

**PROCURADORIA JUDICIAL**  
**AÇÃO INDENIZATÓRIA Nº 006416410.2010.805.0001**  
**Autor: M.L.A.M.; I.G.M.; M.I.T.G. e V.T.G.**  
**Réu: ESTADO DA BAHIA**

**Ato deflagrado no interior de estabelecimento privado e consumado em Rodovia Federal.** Detento em gozo de benefício de saída temporária. Legalidade da atividade jurisdicional. Denúnciação da lide ao Estado da Bahia descabida. Risco do empreendimento. Inaplicabilidade da Teoria do Risco Integral. Danos Materiais. Impossibilidade de Presunção. Danos Morais. Inexistência.

O **ESTADO DA BAHIA**, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço de sua Procuradoria Geral no CAB, 3ª Avenida, 310, sede da FLEM, nesta Capital, vem perante V. Exa., por seu Procurador, nos autos da **AÇÃO INDENIZATÓRIA** tombada neste MM. Juízo sob o n.º **0064164-10.2010.805.0001**, que lhe movem **M.L.A.M., I.G.M., M.I.T.G. e V.T.G.**, *tempestivamente*, apresentar sua defesa, sob a forma de **CONTESTAÇÃO** pelas razões de fato e de direito, *na oportunidade em que restitui os autos ao cartório*.

*De logo, e expressamente, o Estado da Bahia vem informar que **não concorda com a denúnciação da lide, não a aceitando**, ausente, como abaixo melhor desenvolvido, qualquer hipótese legal de autorização da intervenção de terceiro.*

Registra, ademais, que não há falar-se em atribuição de valor à denúnciação da lide como o fez a litisdenunciante. Certamente assim procedeu de forma a que, quando inexoravelmente indeferida sua pretensão, tente que sobre aquele ínfimo valor (R\$3.000,00) sejam calculados os honorários de sucumbência em favor do litisdenunciado Estado da Bahia.

## **I - DA TEMPESTIVIDADE**

Verdadeiramente o prazo de defesa sequer se iniciou, uma vez que ainda se encontra pendente de realização da citação do litisconsorte litisdenunciado (seguradora Itaú XL), na forma do que dispõe o art. 241, III, do CPC.

Ainda que assim não o fosse, considerando que o mandado citatório do Estado da Bahia fora juntada dos autos no dia 21 de outubro de 2010 (quinta-feira), conforme se depreende do carimbo de juntada de fl. 994, ter-se-ia por iniciado o prazo para apresentação de defesa no dia 22 de outubro de 2010 (sexta-feira), com termo final ordinariamente no dia 20 de dezembro de 2010 (segunda-feira).

Considerando, entretanto, que em tal data se encontrava em recesso o Poder Judiciário, na forma da Portaria 232/SEMAG de 13 de dezembro de 2010 e da Resolução 04/2005 instituída pelo Tribunal Pleno da Bahia (doc. em anexo), resta prorrogado o termo final para 07 de janeiro de 2011 (sexta-feira), a presente data.

Desta forma, sob qualquer ângulo de análise, com lastro no art. 188 do CPC (RT 514/97), protocolada a defesa na presente data, a tempestividade é manifesta.

## **II – DO RESUMO DOS FATOS**

Comparecem os Autores em Juízo informando serem marido, mãe, filha e irmã de **R.C.T.G.M.**, a qual teria sido seqüestrada juntamente com a segunda Autora (**I.G.M.**), no estacionamento do Shopping Center Iguatemi, nesta capital, no dia 06.08.2009, quando retornavam das atividades de lazer e compras naquele empreendimento.

Que após o seqüestro, **R.C.T.** e sua filha (2º Autora) foram levadas para uma estrada de barro situada no município de São Sebastião do Passé,

vicinal da BR220, onde o criminoso teria tentado estuprar **R.C.T.**, culminando no homicídio.

Os Autores então visto que considerando que fora naquele local – estabelecimento privado - Teoria do Rico da Atividade Empresarial - que se iniciou a ação delituosa (o seqüestro), sendo a alegada tentativa de estupro e o evento morte de **R.C.T.** exaurimento daquela conduta, propuseram a presente ação indenizatória em face do Litisdenuciante Cond. Shopping Center Iguatemi Bahia pleiteando indenização por danos morais (todos os Autores) e por danos materiais (os dois primeiros).

