinte e dois mil hectares).

Cumprir registrar, também, que, ao menos nestes autos, não há como arguir-se a nulidade do Acordo firmado, porquanto impertinente no Procedimento da Dúvida, pois, malgrado o entendimento esposado por este Colegiado seja proferido por órgão jurisdicional, não se trata de típico exercício de função judicial.

Tal interpretação é a que exsurge do disposto no art. 204 da LRP:

Art. 204 - A decisão da dúvida tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso competente.

De outra banda, encontra-se maduro o objeto do presente inconformismo para ser aprecia-

¹⁷ Nesse sentido, STJ, RMS 16.565/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 546

do, não dependendo do deslinde da Ação Anulatória de nº 0000604-43.2013.805.0081.

Entretanto, malgrado o Acordo esteja hígido a produzir efeitos, estes só abarcariam a divisão da propriedade pertencente ao Recorrente (**JOSÉ VALTER DIAS**), propriamente dita. Consequentemente, poderia ele providenciar o desmembramento da matrícula sem que houvesse a determinação judicial, considerando que no teor do pacto celebrado e homologado judicialmente há o reconhecimento da posse e do domínio da propriedade objeto da Matrícula nº 1037.

De outra banda, não poderia o Recorrente (**JOSÉ VALTER DIAS**) providenciar novos desmembramentos da sua parte, inclusive, em nome de JOILSON GONÇALVES DIAS e da esposa deste, KENIA DA FRANÇA CAJANGO, sem que houvesse atos *inter vivos*, pois ambos são terceiros, mesmo considerando-se o fato do primeiro ser filho do Apelante, bem como seu procurador; tampouco a abertura das 18 Matrículas poderia incidir sobre a extensão total da área, pois somente lhe coube 21 mil hectares.

Contudo, consoante os documentos de fls. 548/566, o Oficial do Registro de Imóveis e Hipotecas da Comarca de Formosa do Rio Preto efetuou o desmembramento integral da Fazenda São José (Matrícula 1037), nos termos seguintes:

I – Fazenda Paredão III: Matrícula nº. 2860, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José; Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 1.632,3402 hectares.

II – Fazenda Paredão II: Matrícula nº. 2859, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 1.602,4280 hectares.

III – Fazenda Paredão I: Matrícula nº. 2858, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José; Proprietário: Joilson Gonçalves Dias, Área de 1.562,0218 hectares.

IV – Fazenda Paredão IV: Matrícula nº. 2861, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José; Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 1.660,2375 hectares.

V – Fazenda Paredão V: Matrícula nº. 2862, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José; proprietário Joilson Gonçalves Dias; Área de 1.584,0430 hectares.

VI – Fazenda Paredão VI: Matrícula nº. 2863, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José; Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 1.678,0491 hectares.

VII – Fazenda Paredão VII: Matrícula nº. 2864, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 1.485,4203 hectares.

VIII – Fazenda Paredão VIII: Matrícula nº. 2865, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 1.460,6567 hectares.

IX – Fazenda Cocal: Matrícula nº. 2866, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 2.440,6504 hectares.

X – Fazenda São José: Matrícula nº. 2867, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 4.318,4682 hectares.

XI – Fazenda Califórnia: Matrícula nº. 2868, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 594,3550 hectares.

XII – Fazenda Triângulo: Matrícula nº. 2869, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 3.375,082 hectares.

XIII – Fazenda Lilita: Matrícula nº. 2870, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 1.652,7686 hectares.

XIV – Fazenda Jézer: Matrícula nº. 2871, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 2.167,0444 hectares.

XV – Fazenda Conquista: Matrícula nº. 2872, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: José Valter Dias; Área de 974,6654 hectares.

XVI – Fazenda São Felipe: Matrícula nº. 2873, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 4.423,2089 hectares.

XVII – Fazenda Marcella: Matrícula nº. 2874, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Kenia da França Cajango; Área de 8.338,4854 hectares.

XVIII – Fazenda Paredão: Matrícula nº. 2875, Data de Abertura: 06/09/2013; Desmembramento da Fazenda São José, Proprietário: Joilson Gonçalves Dias; Área de 2.050,0751 hectares.

Ademais, o desmembramento que poderia ter sido providenciado pelo Recorrente (**JOSÉ VALTER DIAS**), em razão da propriedade, deveria observar os ditames da Lei nº 6.015/73, especificamente o art. 176, §1º, item 3, a e §§ 3º, 4º, 5º e 6º, que preveem a certificação pelo Incra dos memoriais descritivos e do georreferenciamento.

Vale ressaltar que a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN n 4866) contra os parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 176 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), arguindo que os referidos dispositivos violariam o princípio constitucional da propriedade privada, insculpido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Logo, a abertura de 10 (dez) matrículas em nome de JOILSON GONÇALVES DIAS e de 07 (sete) matrículas em nome de KENIA DA FRANÇA CAJANGO mostra-se totalmente irregular, posto que a propriedade não lhes pertence e não consta do Acordo nenhuma disposição de vontade *inter vivos* do proprietário **JOSÉ VALTER DIAS**, o que exigiria inclusive lavratura da escritura pública, consoante o art. 108 do Código Civil.

Até mesmo a única Matrícula aberta em nome de JOSÉ VALTER DIAS não subsiste, porquanto integrante da área total de 43.000 hectares, que deveria ser dividida entre os litigantes, divisão esta precedida de delimitação com georreferenciamento especificando quais as partes que caberiam aos acordantes, com observância do disposto no art. 176, item 3, “a”, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei nº 6.015/73.

Ex positis, NEGA-SE PROVIMENTO ao Recurso de Apelação, revogando-se a antecipação dos efeitos da tutela deferida pela então eminente Relatora, e, por consequência, JULGAM-SE PREJUDICADOS os Embargos de Declaração nº 0001030-89.2012.805.0081/50000, o Agravo Regimental nº 0001030-89.2012.805.0081/50001, o Agravo Regimental nº 0001030-89.2012.805.0081/50004, o Agravo nº 0001030-89.2012.805.0081/50005 e o Agravo Regimental nº 0001030-89.2012.805.0081/50006.

TJBA – Apelação Cível n.º 0513463-46.2014.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 01.09.2015

APELAÇÃO CÍVEL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA COM A PATERNIDADE BIOLÓGICA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 227, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C O ART. 1.593, DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS AFETIVO E BIOLÓGICO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA ANCESTRALIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO.

I – O arcabouço normativo pátrio, de índole constitucional, não admite qualquer discriminação entre as espécies de parentesco e filiação, tampouco veda a coexistência de relações de idêntica natureza, a exemplo da paternidade, por não estabelecer graus de hierarquia entre elas. Inteligência do art. 227, §6º, da Constituição Federal, c/c o art. 1.593, do Código Civil.

II – Nessa linha de intelecção, é forçoso reconhecer o estado de filiação, de natureza afetiva, entre indivíduos que se reconheçam como pai e filha, fato comprovado pela longa, profícua e pública convivência entre eles (fls. 33/59), sem que isso represente, de forma automática, a extinção da paternidade biológica, notadamente quando, como na espécie, a vontade dos requerentes é uniforme, e direciona-se ao reconhecimento da dupla paternidade.

III – Exigir, para tanto, que haja efetiva e simultânea convivência do filho com ambos os pais, representa indevida intervenção do Estado na vida privada, porquanto a relevância da relação pessoal, seja ela biológica ou afetiva, não pode ser mensurada, apenas, pelo tempo de convívio entre os envolvidos, mas, essencialmente, pelo legítimo interesse que estes demonstrem na manutenção dos vínculos estabelecidos, por consanguinidade ou afetividade.

IV – *In casu*, é certo que o pai biológico da primeira recorrente veio a falecer no ano de 2011 e, conquanto não tivesse mantido relação próxima com sua filha, preservou nela o desejo de tê-lo como pai, ainda que em sua memória afetiva, elemento mais do que suficiente para a manutenção do vínculo consanguíneo, indispensável à preservação da ancestralidade e da dignidade da pessoa humana.

V – Por fim, não se tratando, na origem, de lide de adoção, ou de ação negatória de paternidade, mostra-se ilícita a extinção, de ofício, do vínculo biológico mantido entre a autora e seu falecido pai, por desbordar, tal decisão, dos limites objetivos da demanda (arts. 128 e 460, do CPC). Reforma da sentença que autoriza, entretanto, a superação do vício apontado, nos termos do artigo 249, §2º, do CPC.

VI – 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 quan-

to fundamentado no **voto** da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra.**

RELATÓRIO

Adoto, como próprio, o relatório da sentença de fls. 73/77, destacando que **Lara de Freitas Moreira e outros** requereram, perante o Juízo da 14ª Vara de Família da Comarca de Salvador, o reconhecimento do vínculo de paternidade socioafetiva existente entre a primeira e o segundo autores, com a consequente alteração do patronímico da filha.

O Juízo *a quo* entendeu, inicialmente, que a pretensão dos autores não se subsume a mero reconhecimento do parentesco socioafetivo indicado na vestibular, constituindo-se, em verdade, na adoção da primeira demandante pelo segundo requerente. Com base nessa premissa, a doutra sentenciante julgou procedentes os pedidos formulados, *“para que doravante passe a Sra. Lara de Freitas Moreira a ser filha de Eduardo Dantas Bastos, alterando-se, desta forma seu registro civil no que se refere a paternidade e avós paternos, com acréscimo do patronímico Bastos”*.

Inconformados, os autores interpuseram a apelação de fls. 79/90, sustentando, em resumo, que a decisão impugnada, ao determinar que a *“inclusão do nome do pai afetivo (Eduardo Dantas Bastos) no registro de Lara de Freitas Moreira deveria vir em substituição ao nome do pai biológico desta (Crescêncio Moreira Filho) no referido registro, (...) terminou por negar a existência da multiparentalidade, justamente uma das causas de pedir desta ação”*.

Defendem que a Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, veda qualquer tipo de tratamento discriminatório entre os filhos, linha seguida, igualmente, pelo Código Civil vigente, em seu artigo 1.593. Entendem os recorrentes que, desde então, é possível o *“reconhecimento de vínculos de parentesco que tenham origem diversa da consanguínea, dentre as quais (...) encontra-se a origem socioafetiva”*.

Afirmam, ainda, que *“a existência de um vínculo socioafetivo entre duas pessoas não necessariamente implica a desconstituição de um vínculo biológico que essas pessoas eventualmente tenham com outras”*, donde emergiria a possibilidade de coexistência das paternidades biológica e afetiva.

Pedem, nestes termos, o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença recorrida e *“determinada a retificação do assento de nascimento da primeira recorrente, para fins de que, ao lado do nome de seu pai biológico (e respectivos ascendentes), ou seja, sem a exclusão do nome de Crescêncio Moreira Filho, seja incluído o nome do segundo apelante (Eduardo Dantas Bastos), bem assim os respectivos ascendentes, como seu pai afetivo e, também, acrescido ao seu nome o patronímico Bastos, pertencente a este último, de sorte que passe ela a se chamar ‘Lara de Freitas Moreira Bastos’”*.