O Shopping Iguatemi, por sua vez, apresentou petição requerendo a denunciação da lide da Seguradora Itaú XL e Estado da Bahia, e em peça apartada, defesa, sob a forma de contestação, aduzindo possuir grande aparato e segurança com vários homens voltados para a área de segurança, equipados com carros e motos, com monitoramento com câmeras atuantes em todas as áreas do Shopping. Que a atitude delituosa realizou-se de forma discreta, passando-se de forma despercebida.

Tenta fazer crer que a vítima ao se portar de forma discreta teria responsabilidade pelo ocorrido. Alega ilegitimidade, pois o seqüestro não fora realizado por nenhum de seus prepostos.

Por fim, levantou a tese de que o Estado da Bahia seria litisconsorte passivo necessário sob a premissa de que o crime de seqüestro apenas decorreu a partir da decisão do Poder Judiciário baiano em deferir a saída temporária ao Autor do crime (o mesmo cumpria pena na Colônia Agrícola, nesta comarca), bem como que o *exaurimento* do crime decorreu fora de suas dependências.

À fl. 982 o Juízo determinou a denunciação da lide ao Estado da Bahia e à Seguradora Itaú XL.

Como se passa a demonstrar, inadmissível a inserção do Estado da Bahia no pólo passivo da relação processual, ausente os requisitos legais para tanto, bem assim, acaso adentrado ao mérito, improcedentes as pretensões em face do ente público.

### **III - PRELIMINARMENTE – DO NÃO CABIMENTO DA DENUNCIACÃO DA LIDE QUANTO AO ESTADO DA BAHIA**

Como acima exposto, o Estado da Bahia não concorda, não aceitando, a sua denúncia da lide. *Ademais, a pretensão deveria ter sido formulada na peça de defesa, e não em peça apartada, do que decorre que a apresentação de uma das peças é inadequada e pode mesmo impor preclusão lógica e consumativa quanto a posterior.*

A figura da denúncia da lide (espécie de intervenção de terceiro que, juntamente com as demais, deixarão de existir no novo CPC), possui hipóteses TAXATIVAS de cabimento, as três previstas no CPC em seu art. 70 (Sendo relevante acentuar que o art. 88, do CDC, *veda* a denúncia, salvo à seguradora).

No caso dos autos, quanto ao Estado da Bahia, indicou o litisdenunciante o art. 70, III, do CPC, como fundamento da denúncia:

Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória:

...  
III – Àquele que estiver obrigado **pela lei ou pelo contrato** a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. (gn)

No caso dos autos não há qualquer contrato firmado entre Réu e Estado da Bahia, quiçá prevendo direito de indenização em ação regressiva.

Paralelamente, não há qualquer previsão legal quanto a dever de indenização regressiva do Estado da Bahia face ao Iguatemi quanto aos fatos decorrentes da ação narrada nos autos.

Como bem ressaltado no acórdão do TJ/MG no AI 0337867 de 16.06.01, alegação de culpa de terceiro não é causa a ensejar denunciação. Somente regresso fundamentado em garantia formal expressa (contrato ou lei) é que a justifica.

**“INDENIZAÇÃO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE.**

A denunciação da lide, cuja petição inicial deverá conter os requisitos do art. 282, CPC, só será admissível se o denunciado estiver obrigado, em decorrência da lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda. **Assim, não se tratando de caso de futura ação regressiva, fundada em garantia a que se obrigara o terceiro, mas de defesa fundada em culpa de outrem. Não cabe a denunciação.** Recurso não provido.” (TAMG - AI. 0337867-8 - 2ª C. Cív. - J. 19.6.2001).

No caso dos autos, a alegação do Réu é que a culpa não seria sua, mas sim do Estado. A sua tese é de que quanto a si a ação seria improcedente, devendo ser responsabilizado o Estado da Bahia. Em momento algum refere qualquer liame contratual ou norma legal que lhe assegurasse regresso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ILEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO ESTADO E AGENTES CRIMINOSOS. AUSÊNCIA DE LIAME CONTRATUAL OU LEGAL. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 01. Empresa que comercializa jóias é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda de indenização, quando o evento morte ocorreu em suas dependências, durante assalto, dependendo sua responsabilidade da comprovação de sua culpa no decorrer da instrução do feito, quando a apreciação dessa matéria será feita no julgamento do mérito. 02. **Ausente qualquer das hipóteses do art. 70 do CPC, não cabe a denunciação da lide do Estado.** (TJMT; RAI 34486/2005; Cuiabá; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Marcos Aurélio dos Reis Ferreira; Julg. 05/12/2005)

Se a tese é de improcedência quanto ao denunciante e de culpa do denunciado, não há como se vislumbrar hipótese de denunciação, pois nesse caso se busca o garantidor.

Nesse sentido julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Denúnciação da lide. **Não será admissível quando o reconhecimento da responsabilidade do denunciado suponha seja negada a que é atribuída ao denunciante.** Em tal caso, se acolhida as alegações do denunciante, a ação haverá de ser julgada improcedente e não haverá lugar para regresso. Desacolhidas, estará afastada a responsabilidade do denunciado” (RSTJ 84/202) Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 36º Edição. Ed. Saraiva. Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa.

Observe-se a incoerência de alguém argüir a sua ilegitimidade e, simultaneamente, pretender ser indenizado em regresso por terceiro. Não por outra razão parcela da jurisprudência já se firmou pela impossibilidade da denúncia em tais casos (Lex-JTA 149/92).

Ao que parece, a pretensão do Iguatemi objetiva unicamente tumultuar o processo, afastar a competência do Juízo Cível, procrastinar o feito.

Pretende se imiscuir no direito disponível da parte (Autores) de fixar os limites subjetivos da lide.

Assim sendo, diante do não cabimento da denúncia da lide, a qual não é aceita expressamente pelo litisdenunciado Estado da Bahia, requer seja a mesma indeferida, prosseguindo-se o processo contra o(s demais) Réu(S).

#### **IV - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO LITISCONSORCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM O ESTADO DA BAHIA – NÃO CABIMENTO**

Sem que expresse qual seria o fundamento legal da pretensão, em sua defesa o Shopping Iguatemi alega existir litisconsórcio necessário entre o mesmo e o Estado da Bahia e espólio de G.C.A.

O litisconsórcio necessário está previsto no art. 47, do CPC, não se amoldando a situação dos presentes autos.

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Não há disposição de lei, nada na relação jurídica que existia a conduzir o raciocínio de que haveria o juízo que decidir de forma uniforme a presente lide em face do Iguatemi e do Estado da Bahia, notadamente quando se depara com uma argumentação de ilegitimidade do Réu.

Mais esta pretensão deve ser indeferida.

**V - PRELIMINARMENTE - DA DENUNCIACÃO/CHAMAMENTO DA UNIÃO AO FEITO. EXAURIMENTO DA CONDUCTA DELITUOSA NAS PROXIMIDADES DA BR220. RESPONSABILIDADE DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL.**

O Estado da Bahia considera que a sua denúncia da lide é absolutamente inadequada. Acaso, entretanto, não seja este o entendimento do Juízo, o que se admite apenas por argumentação, haveria de integrar a lide a União Federal.

Com efeito, compulsando o Inquérito Policial, de nº 143/09/DH, que investigou os fatos decorrentes da morte de **R.C.T.**, verifica-se que o exaurimento da ação delituosa perpetrada por **G.C.A.** decorreu em via vicinal à BR220 (via que dá acesso aos Municípios de Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passé), rodovia federal (fl. 123), sendo assim região esta de responsabilidade de patrulhamento da Polícia Rodoviária Federal, que por sua vez integra a União.

Não faz parte das atribuições e competência da Polícia Militar do Estado da Bahia, nem da Polícia Rodoviária Estadual a fiscalização e patrulhamento ostensivo da malha rodoviária federal que cruza o Estado da Bahia, conforme o quanto preceituado no Código de Trânsito Brasileiro – CTB e a CF/88 em seu art. 144, §2º.

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO E REALIZAÇÃO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO EM RODOVIAS FEDERAIS. EXCLUSIVIDADE DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO POR CONVÊNIO.

**1. O art. 144, § 2º, da Constituição Federal, e o art. 20, caput e incisos, do Código de Trânsito Brasileiro (L. 9.503/97) atribuem à Polícia Rodoviária Federal a competência para a realização de policiamento ostensivo nas rodovias federais**, assim como para aplicar e cobrar multas por infrações de trânsito.

**2. A atribuição de policiamento ostensivo e fiscalização de rodovias federais conferida pela Constituição e pela lei à Polícia Rodoviária Federal não podia ser delegada** mediante convênio pelo extinto DNER, uma vez que esta autarquia não detém tal competência desde a promulgação da CF/88. Com efeito, ainda que o convênio firmado pelo extinto DNER e pelo DER/PR fosse válido à época de sua constituição, a promulgação da Constituição Federal de 1998 consubstanciou superveniente alteração da ordem jurídica que o tornou insubsistente, por incompatível com o novo regramento da matéria.