Devidamente intimada, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

Nesta instância, os autos foram distribuídos para esta Segunda Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, o encargo de relatora.

Elaborei o presente relatório e o submeti ao crivo da eminente Desa. Revisora.

VOTO

Consoante relatado, **Lara de Freitas Moreira e outros** requereram, perante o Juízo da 14ª Vara de Família da Comarca de Salvador, o reconhecimento do vínculo de paternidade socioafetiva existente entre a primeira e o segundo autores, com a consequente alteração do patronímico da filha.

O Juízo *a quo* entendeu, inicialmente, que a pretensão dos autores não se subsume a mero reconhecimento do parentesco socioafetivo indicado na vestibular, constituindo-se, em verdade, na adoção da primeira requerente pelo segundo autor. Com base nessa premissa, a douta sentenciante julgou procedentes os pedidos formulados, **“para que doravante passe a Sra. Lara de Freitas Moreira a ser filha de Eduardo Dantas Bastos, alterando-se, desta forma seu registro civil no que se refere a paternidade e avós paternos, com acréscimo do patronímico Bastos”**.

Em seu recurso pretendem, os autores, apenas e tão somente, garantir a manutenção do vínculo de paternidade existente entre a primeira recorrente e seu pai biológico, concomitantemente ao novo vínculo, de natureza socioafetiva, mantido com o segundo apelante.

É esse, portanto, o limite devolutivo do recurso, porquanto não há insurgência, até pela falta de interesse, com relação ao reconhecimento da paternidade socioafetiva alegada na exordial. Cabe a esta Corte de Justiça, nesse contexto, declarar, unicamente, se é possível, ou não, a coexistência entre os dois vínculos de paternidade indicados na vestibular.

Pois bem.

A Constituição Federal trata, em seu artigo 227, §6º, da igualdade entre os filhos, independente da origem do vínculo mantido com seus pais, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Na mesma linha de intelecção, o Código Civil vigente estabelece, em seu artigo 1.593, a igualdade de parentesco, seja ele natural ou civil:

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

Resta evidente, portanto, que o arcabouço normativo pátrio, de índole constitucional, não admite qualquer discriminação entre as espécies de parentesco e filiação, tampouco veda a coexistência de relações de idêntica natureza, a exemplo da paternidade, por não estabelecer qualquer tipo de hierarquia entre elas.

É dizer, diante de determinada situação concreta, na qual exista um vínculo de natureza afetiva, em que os indivíduos se reconheçam como pai e filha, fato comprovado pela longa, profícua e pública convivência entre eles (fls. 33/59), não há impedimento legal à concretização desse estado de filiação. Tampouco se impõe, nesse caso, a substituição da paternidade biológica pela afetiva, ou vice-versa, notadamente quando, como na espécie, a vontade dos requerentes é uniforme, e direciona-se ao reconhecimento da multiparentalidade.

Tratando do tema, Pablo Stolze Gagliano leciona que o axioma da paternidade/maternidade vinculadas, necessariamente, a um pai e uma mãe, sucumbiu à constante evolução do Direito pátrio, esclarecendo que **“este posicionamento, quase um dogma, é algo que deve ser mais bem analisado, diante da multiplicidade de situações da vida”** (in Novo Curso de Direito Civil, Vol. 6, 3ª edição, Ed. Saraiva, 2013, p. 644).

Prosseguindo em seu escólio, questiona o autor: **“se não existe hierarquia entre os parâmetros de filiação, por que forçar a exclusão de alguém que é visto como pai ou mãe de uma criança?”**, para concluir, em seguida, que **“o que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva”** (ob. Cit., p. 634).

O raciocínio é compartilhado, ainda, por Maria Berenice Dias, para quem **“a filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva”** (in Manual de Direito das Famílias, 9ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 381).

A possibilidade de cumulação de paternidades não passa despercebida pela doutrinadora, segundo a qual **“para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais de que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana. (...) No dizer de Belmiro Welter, não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, que fazem parte da trajetória da vida humana, é negar a existência tridimensional do ser humano, pelo que se devem manter incólumes as duas paternidades”** (ob. Cit., p. 385).

É esse o entendimento da mais moderna jurisprudência pátria, consoante se infere do aresto a seguir transcrito:

“EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

- Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família.
- Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes.
- A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.
- Recurso provido.” (TJSP, Ap. Cív. 0006422-26.2011.8.26.0286, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, 1ª Câmara de Direito Privado, J. 14/08/2012)

A situação descrita nestes autos amolda-se, com perfeição, à hipótese de pluriparentalidade reconhecida pela doutrina e jurisprudência mais abalizadas, sendo certo que a primeira recorrente, registrada como filha de seu pai biológico, sempre o reconheceu como tal, mas, após o novo casamento de sua genitora, com o segundo autor, passou a vê-lo, também, com pai, situação compartilhada por todos aqueles com os quais conviveram, ao longo de vários anos.

É inegável a presença da posse do estado de filho no caso dos autos, sendo certo, outrossim, que a primeira autora não pretende ser adotada por seu pai afetivo, justamente porque deseja manter hígido o vínculo biológico que sempre ostentou em relação ao seu genitor, direito que lhe assiste, conforme reiteradamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao entendimento de que **“a existência de relação socioafetiva com o pai registral não impede o reconhecimento dos vínculos biológicos quando a investigação de paternidade é demandada por iniciativa do próprio filho, uma vez que a pretensão deduzida fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstan-**

ciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)”. (STJ, AgRg no AREsp 678600/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, J. 26/05/2015)

Vale transcrever, pela clareza e pertinência, trecho do parecer de fls. 140/148, da Douta Procuradoria de Justiça, *in verbis*:

“Observa-se do texto legal que optou o legislador por não estabelecer qualquer hierarquia entre os parentescos natural ou civil, o que reforça a possibilidade de coexistência entre as duas modalidades de vínculo familiar.

Nesse passo, a jurisprudência vem caminhando no sentido de reconhecer a coexistência de ambos os vínculos. Em decisão inédita, proferida pela 1ª Vara Cível da Comarca de Arquimedes, estado de Rondônia, foi reconhecida a concomitância das paternidades biológica e socioafetiva, em contemplação ao melhor interesse da criança, levando em conta a vontade da menor no sentido de que possui dois pais, aliada ao desejo de ambos de reconhecer o vínculo.

(...)

Os precedentes acima citados não devem surpreender, eis que apontam para a conclusão a que chegou boa parte da doutrina contemporânea, segundo a qual não há que se falar, a priori, em algum tipo de prevalência entre o vínculo socioafetivo e a parentalidade biológica e vice-versa.”

Divirjo, entretanto, das conclusões adotadas pela insígne Procuradora, para quem, na hipótese dos autos, não se evidencia, **“em relação a primeira apelante, a importância, para sua identidade e dignidade, do vínculo com seu pai biológico”**, circunstância que impediria o reconhecimento da coexistência de vínculos paternos.

Entendo, com a devida licença, que a dimensão da ancestralidade biológica na vida da primeira apelante somente pode ser aquilatada por ela própria, por se tratar de direito personalíssimo, cujo corolário é o já citado princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Exigir, para o reconhecimento da multiparentalidade, que haja efetiva e simultânea convivência do filho com ambos os pais, representa, segundo penso, indevida intervenção do Estado na vida privada, porquanto a relevância da paternidade, seja ela biológica ou afetiva, não pode ser mensurada, apenas, pelo tempo de convívio entre os envolvidos, mas, essencialmente, pelo legítimo interesse que estes demonstrem na manutenção dos vínculos estabelecidos, por consanguinidade ou afetividade.

Ademais, é certo que o pai biológico da primeira recorrente veio a falecer no ano de 2011 e, conquanto não tivesse mantido relação próxima com sua filha, preservou nela o desejo de tê-lo como pai, ainda que em sua memória afetiva, elemento mais do que suficiente para o reconhecimento de vínculo tão relevante para a preservação da dignidade do indivíduo.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, **“pode-se estabelecer a filiação pluriparental em face do novo cônjuge ou companheiro de um dos pais, contanto que se verifique a posse de estado de filho também com relação a eles, sem excluir o vínculo com o genitor. Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado (LRP 57 §8º)”**. (ob. Cit., p. 385)

Por fim, a decisão judicial que exclui, do registro civil, a relação de paternidade mantida entre a primeira recorrente e seu falecido pai biológico, sem que se trate, na origem, de demanda de adoção ou de ação negatória de paternidade, poderia representar, inclusive, a nulidade da sentença, por violação aos limites objetivos da ação (arts. 128 e 460, do CPC), admitindo-se, entretanto, a correção do vício, em segundo grau de jurisdição, dado o reconhecimento da viabilidade

jurídica da dupla paternidade. Aplica-se, ao caso, o princípio *pas de nullité sans grief*, nos termos do artigo 249, §2º, do Diploma Adjetivo.

Diante do exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso, para reformar a decisão recorrida, preservando a relação de parentesco havida entre a primeira recorrente, seu pai biológico e avós paternos, bem como para manter a averbação no registro civil determinada na origem, com relação ao parentesco socioafetivo, com o acréscimo do respectivo patronímico (Bastos), sem qualquer exclusão de sobrenomes.

TJBA – Apelação Cível n.º 0071152-47.2010.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 30.07.2013

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PAI QUE SUPOSTAMENTE ESTUPROU A FILHA MENOR. VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Cuida-se de apelação interposta contra a sentença que decretou a perda do poder familiar do recorrente, sob o fundamento de que abusou sexualmente de sua filha de apenas 13 anos.

2. “A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios.” (STJ, HC 135.972/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 07/12/2009)

3. Assim, em que pese a existência de contradições entre os depoimentos e as conclusões do laudo médico-pericial, a melhor solução ao caso, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a doutrina da proteção integral e o art. 227, da CF/88, é a destituição do poder familiar.

Apelo improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº. 0071152-47.2010.805.0001, da Comarca de Salvador, sendo apelante Gilberto Dalta Reis e apelado o Ministério Público do Estado da Bahia.

Acordam os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, e o fazem pelas razões expendidas no voto da Relatora.

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença de fls. 182/186, que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público do Estado da Bahia, em desfavor de Gilberto Dalta Reis.

Em síntese, o Juízo *a quo* considerou satisfatoriamente demonstrado nos autos que o apelante cometeu atos libidinosos com a sua própria filha, à época com 13 (treze) anos de idade, violando os deveres legais inerentes ao poder familiar, pelo que decretou a sua destituição.