3. Ação rescisória julgada procedente para, em juízo rescisório, julgar parcialmente procedente ação civil pública, determinando que a Polícia Rodoviária Federal retome o policiamento e fiscalização de todos os trechos de rodovias federais localizados no Estado do Paraná.

4. O Estado do Paraná deve restituir todos os valores que, nos cinco anos anteriores à propositura da ação civil pública, tenha eventualmente arrecadado em razão da aplicação e cobrança de multas por infrações de trânsito praticadas em rodovias federais, uma vez que não detinha competência constitucional ou legal para o desempenho de tal atuação.

(AR 2007.04.00.021613-1/PR, REL. DES. FEDERAL VALDEMAR CAPELETTI, 2ªS./TRF4, UNÂNIME, JULG. 30.04.2009, D.E. 15.05.2009)

Desse modo, acaso entenda o Juízo pela manutenção do Estado da Bahia na lide, sucessivamente requer o mesmo seja a União Federal chamada para integrar o feito (litisconsorte passivo), para que, acaso condenado o Estado da Bahia, lhe indenize do que venha a ser condenada. Ressalta que na forma da Súmula 150, do STJ, à Justiça Federal, com exclusividade, cabe a análise da pretensão.



**VI - PRELIMINARMENTE - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DA BAHIA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, ART. 267, INC. VI, DO CPC.**

Imputam os Autores a responsabilidade pela morte da Sra. R.C.T. ao Shopping Iguatemi (Réu), uma vez que o fato delituoso iniciou-se dentro das suas dependências, especificamente dentro do estacionamento..

Por sua vez, tenta o Shopping Iguatemi, em sua defesa, se esquivar a todo instante da sua Responsabilidade, imputando a mesma ao Estado da Bahia, sob argumentos de que a morte da Sr. R.C.T. ocorreu fora das dependências do Shopping, não obstante do fato delituoso (seqüestro) tenha sido iniciado em seu estacionamento - sem qualquer dificuldade.

Ademais, informa que Autor do crime era condenado por crime de tentativa de estupro, alegando, em seguida, que a sua saída fora autorizada por decisão judicial sem o devido fundamento ou lastro, argüindo que não foram realizados exames que atestassem a condição de ressocialização do condenado e que o mesmo não estava apto a retornar a sociedade.

Diante de tais argumentos, requereu que fosse o Estado da Bahia incluído no feito.

Ocorre, entretanto, conforme a documentação acostada nos autos, não resta sustentáculo na fala do Shopping Iguatemi, vez que, conforme se observa, todos os requisitos impostos pela Lei de Execução Penal no deferimento da Saída Temporária fora cumprida, ouvindo-se o Ministério Público, analisando-se toda a documentação pertinente.

*Ademais, ressalta-se, o Autor do crime, qual seja, G.C.A., outrora – feriado de Tiradentes - havia gozado o benefício de saída temporária sem que haja qualquer tipo de ocorrência – doc. anexo.*

Quanto a alegação de que por os crimes de tentativa de estupro e homicídio ocorrerem fora das dependências do Shopping Iguatemi incidiria responsabilidade do Estado da Bahia, esta não poderá prosperar, visto que lá (no estacionamento do centro comercial) que iniciou-se a conduta criminosa (seqüestro) sendo a alegada tentativa de estupro (desta não há prova nos autos) e homicídio exaurimento da conduta.

Ademais, quanto à menor I.G.M. (cujá tenra idade não permite lembrança dos fatos ocorridos, especialmente pelo fato do óbito ter ocorrido fora do carro), o seqüestro ocorreu também no próprio Shopping.

O seqüestro ocorreu dentro do estabelecimento comercial, o qual é responsável pela segurança de seus clientes. Nesse sentido C.R.G., citado pelos Autores às fls. 10 e 11 dos autos.

Observe-se Exa. que consoante a anexa notícia de jornal, a Associação dos Lojistas de Shoppings não desejam a presença da Polícia Militar nas dependências dos Shoppings.

O Sr. G.C.A. estava lícitamente em gozo de benefício de saída temporária. Naquele momento não era um custodiado. Não estava foragido. Preencheu os requisitos legais para a progressão de regime prisional e para a saída temporária de dia dos pais.