Irresignado, o apelante aduziu que foi absolvido na esfera criminal pelos mesmos fatos, que ao longo da instrução processual foram constatados diversas contradições na versão da suposta

vítima e que o laudo médico-pericial atestou a integridade do hímen da menor. No mais, sustentou que a destituição do poder familiar deve ser decretada apenas na hipótese de comprovação da violência sexual, porque possui caráter excepcional e extremo, e requereu a manifestação expressa a respeito do art. 227 da CF/88, e dos arts. 3º, 5º e 19 do ECA.

Requeru, ao final, a reforma integral da sentença.

Contrarrazões às fls. 199/203.

Às fls. 211/225, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

Tendo em vista que o feito não se submete a revisão, por força do art. 198, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pedi inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Devidamente examinados, encontram-se presentes os pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso.

No caso submetido à apreciação, a vítima sustenta ter sido vítima de abuso sexual por parte de seu genitor, ora apelante, quando tinha apenas 13 (treze) anos de idade; não obstante, é possível constatar a existência de contradições entre os depoimentos judiciais e extrajudiciais relacionados à ocorrência do fato delitivo e suas circunstâncias, como passo a expor.

Ao comparecer à delegacia, após a suposta prática do delito, a vítima narrou que o apelante introduziu-lhe o pênis na vagina em duas ocasiões, causando-lhe dor, e que voltou a residir com a mãe por não “aguentar mais a pressão”:

“(…) convivía na mesma casa com seu pai e sua mãe apesar dos dois já estarem separados de corpos, entretanto, seu pai resolveu mudar de residência e a declarante como sempre foi muito ligada ao genitor decidiu acompanhar o mesmo, entretanto quando passou a morar sozinha com o pai este **por diversas noites ia deitar-se na cama da declarante e passava a acariciar o corpo da filha, a menor inicialmente acreditou que as carícias eram normais entre pai e filha, mas algum tempo depois o genitor desta foi até a cama da menina e após retirar a roupa desta, deitou-se sobre o corpo da mesma e inicialmente lambeu e chupou os seios desta e em seguida penetrou com o pênis na vagina da adolescente, esta afirma ter sentido dores**, entretanto não houve sangramento, que a declarante durante o ato sexual permaneceu calada não informando ao pai sobre as dores no momento da penetração, que a violência sexual foi praticada por duas vezes, que o pai da declarante disse que a adolescente não devia relatar sobre as violências com outras pessoas, caso contrário este não confiaria mais na filha e não falaria mais com ela, **que a menor não aguentou a pressão e no mês de fevereiro do ano em curso voltou a residir com a mãe**, tendo relatado para esta sobre os abusos sexuais praticados por seu pai.” (declaração da vítima na delegacia, fl. 12)

Entrevistada pelo Serviço de Atenção a Pessoas em Situação de Violência Sexual – VIVER, a adolescente confirmou ter sido vítima de penetração vaginal e também relatou a prática de sexo anal:

“Conforme relato descrito em prontuário a adolescente apenas se recorda da **‘dor insuportável’ que sentiu quando ele colocou o pinto em sua vagina. Mencionou também penetração anal, mas não soube informar se houve penetração completa.**” (fl. 70)

Ouvida novamente pela Delegada, alguns meses depois, a menor apresentou uma nova versão dos fatos, segundo a qual o pai praticou “apenas” duas penetrações anais, e nunca “outro tipo de sexo”, ressaltando que retornou à sua residência por gostar muito do genitor:

“(…) retornou a esta delegacia para informar que seu pai Gilberto Dalta Reis **apenas realizava sexo anal com a declarante, que este nunca praticou outro tipo de sexo com a filha, que o genitor desta efetuou duas penetrações anais na declarante e esta afirma ter sentido dores, mas não reclamou com o genitor sobre a prática destes atos, que a declarante depois de seu primeiro depoimento resolveu retornar para a casa de seu genitor, pois segundo a mesma apesar dos atos praticados por seu pai a adolescente afirma que gosta muito de seu genitor, que neste segundo período de convivência com o pai, este não praticou qualquer violência sexual contra a adolescente**, que atualmente a declarante está residindo com a mãe.” (declaração da vítima na delegacia, fl. 26)

Nenhuma das duas versões, contudo, resiste ao confronto com as conclusões do laudo médico-pericial (realizado logo após a primeira declaração), que constatou tanto a integridade do hímen quanto a inexistência de alterações no ânus da adolescente (fls. 33/34).

Aprofundado ainda mais as contradições, em Juízo, a menor apresentou uma terceira versão, envolvendo uma terceira pessoa, de nome “Rosadalva”. De acordo com esta nova versão, não houve penetração (vaginal ou anal), mas apenas uma tentativa frustrada de sexo anal, acompanhada de carícias com as mãos e a boca:

“(…) quando tinha aproximadamente uns 13 anos seus pais se separaram e a declarante resolveu morar com o réu (...) **que foi posta para fora de casa depois que a declarante ter expulsado da mesma casa uma amiga com a qual o réu mantinha relações sexuais; que a declarante expulsou essa amiga pois tanto ela quanto o seu genitor tratavam a declarante como sua empregada e a trancavam em casa para que não pudesse sair; que em duas ocasiões o réu, enquanto a declarante estava dormindo se aproximou dela e começou a beijá-la na boca e no corpo, fazendo também carícias com a mão em sua genitália; que na segunda ocasião além desses beijos e carícias o acionado tentou penetrar a declarante pelo ânus, contudo não conseguiu**; que decorreu um período de uma semana entre a primeira e a segunda investida; que durante as investidas a declarante não conseguia reagir; que também não conseguia procurar ajuda porque o réu sempre ia atrás dela; que as duas aproximações do pai ocorreram quando ele brigou com a menina com a qual vinha mantendo relações sexuais; que essa amiga chamava-se Rosadalva; que no início passava alguns dias na casa; que depois passou a ficar de forma duradoura; que o réu aproveitava para investir na declarante quando ela estava dormindo; que acredita que Rosadalva tinha conhecimento das práticas sexuais que o réu mantinha com a declarante, pois certa feita ouviu ela dizer ‘tudo bem comigo mas não com ela que é sua filha’; que após sair da casa de seu pai, mudou de escola e resolveu ir morar com um primo em Brotas, local próximo da nova escola; que depois de alguns dias seu pai passou a morar lá também; **que lá tentou manter diversas relações com a declarante, deitando-se na cama em que ela estava prestes a dormir, abraçando-a com força e tentando penetrá-la mesmo sem tirar-lhe a roupa; que a declarante sempre conseguia se livrar dele inventando mil desculpas; que a declarante evitava criar confusões pois não queria levar adiante o caso com medo de não acreditarem nela e ser acusada; que muitas pessoas acham que a declarante inventou tudo isso; que o réu nunca pediu que a declarante beijasse ou fizesse ca-**

rícias nele; que o réu também nunca tentou fazer sexo vaginal com a declarante; que nas duas vezes em que o réu se aproximou da declarante e manteve com ela carícias, o acionado tirou as roupas da declarante; que na casa em que morava com o pai cada um tinha seu quarto, sendo que a declarante dividia o mesmo quarto com Rosadalva; que no quanto havia um beliche; que Rosadalva dormia na parte de cima; que o acionado esperava a declarante ir dormir para deitar-se com Rosadalva; que a declarante via a cama se mexer e ouvia o barulho deles (...) (depoimento judicial da vítima, fl. 149)

Por sua vez, contrariando o que foi expressamente afirmado na delegacia, a mãe da menor e ex-companheira do apelante sustentou que a adolescente nunca afirmou que o apelante praticara sexo vaginal, mas sim anal, tratando-se de equívoco decorrente da ausência de experiência da filha. Além disso, asseverou que a menor não retornou ao convívio paterno por vontade própria, como asseverou anteriormente, mas, sim, que passou a ter medo do pai:

“(...) que a declarante passou a perceber um comportamento estranho na sua filha; que inicialmente Nadjane relatou relações sexuais que o réu mantinha com sua filha Rosa Dalva; que depois relatou que o réu beijava ela, acariciava os seios e a vagina e que em duas ocasiões, enquanto dormia, a abordou pelas costas, fazendo com ela sexo anal; que relatou inclusive que sentiu muita dor; que não houve sexo vaginal entre o réu e a adolescente. Que segundo a adolescente ela não procurou pela declarante porque ficava trancada em casa e porque o réu pôs a adolescente contra a declarante; que sabendo do ocorrido a declarante procurou o acionado e ele negou tudo, evadindo-se em seguida; que após a adolescente ir morar com a declarante, aquela resolveu mudar de escola e ir morar com a tia paterna. Que um tempo depois o réu também passou a morar na mesma casa e a perseguir novamente a adolescente; que então a adolescente procurou novamente pela depoente. Que a sua filha nunca falou que o réu tinha praticado sexo vaginal; que na verdade a filha não sabia explicar corretamente o que havia ocorrido até mesmo porque era muito inexperienced; que foi o C. Tutelar que após muitas indagações chegou à conclusão de que o réu teria praticado sexo anal com Nadjane (...) que também Nadjane não quer saber de manter contato com o réu; que ela passou a ter medo dele.” (fls. 146)

Em face das conclusões do laudo e das contradições apontadas, o apelante foi absolvido na esfera criminal por ausência de provas, com base no princípio da presunção de inocência e no velho brocardo latino *in dubio pro reo* (fls. 131/139), lembrando-se que a absolvição criminal por ausência de provas não vincula a decisão na esfera cível, o que só ocorre nos casos de absolvição por negativa de autoria e inocorrência do fato.

Convém lembrar, todavia, que enquanto o Juízo criminal encontra-se estritamente vinculado ao princípio da presunção de inocência, considerando o risco ao *status libertatis* do indivíduo, na esfera cível deve prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente, consoante a doutrina da proteção integral.

Sobre o tema, preleciona Guilherme Freire de Melo Barros:

“(...) é fundamental a compreensão do caráter principiológico adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei tem o objetivo de tutelar a criança e o adolescente de forma ampla, não se limitando apenas a tratar de medidas repressivas contra seus atos infracionais. Pelo contrário, o Estatuto dispõe sobre direitos infanto-juvenis, formas de auxiliar sua família, tipificação de crimes praticados contra crianças e ado-

lescentes, infrações administrativas, tutela coletiva etc. Enfim, por proteção integral deve-se compreender um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente.

O art. 1º está afinado com a vontade emanada da Constituição da República, cujo art. 227 – recentemente alterado pela EC 65/2010 – determina que ‘é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’.

Guarda ligação com a doutrina da proteção integral o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito – leia-se advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz – deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança e o adolescente, que dê maior concretude aos seus direitos fundamentais.” (Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 21/22)

Em sendo assim, a despeito da existência de contradições entre os depoimentos judiciais e extrajudiciais, a incoerência das versões apresentadas, as conclusões do laudo e a ausência de oitiva de testemunha essencial - a “amiga” do apelante, Rosadalva -, parece-me que a melhor solução ao caso é, de fato, a destituição do poder familiar, como decidiu o Juízo a quo.