Não é demais lembrar que a legislação que trata do tema é FEDERAL, sequer Estadual.

O Estado não pode ser responsabilizado por todo e qualquer ato referente à segurança pública, seja em via pública, ***muito menos dentro de um estabelecimento comercial privado***. Não se admite a qualidade de segurador universal ao ente público, *verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. MORTE DE PARTICULAR EM VIA PÚBLICA. ASSALTO. FALTA NO DEVER DE GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INOCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO DO APELO. Se o prejuízo causado ao particular adveio de uma omissão do Estado, isto é, do não funcionamento de algum serviço público, ou de seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, correto é invocar-se a teoria da responsabilidade subjetiva ou, como tem preferido alguns doutrinadores, a teoria da culpa anônima da administração. **Atribuir ao Poder Público a responsabilidade genérica por não evitar todo e qualquer assalto ocorrido em via pública, além de representar tamanha insensatez, porque equivaleria a erigi-lo à condição de segurador universal, redundaria fatalmente na falência estatal.** (TJPB; AC 2003.002622-1; Campina Grande; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Seráfico da Nóbrega Neto; Julg. 17/11/2003; DJPB 22/11/2003)

Por tais motivos, requer não seja admitido a inclusão do Estado da Bahia no presente feito, não se tratando de litisconsorte passivo. Na forma do art. 267, do CPC, deve ser o Estado da Bahia excluído da lide.

**VII - PRELIMINARMENTE - DA ILEGITIMIDADE ATIVA DAS AUTORAS: MARIA INÊS TAVARES GIACON E DE VANESSA TAVARES GIACON.**

Comparecem as Autoras M.I.T. e V.T.G., mãe e irmã, respectivamente, da falecida R.C.T. argüindo terem direito à indenização à título de danos morais.

Ocorre, entretanto, que a Sra. R.C.T. já havia, desde longa data, constituído nova família, formando novo núcleo familiar, do que decorre que por assim ser, não cabe (admitindo, por hipótese, caber a alguém) dever de indenização face a mãe e irmã.

O sentimento de perda de um ente querido é comum a todo homem médio, que, ante a presunção, traz o sentimento de amor aos que lhe rodeiam e que com a morte, cria-se o sentimento de perda. Tal situação, entretanto, não enseja possam todas as pessoas que conviveram com o falecido vir a Juízo pleitear indenização pela “perda”.

Com efeito, pensar de modo diverso seria conceber o direito de pleitear danos morais para todos os entes familiares (e quem sabe até amigos íntimos do falecido) indistintamente, decorrendo a grave quebra do Princípio da Vedação do Enriquecimento Ilícito. Inúmeras ações e processos contenciosos, abarrotando ainda mais o Poder Judiciário.

Entender pela legitimidade (ou pela procedência da pretensão indenizatória), significaria abrir precedentes para pleitos futuros, quebrando com a noção de equidade e proporcionalidade no julgamento das causas.

A existência de relações familiares mais próximas (esposo e prole) afasta a pretensão indenizatória das relações familiares então menos próximas.

Nesse sentido a doutrina, *verbis*:

...

Já que no dano reflexo o elemento certeza apresenta-se como norteador do direito à reparação (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 9ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 44), examinemos que laços de família autorizam a indenização desses danos morais. A Princípio, laços conjugais, de união estável e de descendência e ascendência. Porém quando não existem cônjuge, descendentes ou ascendentes, os irmãos que suplantaram aqueles elos familiares podem ocupar seus lugares para efeito de indenizações (cf. Roberto H. Brebbia, El dano moral, cit. P. 285). Cabe observar que, embora a dor sofrida por outros parentes ou mesmo terceiros possa ser mais intensa do que aquela dos membros da família antes referidos, ***por razões de segurança nas relações jurídicas não se pode aceitar que todos os que se sintam afetados pela morte de outrem tenham direito a reparação***; caso assim o fosse, haveria uma carga

indenizatória insuportável e injusta ao lesante. (Regina Beatriz Tavares da Silva, Código Civil Comentado, Ed. Saraiva) *gn*

Paralelamente, mesmo aqueles que admitem possam outros parentes como pais e irmãos ter direito a indenização são peremptórios ao consignar a necessidade de prova cabal do amor incondicional, forte afeição, tudo isto concomitante com o evento morte, não havendo como presumi-la.

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO DEFERIDA A CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHOS. IRMÃOS DA VÍTIMA. DANO MORAL. PROVA. NECESSIDADE.** Detém legitimidade, a priori, para figurar no pólo ativo da lide de reparação de danos morais em decorrência de morte da vítima, os seus irmãos. Em tese, admissível a indenização do dano moral, podendo reclamá-la os irmãos, integrantes do núcleo familiar de mais íntimo e próximo relacionamento, justificando, de modo aceitável, a legitimação ativa desse recebimento. Todavia, a presunção do dano moral deve ser *juris tantum*, admitindo prova em contrário. O fato de ser irmão da vítima não quer dizer amor incondicional e sofrimento com a perda daquela, sendo necessária a prova do dano moral sofrido. ***O simples caráter consangüíneo não é presunção absoluta de dano moral pela morte da irmã, prova maior disso é o exemplo bíblico caim e Abel.*** Recurso não provido. (TJMG; APCV 1.0433.06.187980-8/0011; Montes Claros; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Cabral da Silva; Julg. 18/08/2009; DJEMG 04/09/2009)

Observe-se Exa. que mãe e irmã da Sra. R.C.T. residem juntas no mesmo imóvel em Salvador, sendo estas verdadeiramente companheiras uma da outra. A Sra. R.C.T. desde longa data constituía outra família (casamento data de mais de 10 anos), possuindo filha.

Ademais, a Sra. R.C.T. veio a ser sepultada em São Paulo (fl. 151), milhares de quilômetros de distância das Autoras, o que deixa ainda mais evidente a ilegitimidade das mesmas ou mesmo a improcedência da pretensão quanto a estas, que permitiram que a Sra. R.C.T. fosse sepultada tão longe das mesmas (e mesmo do esposo e filha).

Desse modo, requer, seja reconhecida a ilegitimidade passiva das Autoras M.I.T e V.T.G., mãe e irmã, respectivamente, da falecida R.C.T., julgando o feito extinto, sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, inc. VI, do CPC. Acaso esse não seja o entendimento do Juízo, quanto às mesmas julgadas improcedentes a pretensão indenizatória.

### **VIII - DA INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ESTADO – ALEGAÇÃO DE SEGURANÇA PRIVADA SUFICIENTE**

Não há dúvidas de que a segurança dentro das instalações de um empreendimento comercial privado é do empreendedor.

Diversamente do que pretende fazer crer, a segurança oferecida não se mostrou suficiente ou mesmo eficaz.

O que se lê nos autos Exa. são declarações do Presidente do Sindicato das Empresas de Segurança Privada (SINDESP) de que “Os Shoppings trabalham com um número de vigilantes insuficiente” (fl. 432).

Lê-se ainda o seguinte: “Nós temos o maior estacionamento de um estabelecimento comercial de Salvador e só contamos com dois a três vigilantes por plantão. Não é suficiente.” (fl. 432).

O contrato de fl. 951 refere a apenas 85 vigilantes!

Imaginando-se o tamanho do Shopping Iguatemi, que possui, segundo seu site ([www.iguatemisalvador.com.br](http://www.iguatemisalvador.com.br), acessado em 06.01.11) 535 lojas, **30.000 (trinta mil) vagas de estacionamento (entre fixas e rotativas)** espalhadas por mais de 15 estacionamentos diversos, em diversos níveis e locais, um fluxo de **25.000 carros** e **140.000 pessoas** diariamente, não há dúvidas da insuficiência desse quadro.

Mesmo que o volume de pessoal de segurança fosse muito maior, considerando os n.s anunciados pelo Réu, ainda seriam insuficientes e mais que isso, incompatíveis com o volume de riqueza produzido no Shopping.

Os CDs juntados com a inicial e defesa do litisdenunciante não permitem a visualização de todos os arquivos (certamente dependendo de algum programa especial), mas no quanto foi possível ver, não há nenhuma segurança acompanhando a entrada e saída das cancelas.

O sistema de segurança é de tal forma falho que segundo se lê do relatório de fl. 656, a Sra. R.C.T. não era vista pela câmera de segurança quando da abordagem do Sr. G.C.A.