Como é cediço, nos crimes sexuais a palavra da vítima assume especial relevo, tendo em vista tratar-se de delitos normalmente cometido em locais ermos, isolados ou mesmo na intimidade do lar, sem a presença de testemunhas.

Este é o entendimento pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. ARTS. 129, 146 E 213, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO FOI LASTREADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NA FASE INQUISITORIAL. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO. JUÍZO CONDENATÓRIO BASEADO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS E VÍTIMAS REALIZADAS DURANTE A INSTRUÇÃO DA AÇÃO PENAL, ALÉM DO EXAME DE CORPO DE DELITO, TUDO SOBRE O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA, QUE, DE QUALQUER FORMA, NOS CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, É ELEMENTO PROBATÓRIO DE RELEVANTÍSSIMO VALOR. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA INCOMPATÍVEL COM A COGNição SUMÁRIA DA VIA ESTREITA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE SOBREPOR-SE A QUAISQUER CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO TOCANTE, POR SEREM ESSAS SOBERANAS NA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. (...).

2. Apenas frise-se, ad argumentandum tantum, que ainda que não houvesse sido confeccionado exame de corpo de delito, aplicar-se-ia no caso o entendimento de que ‘[a] palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios’ (STJ, HC 135.972/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009).” (HC 217602/BA. Rel. Ministra LAURITA VAZ. QUINTA TURMA. DJe 09/05/2013)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. SÚMULA 83/STJ. EMBARGOS REJEITADOS.

(...)

2. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, delitos geralmente cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima tem significativo valor probante. Incidência da Súmula 83/STJ.” (Edcl no AgRg no AREsp 151680/TO. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. QUINTA TURMA. DJe 30/10/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. (...)” (AgRg no AREsp 160961/PI. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. SEXTA TURMA. DJe 06/08/2012).

Com efeito, não se verifica da leitura dos autos qualquer motivação plausível que possa ter impelido a menor a mentir sobre a ocorrência do delito, a não ser que se admita tratar-se de mero capricho juvenil, fruto das brigas com o genitor, de possível mágoa com a separação dos pais ou mesmo de ciúmes de Rosadalva.

A suposição acima não resiste, contudo, à insistência da menor, ao longo de quase quatro anos, em afirmar ter sido vítima de crime tão bárbaro por parte do próprio genitor.

Ademais, as contradições entre os depoimentos podem ser fruto de diversos fatores, como a relação de medo ou afeição pela figura paterna (sentimentos que podem, inclusive, coexistir de forma conflituosa no espírito da vítima), a sensação de culpa, experimentada por muitas das vítimas de abuso sexual, ou simplesmente a inexperiência da vítima, que à época do fato tinha apenas 13 (treze) anos, e somente 15 (quinze) ao prestar depoimento em Juízo.

Segundo esta linha de raciocínio, ainda que o apelante não tenha praticado sexo anal ou vaginal com a filha – conforme aponta laudo médico-pericial –, a palavra da vítima constitui forte indicativo de que houve a prática de atos libidinosos, como beijos, abraços e carícias, fato suficiente para a destituição do poder familiar, ex vi do art. 1.638, III, do Código Civil:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

Outrossim, deve-se levar em consideração que as acusações da adolescente romperam o já combalido tecido familiar, não havendo mais qualquer possibilidade de recomposição da harmonia entre os sujeitos envolvidos, além do que resta menos de um ano para que a menor atinja a maioridade civil.

Sopesando-se, portanto, os elementos conflitantes, e ainda que haja dúvida fundada sobre a prática de abuso sexual, penso que a melhor solução ao caso concreto é a destituição do poder familiar, em nome do melhor interesse da adolescente.

Ex positis, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, para manter a sentença vergastada em todos os seus termos.

TJBA – Apelação Cível n.º 0324197-11.2012.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 11.03.2014

APELAÇÃO. REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. PROVA DA MATERNIDADE. INSUFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APLICAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL AO REGISTRO DE NASCIMENTO CIVIL INDISPENSÁVEL AO EXERCÍCIO PLENO DA CIDADANIA. ARTS. 46 E 50, DA LEI Nº 6.015/73. ASSENTO DE NASCIMENTO TARDIO. POSSIBILIDADE. ESCLARECIMENTO DA MATERNIDADE. NECESSIDADE. INSTRUÇÃO DO FEITO. IMPOSIÇÃO. SENTENÇA. REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 0324197-11.2012.8.05.0001, de Salvador, em que são partes as acima identificadas.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO** ao recurso, pelas razões a seguir.

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença de fls. 19/20, que julgou “improcedente o pedido” de abertura de registro de nascimento de Vanessa Rocha Macêdo, Taiane Rocha Macêdo e Edna Rocha Macêdo, e declarou extinto o feito, sem resolução do mérito, o Ministério Público Estadual interpôs o apelo de fls. 22/25, sustentando, em síntese, que o registro de nascimento é ato de cidadania primário e corolário à dignidade da pessoa humana e, mesmo existindo dúvidas quanto à prova da maternidade, deve-se, ainda assim, ser determinada a abertura do assento de nascimento. Pugnou pelo provimento do recurso, a fim de que a sentença seja reformada, determinando-se a expedição de mandado para abertura do assento de nascimento das representadas, com fulcro no art. 46, da Lei nº 6.015/73, modificado pela Lei nº 11.490/2008.

Sem contrarrazões, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária.

Às fls. 39/42, a Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso. É o relatório.

VOTO

Pelo seu desacerto a sentença reclama reforma.

A Digna Sentenciante afirmou que as informações apresentadas pela genitora das representadas são inconsistentes e, conseqüentemente, teria restado indemonstrada a maternidade

alegada, visto que não há registros de partos em nome da mãe das registrandas nas maternidades apontadas na exordial. Por tal razão, entendeu não ser o exame do feito da competência da Vara de Registros Públicos, mas, sim, da Vara de Família, vindo a extinguir o processo, sem resolução do mérito, amparando-se no art. 267, VI, do C.P.C., julgando, mesmo assim, “improcedente o pedido”.

Descabe-lhe razão.

Extinto o feito, sem apreciação do mérito, a pretensão inicial não pode ser examinada, como ocorreu no caso em exame, sendo certo que a insubsistência de prova de tal pleito não autoriza o reconhecimento da incompetência do Juízo, especialmente na hipótese em que a competência é em razão da matéria.

Deparando-se com a falta de prova do quanto alegado pelo autor, em se tratando de matéria fática, como ocorre neste caso, cabe ao Magistrado promover a colheita da prova oral, jamais extinguir o processo, sem apreciação do mérito.

De observar-se, ainda, que uma das registrandas é adolescente, fato que reclama a aplicação da regra contida no art. 102, parágrafo 1º, do ECA, que determina a lavratura do assento de nascimento “à vista dos elementos disponíveis”.

Ademais, a feitura de registro civil de nascimento toca direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao cidadão e seu requerimento após o decurso do prazo legal não encontra vedação na Lei de Registros Públicos, nem fere o ordenamento jurídico pátrio, pois, além de não acarretar nenhum prejuízo a terceiros, encontra abrigo na obrigatoriedade do registro prevista nos art. 9º, I, do atual Código Civil c/c arts. 46 e 50 da Lei nº 6.015/73, sendo relevante destacar o quanto apontado pela Douta Procuradoria de Justiça, no sentido de que “... o registro de nascimento é o ato que dá início à cidadania e é corolário da própria dignidade da pessoa humana”, sendo que “o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 28, de 05/02/2013, regulamentando o procedimento para o pedido de registro tardio”, fl. 41.

No mesmo diapasão, merecem destaque os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO QUE REQUER ESCLARECIMENTO MEDIANTE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. Desconstitui-se a sentença para, diante da singularidade do caso, oportunizar a emenda à inicial do pedido de registro tardio de nascimento, a fim de permitir que em ampla dilação probatória, se esclareça a situação registral do recorrente. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047087291, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 19/04/2012. Publicação no Diário da Justiça dia 02/05/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO. O registro de nascimento constitui direito fundamental previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXVI, tratando-se, ainda, de um imperativo legal (art. 50 da Lei nº 6.015/73) e um direito inerente à pessoa humana. Para além da ausência de provas da origem da autora, está o direito dela de ser registrada. A implicação negativa da ausência do registro civil de nascimento é maior do que a ausência de provas neste processo e eventual prejuízo para terceiros. Nesse passo, é cabível a realização do registro de nascimento da autora. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70050304906, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2012)

Diante da ausência de registro de nascimento, ficam as registrandas impedidas do exercício da plena cidadania e, consequentemente, sem direito à saúde, à educação, ao acesso à Justiça,

sendo premente a necessidade de permitir-lhes que seus assentos de nascimento sejam abertos.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao apelo, reforma-se a sentença hostilizada e determina-se o retorno dos autos ao Juízo de origem, visando o seu regular prosseguimento, com a prioridade assegurada pelo art. 227 da Constituição Federal.

TJBA – Agravo de Instrumento n.º 0002217-79.2015.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 11.08.2015

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE TUTELA. INSURGÊNCIA. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA VERGASTADA. VEDAÇÃO DA LEI 8437/92. INAPLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA NORMA. INTERDIÇÃO DE CASA DE MENORES. DETERMINAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DOS INTERNOS. PARECER TÉCNICO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. IRREGULARIDADES DETECTADAS NA CASA DE CUSTÓDIA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DOS ADOLESCENTES. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA, SAÚDE, VIDA E DIGNIDADE DOS INTERNOS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA A PRECEITOS DA CARTA MAGNA E DO ECA. MULTA PARA FINS DE DESCUMPRIMENTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE IN CASU NÃO OBSERVADAS. REDUÇÃO PARA R\$ 1.000,00/DIA. AMPLIAÇÃO DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DO COMANDO HOSTILIZADO. REFORMA DO DECISUM EM PARTE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0002217-79.2015.8.05.0000, de Feira Santana, em que são partes as acima nominadas.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao agravo, pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fundac – Fundação da Criança e do Adolescente – contra a interlocutória anexada em cópia às fls. 27/39 que, na ação civil pública contra si proposta, pelo Ministério Público Estadual, autos nº 0507352-03.2014.8.05.0080, determinou a “*imediata interdição da Casa Juiz Melo Matos, para permanência de socioeducandos nos regimes de internação provisória e definitiva*”, até ulterior deliberação do Juízo, objetivando impor reforma e obras na referida unidade, fixando o prazo improrrogável de 72 horas para a transferência dos internos que ali se encontravam, sob pena de incidirem os responsáveis em crime de desobediência, ato de improbidade administrativa, além da multa diária de R\$ 5000,00 (cinco mil reais).

Nas suas razões recursais, fls. 02/25, sustentou a agravante, em síntese, a impossibilidade de concessão de liminar contra atos do Poder Público e que esgote o objeto da ação, a teor dos

arts. 1º, 2º e 3º, parágrafo 3º, da Lei 8437/92, além da imprestabilidade do Parecer Técnico nº 331/2014 - CEAT/MEIO AMBIENTE, em que se apoiou o Órgão Ministerial para as medidas postuladas na ação de origem, adotando critérios decorrentes das “Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal – Resolução nº -09 de 18 de novembro de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”, que não se aplicam ao caso em tela, subordinado às regras emanadas do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, defendendo a dificuldade de transferência dos jovens para outra unidade, diante do perigo de superpopulação e suas consequências danosas.

Ao final, demonstrou insurgência em relação ao prazo para fins de cumprimento do comando vergastado, bem assim à multa fixada para a hipótese de descumprimento, invocando, ainda, o efeito dominó a partir da liminar em debate, especialmente em razão dos prejuízos de ordem econômica dela decorrentes, fruto da paralisação dos serviços terceirizados e desobediência aos contratos respectivos.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, a teor do art. 527, III, do CPC, que foi deferido em parte, às fls. 126/128, para dilatar o prazo para cumprimento da decisão agravada e, lado outro, para reduzir a multa diária para a hipótese de descumprimento, ao patamar de R\$1.000,00/dia, até ulterior deliberação, quando se determinou a intimação do agravado para manifestação e a solicitação de informações ao Juiz da causa.

Em resposta, defendeu o recorrido, às fls. 133/154, o improvimento do agravo e a manutenção da decisão de 1º grau.

Às fls. 161/174, manifestou-se o ilustre Rep. da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Às fls. 175/209, informações do Juízo de 1º grau, acompanhadas de documentos.

É o relatório.

VOTO

Ao exame dos autos, procede em parte a irrisignação da recorrente.

De início, cumpre ressaltar a possibilidade de concessão da medida vergastada, dirigida ao Poder Público, aqui representado pela Fundac - Fundação da Criança e do Adolescente, a despeito da vedação nesse aspecto, contida na Lei 8.437/92, considerando tratar-se *in casu* de antecipação de tutela, em sede de ação civil pública, em que, diante das peculiaridades do caso concreto, em que envolvidos estão garantias constitucionais e direitos inerentes à vida, à saúde e à dignidade de jovens adolescentes sob a tutela do Estado, há que se interpretar, restritivamente, a norma, consoante entendimento dominante da Jurisprudência, devendo os mesmos prevalecer, ainda que em detrimento de interesses patrimoniais do ente público.

No particular, merecem destaque os seguintes julgados:

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. TRANSPORTE ESCOLAR. RENOVAÇÃO DE LICENÇA. MULTA. CONCESSÃO DE LIMINAR CONTRA O PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. LEIS Nº 8.437/92 E 9.494/97. NORMAS DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRECEDENTES.

I - A liminar deferida nos autos da cautelar inominada garantiu ao requerente a renovação do alvará de permissão para o transporte escolar sem o pagamento da multa existente em seu nome, que será objeto de anulação na ação principal.

II - A concessão da liminar contra o Poder Público, na hipótese, não afronta qualquer dispositivo das Leis nº 8.437/92 e 9.494/97, considerando-se o entendimento jurisprudencial já firmado neste eg. Superior Tribunal de Justiça de que tais normas devem ser interpretadas restritivamente (REsp nº 749.082/RN, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO,

DJ de 10/04/2006, Ag no REsp nº 719.846/RS, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJ de 01/07/2005, entre outros).

III - Recurso improvido.

(REsp 907.525/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 17/05/2007, p. 220)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO A QUO DEFERINDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DETERMINANDO QUE O ESTADO DA BAHIA, POR MEIO DO PLANSEV, AUTORIZA E CUSTEIE TODAS AS DESPESAS NECESSÁRIAS PARA O ACOMPANHAMENTO GESTACIONAL E PARTO DA AUTORA, CONFORME RELATÓRIOS MÉDICOS DE FLS. 46/47. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RÉU. REJEITADA A PRELIMINAR DE PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL SUSCITADA PELA AGRAVADA ÀS FLS. 70/71, POIS DESTITUÍDA DE LASTRO PROBATÓRIO.

1(...);

2. No mérito, deve-se destacar que embora o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992 c/c o art. 1º, da Lei nº 9.494/1997 vedem a concessão de liminar contra atos da Fazenda Pública, cumpre salientar ser plenamente possível a antecipação de tutela em face do Poder Público quando houver risco de ineficácia da tutela jurisdicional, aplicando-se aos casos em que a sua negação poderá culminar no perecimento do direito, situação vislumbrada na espécie, pois se trata de Agravada que se encontra nos últimos meses de gestação, necessitando de acompanhamento médico, bem como de autorização para que seja realizado o parto, conforme comprovam os relatórios médicos de fls. 46/47, elaborado pela médica que a acompanha: Drª. Neilda V. Barreto Machado (Ginecologista/Obstetra – CRM 8.268) (REsp 661.821/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 258);

3(...);

4. Cumpre ponderar, outrossim, que neste caso o periculum in mora é inverso, porquanto a Recorrida, conforme descrito no relatório médico juntado à fl. 46, é gestante, nos últimos meses do estado gravídico, necessitando do custeio de todas as despesas imprescindíveis para o acompanhamento gestacional e parto, para que não haja o risco do comprometimento da saúde do feto, assegurando-se a manutenção da sua saúde;

5(...);

6. Considerando que as astreintes serão custeadas pelo erário na hipótese de descumprimento da decisão recorrida e levando em consideração que foram fixadas em valor correto, justo e adequado (R\$ 500,00 – quinhentos reais), o decisor recorrido não merece reforma neste ponto, posto que este valor já vem sendo utilizado, hodiernamente, em situações semelhantes em ações desta natureza contra o Poder Público. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(TJBA, 1ª C.C., AI nº 0022823-02.2013.8.05.0000, Rel. Desª Carmem Lúcia Santos Pinheiro, J. 10/02/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CÍVEL. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PAGAMENTO DE SALÁRIOS RETIDOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. EXISTÊNCIA. VEDAÇÕES CONTIDAS NA LEI 9494/97 E 8437/92. MITIGAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. APLICAÇÃO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO PROVIDO.

1. De fato, o decreto decisório prolatado na origem passa ao largo da melhor interpretação atinente aos preceitos processuais que informam as tutelas emergenciais, mormente

quando se utilizou da premência a que aflige os Agravantes justamente para efeito de desconstituir o perigo na demora na obtenção da providência vindicada.

2. É que, no caso em análise, o transcurso de tempo tem evidente caráter negativo, de forma a recrudesce sobremaneira as necessidades materiais dos Recorrentes, a encerrar, via consequencial, a imediata adoção das medidas judiciais no desiderato de sanar tal omissão.

3. Nesta senda, não há falar na aplicação dos proibitivos legais atinente à vedação ao deferimento de antecipação de tutela em desfavor da fazenda pública ao caso em testilha, especialmente quando, por evidente, não alcança hipótese de retenção indevida de salários, ainda mais quando os Tribunais Superiores adotam interpretação restritiva à restrição supra.

(TJBA, 5ª C.C., AI n.º 0017840-57.2013.8.05.0000, Rel. Desª Márcia Borges Faria, J. 26/11/2013)

Não procede, assim, a alegação de impossibilidade de deferimento da interlocutória, pautada na mencionada vedação legal.

No mérito, analisando a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, justificadores da antecipação de tutela ora perseguida, conclui-se positivamente a respeito.

De fato, não se pode negar quanto à demonstração inequívoca da verossimilhança das alegações autorais, a partir do momento em que se respaldou a bem fundamentada interlocutória em parecer técnico circunstanciado, da lavra da Vigilância Sanitária de Feira de Santana, firmado por equipe multidisciplinar, cuja imprestabilidade não pode ser aferida nesta sede recursal, que não oferece meios suficientes para tanto.

Ademais, o próprio Magistrado salientou em seu decisório que *“transpassados mais de 60 (sessenta) dias da inspeção da ANVISA à Unidade Melo Matos, sem que o Órgão de polícia sanitária se posicionasse quanto às diversas irregularidades detectadas, em 31 de março de 2014, sobrevieram 09 (nove) autos de infração, séries 0785/0788, 0793, 1458, 1357 e 1461, reprografias integrantes do inquérito civil ora acostado às ff.”*, tudo a repercutir na própria segurança da unidade, cujo lastimável panorama foi também detectado, posteriormente, pelos representantes do *Parquet de 1º grau*, quando da elaboração do laudo técnico em que se apoiou a decisão objeto da presente insurgência.

E foi com base em preceitos constitucionais relevantes e no próprio ECA, através dos princípios e regras que norteiam o estatuto, que entendeu o Magistrado *a quo* pela necessidade da imediata adoção de providências em prol dos internos da instituição envolvida, concluindo pelo *“relevante fundamento da demanda”* e *“justificado receio de ineficácia do provimento final”*.

No particular, merece destaque a seguinte observação do Rep. da Procuradoria de Justiça, fls. 166/167 *in verbis*:

“No caso em tela, a decisão rechaçada determinou a interdição de uma Unidade de Atendimento Socioeducativa, com o intuito de preservar a vida, a dignidade, a integridade física e a saúde de adolescentes nela abrigados. Empreendida uma ponderação de interesses, tais direitos, certamente, devem prevalecer em face dos interesses patrimoniais do Estado, resguardados com a vedação acima mencionada”.

Não se pode negar, a partir dos registros feitos no Parecer Técnico da Vigilância Sanitária de Feira de Santana, endossado pelo Relatório CEAT/MP, mencionados pelo Juiz e que serviram de fundamento para a sua decisão, que as inúmeras e recorrentes irregularidades detectadas na Casa de Menores interditada, comprometedoras da saúde e segurança dos internos, e, portanto, da própria vida destes, sejam motivo suficiente a justificar a adoção da drástica medida empreendida

pelo Magistrado, daí porque a observação feita pelo Órgão Ministerial, merecedora de destaque, fl. 172, senão vejamos:

“Como se não bastassem as irregularidades relativas à infraestrutura da Unidade de Atendimento Socioeducativa, a ausência de disponibilização de água potável e a ausência de medidas pretendidas contra incêndio são demasiadamente graves, atingindo em grau intolerável a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, infere-se que, mesmo com o decurso do tempo, não foram adotadas medidas espontâneas pelo Poder Público para sanar a situação do CASE Juiz Melo Matos, permanecendo os adolescentes e funcionários expostos a um ambiente insalubre e sem higiene, que pode proporcionar a propagação de doenças infectocontagiosas, expondo-os a uma situação degradante, violadora dos seus direitos à vida, dignidade, saúde e integridade física”.

Ademais, discussões em torno da imprestabilidade dos pareceres técnicos adotados pelo Juiz da causa não merecem abordagem nesta oportunidade, em sede de instrumental, cuja atenção está voltada para a aferição dos requisitos exigidos para o deferimento da liminar combatida.