...No período compreendido entre 11h26min54 e 11h30min54, do dia 06/08/2009, no estacionamento referenciado nos quadros de imagens como sendo "75ENtD", o suspeito aproximou-se da vítima, a qual estava posicionada conforme última descrição mencionada através da letra "d" do item 3.2, posicionou-se atrás desta, **encobrendo a visualização da imagem através do ângulo de cobertura da câmera que estava registrando as imagens.**

Como pode ser considerado bom um sistema que não possui mais de um ângulo de visão possível? Que não permitia a visão da vítima (Álbuns 08, 09 e 10 às fls. 672/674).

Mais que isso:

O relatório informa que *o suspeito gesticulou "em várias direções e diminuiu o ângulo de abertura da referida porta e não mais se observou a vítima de forma inteira, fora do veículo..."* (fl. 656)

O suspeito gesticulava em várias direções, tinha sido visto perambulando aleatoriamente por outro estacionamento (fl. 655 e álbum 09 – fl. 671) e não havia um segurança sequer no local.

Como pode concluir o Shopping Iguatemi que a Sra. R.C.T. não acenou por socorro se suas câmeras não a focalizavam?

Refere então o Shopping que à saída teria sido sem intercorrências ou indícios de sequestro.

Como se pode observar do álbum 11 (fl. 675), **a câmera de vigilância fixa posicionada de forma que somente vê a primeira fileira de bancos. Ademais, não há NENHUM segurança na cancela ou na proximidade.**

Como sabe então o Shopping que a Sra. R.C.T. não teria gesticulado por socorro se não a tinha no campo de visão? (vide em especial os quadros 10, 11 e 12).

Como pode primar pela segurança se sequer arquivava as filmagens de segurança (fl. 537)? Observe-se que no caso dessa resposta negativa se tratava das filmagens de 05/08/09 (fl. 474), solicitadas em 18/08/09 (apenas 13 dias após as filmagens).

Como facilmente se verificar, se está diante de uma atuação desesperada do Shopping em tentar transferir a terceiro a sua responsabilidade pela segurança dos clientes.

## **IX - DA ATUAÇÃO DILIGENTE E EFICAZ DO ESTADO**

Pretende o Shopping atribuir ao Estado da Bahia a responsabilidade pela sua grosseira falha de segurança, não obstante o histórico de crimes de assalto, atentado violento ao pudor, seqüestro e mesmo de estupro nas suas dependências (fl. 233 e 238).



Diversamente do Shopping, o Estado da Bahia, sempre quando acionado por tais fatos, atuou de forma diligente, prendendo e condenando o criminoso.

Mesmo o crime referido nos presentes autos foi rapidamente elucidado pelas autoridades policiais do Estado. O mesmo se diga do crime referido à fl. 233 (mesmo os pertences foram devolvidos) e o de fl. 238.

A legislação penal e processual penal, entretanto, é federal, não tendo o ente estatal qualquer ingerência sobre a mesma, e preenchendo o encarcerado os requisitos necessários à progressão de regime, assim reconhecendo o Poder Judiciário, cabe ao Estado proceder a transferência do preso para o novo regime prisional.

O mesmo se diga quanto às saídas provisórias previstas na legislação federal de regência (art. 123, da LEP – L. 7.210/84).

Como se infere da anexa documentação e depoimentos dos autos (fl. 443/444), o Sr. G.C.A. sempre trabalhou, inclusive nas enfermarias das penitenciárias e na biblioteca. Sempre teve bom relacionamento com todos, não apresentando qualquer problema ou intercorrência. Suas avaliações psicológicas foram favoráveis.

Nada ouve de irregular na alteração do regime prisional ou na saída temporária (que já não era a primeira).

Sempre quando instado a atuar o Estado da Bahia o fez de forma eficaz, apurando os fatos e punindo os responsáveis. Observe-se que o crime estava desvendado em poucos dias, com o suspeito preso.

Diversamente o Shopping Réu, sequer trouxe aos autos seu plano de segurança.

Desta forma se verifica que nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao Estado.

## **X - DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL.**

Com o advento do Código consumerista restou pacificado na doutrina e na jurisprudência pátria o tema da Responsabilidade Objetiva dos fornecedores e prestadores de serviços. Empreendimentos estes que diante dos altos índices de lucros e da hipossuficiência do consumidor em provar os danos sofridos restam por ter contra si a Teoria do Risco do Empreendimento.

Impede dizer assim, que, diante da atividade de risco que é o negócio empresarial (observe-se o fato rol de produtos e serviços comercializado na Ré, desde jóias, serviços bancários, serviços etc.), deverá o empresário arcar, sem qualquer análise da culpa, os danos causados a outrem.