De inteira pertinência, assim, a determinação de interdição da Casa de Menores em questão, com a transferência dos internos que ali se encontram para uma outra que possa acolhê-los de forma digna, embora não se possa negar a complexidade e dificuldade para se operacionalizar essa transferência.

Por isso mesmo, a dilação do prazo para a sua execução é medida que se impõe, considerando que o de 72 (setenta e duas) horas, definido na interlocutória, se afigura exíguo, diante das circunstâncias da espécie, ainda mais em se tratando de instituição pública e que lida com jovens infratores, merecedores da especial e cuidadosa atenção dos órgãos competentes.

Assim, a dilação desse prazo para 05 (cinco) dias, conforme já decidido às fls. 126/128, se mostra razoável e de todo apropriada, até para que a Justiça não caia no descrédito, diante da frustração de não se poder dar plena eficácia à decisão objurgada.

Também no que tange à multa diária fixada para fins de descumprimento da interlocutória, esta merece ajuste, porque não revestido da proporcionalidade e razoabilidade necessárias o *quantum* arbitrado na decisão agravada, correspondente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Nesta conformidade, resta fixada a multa em R\$ 1.000,00/dia, até porque a finalidade a que se destina não é o enriquecimento sem causa da parte, mas o efetivo cumprimento do comando judicial correspondente.

Veja a Jurisprudência deste Colegiado a respeito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUÍZO DE PISO ACOLHEU IMPUGNAÇÃO EM PARTE E REDUZIU MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. INDEFERIDO EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO FACE AO JULGAMENTO DO RECURSO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

A questão da legitimidade do Agravante é matéria superada pelo trânsito em julgado da sentença que o condenou à obrigação de fazer ora exigida. Astreinte é penalidade que força a parte a respeitar decisões judiciais, tendo como objetivo constranger o vencido a cumprir a sentença ou decisão interlocutória de antecipação de tutela e evitar o retardamento em seu cumprimento, e sobre esta matéria o Superior Tribunal de Justiça vem reforçando o papel das astreintes no sistema jurídico brasileiro.

(TJBA, 4ª C.C., AI n.º 0014646-20.2011.8.05.0000, Rel. Desª Cynthia Maria Pina Resende, J. 17/12/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE DETERMINOU QUE A RECORRENTE SE ABSTIVESSE DE PROCEDER A COBRANÇA PELO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA ATÉ A REGULIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO REJEITADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO. NECESSIDADE DE REDUÇÃO. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL.

(...)

Restaram evidenciados, portanto, os requisitos autorizadores da antecipação da tutela, valendo salientar que o próprio julgador, ao apreciar os embargos declaratórios opostos pela agravante estabeleceu limites à medida inicialmente deferida, que cuidaram de lhe dar razoabilidade e proporcionalidade, considerando que ainda haveria o julgamento do mérito da lide. No que tange à multa diária arbitrada em caso de descumprimento, todavia, observa-se que foi fixada excessivamente em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fugindo da razoabilidade. O § 6º do art. 461 do CPC autoriza a modificação, litteris: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. O STJ tem decidido reiteradamente acerca da possibilidade de redução da multa, inclusive de ofício, quando verificado o excesso.

(TJBA, 1ª C.C., AI nº 0317215-81.2012.8.05.0000, Rel. Desª Maria da Purificação da Silva, J. 09/12/2013)

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso, para modificar-se em parte a decisão agravada, apenas no que diz respeito ao prazo para o cumprimento da interlocutória, agora de 5 (cinco) dias, bem assim ao valor da astreinte, que resta fixado em R\$ 1000,00/dia, mantendo-se a decisão hostilizada, em seus demais termos, por seus próprios fundamentos.

TJBA – Agravo Regimental n.º 0316606-95.2012.8.05.0001/50000, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 04.05.2015

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM DESFAVOR DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO APELO. Suspensão do feito. Recuperação judicial. Não cabimento. Obrigação de fazer. Pretensão ilíquida. Inteligência de art. 6º, § 1º da lei 11.101/2005. Recurso não provido.

1. A pretensão deduzida em juízo pelos Agravados foi compelir a Ré, ora Agravante, a cumprir obrigação de fazer, qual seja, a liberação da hipoteca que grava os imóveis adquiridos pelo Autores, ora Agravados.
2. O artigo 6º, caput, da Lei n.º 11.101/05, não se aplica às ações que demandam quantia ilíquida, incluindo-se nestas as ações que visam o cumprimento da obrigação de fazer ou abster-se da prática de um determinado ato.
3. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO REGIMENTAL** na Apelação Cível nº. 0316606-95.2012.8.05.0001, de Salvador, em que é Agravante **RCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** e Agravados **PAULO RAIMUNDO ALMEIDA BRITO e OUTROS**.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, pelos motivos expendidos no voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Agravo Regimental interposto pela **RCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** contra a decisão monocrática proferida por este Relator às fls. 390/397, nos autos da **APELAÇÃO CÍVEL** interposta pela agravante em desfavor de **PAULO RAIMUNDO ALMEIDA BRITO e OUTROS**, que negou seguimento ao recurso, com base no estabelecido no art. 557 do CPC, porque manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

O Agravante sustenta que, em decorrência do ajuizamento e deferimento do processo de Recuperação Judicial da Agravante, houve uma determinação da impossibilidade de constrição do patrimônio da **RCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) e que o ato de baixa da hipoteca requer o pagamento do financiamento junto à Caixa Econômica Federal ou a transferência da constrição para outro imóvel. Por esta razão, entende o Agravante que o comando decisório não se apresenta apenas como uma obrigação de fazer, mas traz, igualmente, uma prestação pecuniária que entende não ser cabível na espécie.

Pede a reconsideração do *decisum* ou caso assim não entenda que coloque o feito em mesa para julgamento por parte do colegiado.

Devidamente intimado (fl. 410), os Agravados não apresentaram contrarrazões.

Examinei os autos e concluí pela manutenção dos termos decisórios anteriores, trazendo-os, nesta oportunidade, à mesa de julgamento.

É o Relatório.

VOTO

A decisão ora impugnada foi proferida com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Conforme constou do *decisum* atacado “verifica-se que o recurso encontra-se em confronto com súmula e a jurisprudência do STJ, pelo que abre-se a oportunidade ao relator de por fim à demanda recursal apreciando-a monocraticamente”.

Analisando os autos, mantenho o meu posicionamento, conforme decisão monocrática de fls.390/397, em todos os termos e por seus próprios fundamentos, devendo, em verdade, ser integrada ao presente julgamento, como se aqui transcrita estivesse:

*“Trata-se de recurso de apelação interposto por **RCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** contra a sentença prolatada pelo douto Juiz de Direito da 26ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais desta Comarca de Salvador, nos autos da ação nº 0316606-95.2012.8.05.0001. De início, a fim de evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença de fls. 215/217,ipsis litteris:*

“Paulo Raimundo Almeida Brito e Selma Leal Vilas Boas Brito, através de advogado, ajuizaram a presente ação, tendo alegado o seguinte: Em 03 de março de 2008, celebraram Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda, sem o registro no cartório competente, referente a aquisição, pelos Autores de 04 (quatro) apartamentos.

Tais imóveis foram adquiridos mediante permuta, conforme contrato de compra e venda com permuta. O preço ajustado foi integralmente quitado, não restando qualquer débito.

Os imóveis em questão foram hipotecados em garantia ao financiamento para construção do edifício, cuja comunicação da hipoteca só foi dado aos autores no momento em que exigiu a escritura pública do imóvel, fato ocorrido no mês de outubro de 2011. Em decorrência do pagamento integral, a Ré ficou obrigada a efetuar a quitação do saldo devedor do financiamento do imóvel junto à Caixa Econômica Federal ou a liberação da garantia dos imóveis objeto desta ação, mediante baixa ou substituição da hipoteca, haja vista estarem quitados, bem assim, sequer foram consultados no momento em que os dito apartamentos foram dados em hipoteca para garantir o financiamento tomado pela ré.

Verificada a inteira quitação dos imóveis por parte dos Autores, haveria de ser aplicado de imediato o compromisso da ré, procedendo a quitação do saldo devedor do imóvel junto à CAIXA, liberando o ônus que grava o imóvel objeto da escritura pública. Sem o cumprimento de tal condição estabelecida entre as partes, os Autores estão impossibilitados de efetivar o registro da escritura pública no competente Cartório Imobiliário, a fim de, legitimamente, ter o que é seu de forma definitiva e como a Lei determina a obrigatoriedade de registro.

R. C. A. Empreendimentos Imobiliários Ltda., através de advogada, contestou a ação, tendo alegado o seguinte:

Primeiramente cabe esclarecer que os Autores afirmam, equivocadamente, em sua inicial, que a relação que vincula as partes é de consumo, alegando figurarem como consumidores e a Ré como fornecedora, sendo eles os destinatários finais dos imóveis objetos da demanda.

Cumpra esclarecer que, ao contrário do que se afirma na peça inicial, os Autores tinham plena ciência acerca da incidência de gravame sobre as unidades adquiridas em decorrência da transação comercial realizada entre as partes.

O pleito do Autores consiste na liberação, pela ré, das hipotecas que existem sob suas unidades, alegando os mesmos, para tanto, que a Ré já ultrapassou o prazo estabelecido para cumprimento da obrigação de fazer.

Ocorre que, a Ré ainda encontra-se dentro do prazo contratualmente estabelecido entre as partes para adimplir com sua obrigação.

É o relatório. Decido”.

Sobreveio decisão, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, julgo procedente a ação, para determinar que a Ré proceda o pagamento do saldo devedor junto ao agente financeiro, Caixa Econômica Federal, realizando e comprovando nos autos o desligamento da hipoteca que grava os imóveis objetos da aquisição entre as partes, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Condene a Ré nas custas e nos honorários advocatícios, estes a 20% do valor da causa”.

Inconformado, apela o requerido às fls. 340/352, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ad causam ativa e, no mérito, em resumida síntese, que a **RCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** encontra-se em processo de Recuperação Judicial, tombado sob nº 0414860-06.2012.8.05.0001, que tramita na 8ª Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais desta Comarca de Salvador, devendo manter o ativo da empresa livre de constrição judicial em processos individuais, bem como requer a suspensão do feito pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme art. 6º da Lei nº 11.101/2005.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram as contrarrazões às fls. 371/382, pugnando pela manutenção da sentença.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram distribuídos a esta Primeira Câmara Cível, cabendo-me a relatoria.

É o relatório. Decido.

Cuida-se de recurso manejado pela **RCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** contrariamente ao comando sentencial de fls. 215/217 que, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por **PAULO RAIMUNDO ALMEIDA BRITO**, julgou procedente o pedido para determinar o pagamento do saldo devedor junto ao agente financeiro, com o devido desligamento da hipoteca que grava os imóveis objetos da aquisição entre as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária.

Inicialmente, passo à análise da preliminar levantada pelo apelante, sobre ilegitimidade ad causam.

A preliminar não merece prosperar vez que os autores são partes legítimas para compor a relação processual, tendo em vista que os imóveis objeto da lide foram adquiridos de boa fé e quitados, tendo direito à liberação da hipoteca dos imóveis, com o respectivo registro da escritura pública no Cartório de Registro de Imóveis.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade ad causam.

O apelante insiste na tese de que há fato superveniente, alegando o encerramento das atividades da empresa, não podendo recair sobre a recorrente qualquer constrição judicial.

Ora, a obrigação da recorrente é apenas o desligamento da hipoteca, pois os apelados cumpriram, integralmente, com as suas obrigações, ou seja, quitaram as parcelas do contrato de compra venda dos imóveis hipotecados. Devendo, portanto, os imóveis em questão ser registrados em nome dos apelados, após a baixa da hipoteca, obrigação inerente a empresa, ora apelante.

Ademais, a jurisprudência é uníssona em afirmar que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes dos imóveis, tendo inclusive, sumulado a matéria.

Desta feita, imperiosa a incidência dos ditames da Súmula nº 308 do STJ, in verbis:

“A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Portanto, o instrumento de compra e venda firmado entre o adquirente e a construtora/apelante, que hipotecou-o junto ao agente financeiro, deve prevalecer, conforme determinado pelo magistrado sentenciante.

Eis a posição do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, digna de nota, que, ao proferir voto no julgamento do REsp nº187.940/SP (DJ de 21/69), argumentou:

“A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre ‘os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado’ (art. 2 da Lei nº 4.864/5), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa fé, que cumpriu com todos os seus compromisso e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado projeto de construção, foi negligente na defesa

do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previsto na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a execução da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreciar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, em tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra perda das prestações do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida construtora perante o seu financiador. Isso seria contra natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem exista o tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, - uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produzirá necessariamente efeitos sobre o terceiro”.

Esse é o entendimento, também, deste Tribunal, vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. INDENIZAÇÃO FIXADA, POR DANOS MORAIS, EM R\$ 10.000,00, ACRESCIDOS DE JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL REFERENTE À OUTORGA DA ESCRITURA DEFINITIVA. EXCLUSÃO DE SÓCIOS DE CONSTRUTORA DO PÓLO PASSIVO DA LIDE. NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RELAÇÃO DE CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE DE DENUNCIÇÃO A LIDE. PRECEDENTES DESTA CORTE. DANO MORAL CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO FIXADA DE FORMA MODERADA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. PRECEDENTES DO STJ. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OUTORGA DA ESCRITURA. ASTREINTES FIXADA DE FORMA RAZOÁVEL. PRECEDENTES DO STJ. IMPROVIMENTO DO APELO. 1- Não há que se falar em condenação em honorários de sucumbência por exclusão de sócios do pólo passivo da lide, quando se mantém a pessoa jurídica e estão todos representados pelo mesmo causídico. 2- Do mesmo modo, devido ao caráter de relação de consumo evidenciado na presente demanda, deve ser observada a vedação contida no art. 88 do CDC, que obsta a possibilidade de denúncia da lide, visando proteger os interesses

do consumidor, de modo que a prestação jurisdicional possa respeitar o princípio da celeridade, nada inviabilizando que o recorrente possa se utilizar da ação de regresso contra terceiro que tenha dado causa a responsabilização. 3- Em virtude do grande lapso de tempo decorrido após a quitação, não há que se falar em mero aborrecimento cotidiano, mas em verdadeiro abalo psicológico do apelado, apto a ensejar a indenização por danos morais pleiteada, ainda mais quando se considera que este honrou as obrigações previstas no contrato e que pretendia vender o imóvel e não pôde fazê-lo por conta do inadimplemento da construtora em providenciar a liberação da hipoteca e a outorga da escritura definitiva, consoante a prova robusta dos autos. 4- O valor indenizatório foi estipulado de forma equilibrada pelo digno a quo, não sendo caso de modificação por inexistência de teratologia, ou seja, de valor irrisório ou abusivo. 5- A despeito da alegação de que é descabida a confirmação da medida liminar, porquanto as obrigações de baixa da hipoteca e de outorga da escritura definitiva do imóvel em questão já haviam sido comprovadas consoante às fls. 339/342, observa-se que o documento presente em tais fôlios, datado de 7 de novembro de 2006, apenas demonstra que foi autorizada a liberação do gravame, mas não comprova a outorga da escritura definitiva, cuja cópia só foi juntada em sede de recurso. 6- Não havendo exagero no quantum arbitrado para astreintes, considerando que se trata de uma construtora e que o consumidor, frise-se, parte vulnerável, teve que recorrer ao Poder Judiciário para que o pacto contratual fosse cumprido, revela-se desarrazoado a intervenção desta Corte no sentido de afastá-la ou reduzi-la. RECURSO IMPROVIDO.” (0034969-53.2005.8.05.0001 Apelação. Relator(a): Maria do Socorro Barreto Santiago. Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Data do julgamento: 11/02/2014. Data de registro: 13/02/2014.)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vem decidindo na mesma forma:

“EMBARGOS DE TERCEIRO - IMÓVEL HIPOTECADO PELA CONSTRUTORA A BANCO EM GARANTIA DE EMPRÉSTIMO - QUITAÇÃO PELO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ - HIPOTECA INEFICAZ PERANTE OS ADQUIRENTES DE BOA-FÉ - APLICAÇÃO DA SÚMULA 308 DO STJ - PREPONDERÂNCIA, ADEMAIS, DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA DIGNIDADE HUMANA SOBRE O INTUITO DE LUCRO E DIREITO REAL - PENHORA INSUBSISTENTE - EMBARGOS DE TERCEIRO PROCEDENTES - RECURSO NÃO PROVIDO SUCUMBÊNCIA - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESCONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA DE EMPRÉSTIMO FIRMADO COM CONSTRUTORA DO BEM DE RAIZ - ALEGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE QUE NÃO DEU CAUSA AO FEITO - INADMISSIBILIDADE - HIPÓTESE EM QUE O BANCO, CIENTE DA QUITAÇÃO DO CONTRATO E DIREITO DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ, RESISTE E INSISTE NA MANUTENÇÃO DO GRAVAME - SUCUMBÊNCIA EVIDENCIADA - RECURSO NÃO PROVIDO” (TJ-SP - APL: 443702620078260000 SP 0044370-26.2007.8.26.0000, Relator: Fernandes Lobo, Data de Julgamento: 19/04/2012, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/05/2012).

“EMBARGOS DE TERCEIRO - Imóvel hipotecado pela construtora a banco em garantia de empréstimo - Quitação pelos adquirentes de boa-fé - Legitimidade dos adquirentes em discutir a hipoteca em embargos de terceiro - Banco que já sabia da finalidade de venda das unidades habitacionais dadas em garantia e não fiscalizou a alienação ou comunicou os adquirentes do inadimplemento da construtora - Hipoteca ineficaz perante os adquirentes de boa-fé - Aplicação das Súmulas 34 e 308 do STJ - Preponderância, ademais, dos princípios da boa-fé, da função social da propriedade e

da dignidade humana sobre o intuito de lucro e direito real - Penhora insubsistente - Embargos de terceiro procedentes - Recurso improvido.” (TJ-SP - APL: 1264712400 SP, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 10/11/2008, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/12/2008).

“EMBARGOS DE TERCEIRO - Imóvel hipotecado pela construtora a banco em garantia de empréstimo - Quitação pelos adquirentes de boa-fé - Alegação de que o direito real se sobrepõe ao direito dos adquirentes Impropriedade - Legitimidade dos adquirentes em discutir a hipoteca em embargos de terceiro Banco que já sabia da finalidade de venda das unidades habitacionais dadas em garantia e não fiscalizou a alienação ou comunicou os adquirentes do inadimplemento da construtora - Hipoteca ineficaz perante 03 adquirentes de boa-fé Aplicação das Súmulas 84 e 308 do STJ - Preponderância, ademais, dos princípios da boa-fé, da função social da propriedade e da dignidade humana sobre o intuito de lucro e direito real - Hipoteca desconstituída - Embargos de terceiro procedentes - Recurso não provido SUCUMBÊNCIA - Embargos de terceiro - Desconstituição de hipoteca de imóvel dado em garantia de empréstimo firmado com construtora do bem de raiz - Alegação da instituição financeira de que não deu causa ao feito - Inadmissibilidade - Hipótese em que o banco, ciente da quitação do contrato e direito da adquirente de boa-fé, resiste e insiste na manutenção do gravame Sucumbência evidenciada Recurso não provido” (TJ-SP - APL: 1256042200 SP, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 28/07/2008, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/08/2008).

À vista do delineado, verifica-se que o recurso encontra-se em confronto com súmula e a jurisprudência do STJ, pelo que se abre a oportunidade ao relator de pôr fim à demanda recursal apreciando-a monocraticamente.

É o que dispõe o art. 557, caput, do CPC, vejamos:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

Assim, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, **NEGO SEGUIMENTO** à presente apelação ante a manifesta improcedência. “

A decisão acima transcrita mencionou os ditames da Súmula nº 308 do STJ, bem como colacionou jurisprudência daquela colenda Corte, resultante do julgamento de situações análogas (REsp n 187.940/SP).

Noticiado o deferimento do pedido de recuperação judicial formulado pela empresa Agravante, foi determinada a suspensão das ações e execuções em curso pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005.

Todavia, referida disposição não se aplica ao caso *sub judice*. Isto porque somente as ações que demandam quantia líquida é que se suspendem por força do deferimento do pedido de recuperação judicial. Aquelas que demandam quantia ainda ilíquida, prosseguem.

A respeito do tema, o artigo 6º, § 1º, da Lei no 11.101/2005, dispõe que:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

Com efeito, a pretensão deduzida em juízo pelos Agravados foi compeli-la a Ré, ora Agravante, a cumprir obrigação de fazer, qual seja, a liberação da hipoteca que grava os imóveis adquiridos pelos Autores, ora Agravados. Para tanto, efetivamente, terá o Agravante que quitar o saldo devedor junto ao agente financeiro. Trata-se, portanto, de quantia ilíquida que atrai a incidência do § 1º do art. 6º da Lei 11.101/2005. Senão vejamos:

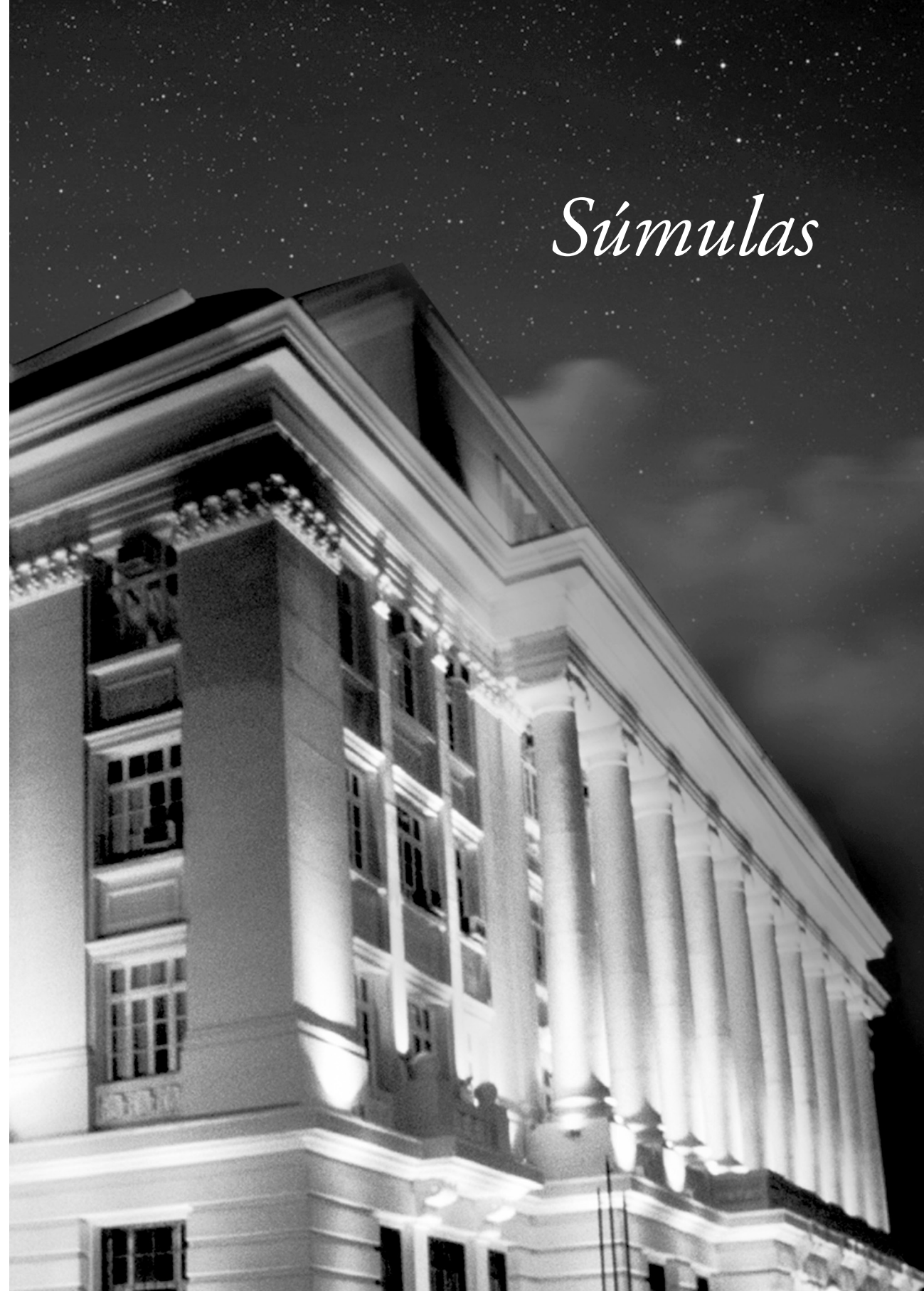
Parceria agrícola - Ação de obrigação de fazer -Recuperação judicial - Suspensão - Inadmissibilidade -Incidência da regra disposta no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.O artigo 6.º, § 1º, da Lei n.º 11.101/05, exclui do efeito suspensivo as ações que demandem quantia ilíquida, incluindo-se nestas as ações que versarem sobre coisa certa, prestação ou abstenção de fato. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 5810808020108260000 SP 0581080-80.2010.8.26.0000, Relator: Orlando Pistoresi, Data de Julgamento: 16/02/2011, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/02/2011).

Deste modo, outra não há de ser a conclusão senão a de que o artigo 6º, *caput*, da Lei n.º 11.101/05, não se aplica às ações que demandam quantia ilíquida, incluindo-se nestas as ações que visam o cumprimento da obrigação de fazer ou abster-se da prática de um determinado ato.

Por isso, imperioso reconhecer que a presente ação de cumprimento de obrigação de fazer, consubstanciada na obrigação de baixar a hipoteca incidente sobre os imóveis adquiridos pelos Agravados, não se suspende em face do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos.

Súmulas



Súmula nº 1

Nas ações penais contra gestores públicos é dispensável a intimação pessoal do acusado e de seus defensores para a Sessão destinada a apreciar o recebimento ou rejeição da denúncia, sendo suficiente a intimação regular do advogado constituído, mediante a inclusão do processo em pauta.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Data do Julgamento: 21/12/2011

Data de Publicação/Fonte: DJe 01.10.2014; DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014

Referência Legislativa: Art. 370 do Código de Processo Penal.

Precedentes: STF, HC 84655/RO
STF, HC 74026/PI
STF, HC 83595/SP

Súmula nº 2 - Cancelada

Súmula nº 3

Os critérios para a fixação do regime de cumprimento de pena, bem como para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, previstos, respectivamente, nos §§2º e 3º do Art. 33 e do art. 44, do Código Penal, são aplicáveis para os crimes previstos na Lei 11.343/2006, assegurando-se, dessa forma, a individualização da pena.

Órgão Julgador: Seção Criminal

Data do Julgamento: 07/02/2014

Data de Publicação/Fonte: DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

Referência Legislativa: Arts. 33 e 34, §§2º e 3º do Código Penal
Lei nº11.343/2006

Precedentes: TJBA, Ap.Crim. 0000062-24.2011.8.05.0007
TJBA, Ap.Crim. 0002264-94.2008.8.05.0001
TJBA, Ap.Crim. 0000043-31.2009.8.05.0090
TJBA, Ap.Crim. 0000298-29.2004.8.05.0004
TJBA, Ap.Crim. 0007881-82.2011.8.05.0113
TJBA, Ap.Crim. 0003602-61.2005.8.05.0146
TJBA, Ap.Crim. 0014541-91.2009.8.05.0039
TJBA, Ap.Crim. 0105692-24.2010.8.05.0001
TJBA, Ap.Crim. 0095647-29.2008.8.05.0080
TJBA, Ap.Crim. 0011948-29.2010.8.05.0274

TJBA, Ap.Crim. 0134415-58.2007.8.05.0001
 TJBA, Ap.Crim. 0000349-59.2011.8.05.0080
 TJBA, Ap.Crim. 0001196-56.2009.8.05.0072
 TJBA, Ap.Crim. 0117449-54.2006.8.05.0001

Súmula nº 4

O reconhecimento da continuidade delitiva exige a presença tanto dos requisitos objetivos do art. 71 do Código Penal, quanto do requisito subjetivo, configurado no necessário liame entre os crimes praticados com unidade de desígnios por parte do agente.

Órgão Julgador: Seção Criminal

Data do Julgamento: 07/02/2014

Data de Publicação/Fonte: DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

Referência Legislativa: Art. 71 do Código Penal

Precedentes: TJBA, Ap.Crim. 0000965-90.2012.805.0244
 TJBA, Ap.Crim. 0000687-65.2009.805.0189
 TJBA, Ap.Crim. 0301451-65.2013.805.0247
 TJBA, Ap.Crim. 0004476-45.2009.805.0004
 TJBA, Ap.Crim. 0000003-67.2012.805.0147

Súmula nº 5

A citação pessoal nos processos criminais de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 9.099/95, exige, para que cesse a competência dos Juizados Especiais, o esgotamento de todos os meios necessários para a prática do ato, com expedição de certidão, exarada pelo Oficial de Justiça, atestando a impossibilidade de localização do réu.

Órgão Julgador: Seção Criminal

Data do Julgamento: 07/02/2014

Data de Publicação/Fonte: DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

Referência Legislativa: Art. 66 da Lei nº 9.099/1995

Precedentes: TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320354-41.2012.8.05.0000
 TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320428-95.2012.8.05.0000
 TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320430-65.2012.8.05.0000
 TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320355-26.2012.8.05.0000
 TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0312424-69.2012.8.05.0000

TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320386-46.2012.8.05.0000
 TJBA, Conflito de Jurisdição nº 0320426-28.2012.8.05.0000

Súmula nº 6

A fixação, na sentença condenatória, do valor mínimo indenizatório devido à vítima, previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deverá obedecer o princípio do contraditório, assegurado ao réu, no curso do processo, defender-se da imputação.

Órgão Julgador: Seção Criminal

Data do Julgamento: 07/02/2014

Data de Publicação/Fonte: DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

Referência Legislativa: Art. 387, IV do Código de Processo Penal

Precedentes: TJBA, Ap.Crim. 0000186-82.2007.8.05.0092
 TJBA, Ap.Crim. 0000123-30.1994.8.05.0022
 TJBA, Ap.Crim. 0003264-16.2010.8.05.0113
 TJBA, Ap.Crim. 0001300-53.2011.8.05.0080
 TJBA, Ap.Crim. 0000051-41.2012.8.05.0239
 TJBA, Ap.Crim. 0000526-02.2012.8.05.0011

Súmula nº 7

O emprego de arma, inclusive de fogo, ainda que desmuniada, autoriza a incidência da majorante prevista no inciso I, §2º do Art. 157 do Código Penal.

Órgão Julgador: Seção Criminal

Data do Julgamento: 07/02/2014

Data de Publicação/Fonte: DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

Referência Legislativa: Art. 157, I, § 2º do Código Penal

Precedentes: TJBA, Ap.Crim. 0007727-03.2010.805.0080
 TJBA, Ap.Crim. 69983-4/2008
 TJBA, Ap.Crim. 0001557-66.2004.805.0000
 TJBA, Ap.Crim. 0001758-80.2010.805.0088

Súmula nº 8

É irrelevante a falta ou nulidade de laudo pericial para a comprovação do potencial lesivo da arma ou munição necessários à configuração dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do desarmamento, tendo em vista o fato de a periculosidade ser ínsita à própria tipificação penal, em benefício da proteção da segurança coletiva.

Órgão Julgador: Seção Criminal

Data do Julgamento: 07/02/2014

Data de Publicação/Fonte: DJe 02.10.2014; DJe 03.10.2014; DJe 06.10.2014

Referência Legislativa: Lei nº 10.826/2003

Precedentes: TJBA, Ap.Crim. 0000126-95.2010.8.05.0192
 TJBA, Ap.Crim. 0017168-17.2011.8.05.0001
 TJBA, Ap.Crim. 0079160-13.2010.8.05.0001
 TJBA, Ap.Crim. 0002526-02.2005.8.05.0146
 TJBA, Ap.Crim. 0037451-95.2010.8.05.0001
 TJBA, Ap.Crim. 0002067-44.2006.8.05.0120
 TJBA, Ap.Crim. 0000263-23.2010.8.05.0113
 TJBA, Ap.Crim. 0106372-43.2009.8.05.0001

Súmula nº 9

Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas travadas entre o 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