Nesse sentido ensina o i. Cavaliere: *“Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”*.

**RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING. OBRIGAÇÃO RESSARCITÓRIA NÃO SE VINCULA À DEMONSTRAÇÃO DE CULPA. TEORIA DO RISCO.** Ausência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, bem assim de fortuito externo. Indenização bem quantificada. Não comprovados lucros cessantes. Dano moral arbitrado de maneira adequada. Sentença mantida. Recursos desprovidos. (TJSP; APL 994.06.016121-9; Ac. 4784972; São José dos Campos; Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Claudio Godoy; Julg. 26/10/2010; DJESP 26/11/2010)

Tratando-se especificamente dos Shoppings Centers a responsabilidade do Empreendedor abrange a todas as áreas do centro comercial, interna e externamente (tanto assim que o Shopping filmava a Passarela pública de acesso), incluindo aqui os estacionamentos.

O estacionamento existe como parte essencial do negócio, gerando para o cliente uma verdadeira expectativa de guarda, isto é, a certeza de que é melhor freqüentar o shopping center para compra ou lazer, pela segurança e facilidades oferecidas, dentro as quais está o estacionamento. Os amplos estacionamentos oferecidos fornecem, por sua vez, lucros, indiretos. Por isso que os estacionamentos em sua grande porção ainda são “gratuitos”, pois através dele se dá o aumento do volume de vendas.

“Se esses estacionamentos têm um aparato de segurança com a finalidade de inspirar confiança a quem vai ao supermercado, caracterizado por grandes portões de entrada e de saída para carros, guaritas para os guardas, não resta dúvida de que existe o dever de vigilância e a conseqüente responsabilidade em caso de furto, mesmo que as chaves do veículo permaneçam no poder do proprietário e o estacionamento seja gratuito. Assim, com efeito, tem sido decidido”. (Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. Ed. Saraiva)

“A todo prestador de serviços incumbe a garantia da incolumidade dos usuários, pois os riscos contra ela é o risco dos empresários, e não dos cidadãos que lhe dão lucros” Boletim ADV, 1986.

Impede a Teoria do Risco Empreendimento dizer que o dano causado a outrem (consumidores) por eventual falha de segurança ou estrutura do prédio deverá ser ressarcido sem qualquer análise de culpa do empreendedor, independentemente de quem seja o causador (preposto do empreendedor ou transeunte).

Deste modo, não poderá o Réu-Shopping Iguatemi alegar a sua irresponsabilidade no presente caso sob a alegação que o dano causado (a morte da Sra. R.C.T.) não fora causado por nenhum dos seus prepostos.

Ressalta-se! O Shopping Iguatemi, por ser empreendimento que visa lucros oferecendo diversos serviços enquadra-se dentro da Teoria do Risco adotado pelo Código Civil – art. 927 – devendo ressarcir os seus consumidores por qualquer dano que venham a sofrer, sendo estes danos causados por terceiros ligados ao Empreendimento-Shopping ou não (transeuntes).

**RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. SEQÜESTRO RELÂMPAGO OCORRIDO NO INTERIOR DO ESTACIONAMENTO DO SHOPPING. FALHA NO SERVIÇO. Responsabilidade objetiva pelos danos causados, em razão da aplicação da Teoria do Risco da Atividade. Ausência de comprovação da ocorrência de caso fortuito ou força maior. Redução do valor da indenização por danos morais Recurso parcialmente provido. (TJSP; APL 994.04.067913-6; Ac. 4541425; Santo André; Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida; Julg. 11/05/2010; DJESP 20/09/2010)**

De mais e mais, o Réu-Shopping Iguatemi, em sua peça contestatória comparece informando que dentro do seu estabelecimento existe um grande aparato de segurança, dentre eles, homens, carros, câmeras de segurança, etc, no intuito de levar este MM. Juízo a crer que dentro de suas dependências reina a mais completa segurança e que o presente caso (o falecimento da Sra. R.C.T.) fora apenas uma excepcionalidade.

Realidade, no entanto, não resta na fala do Réu!

Como se observa dos autos, o mesmo Sr. G.C.A. já assaltara e sequestrara Clientes e funcionários do Shopping (ficando clara a falha de segurança contumaz), havendo, inclusive, processo indenizatório de uma das vítimas (0131509-37.2003.805.0001).

Do mesmo modo, rotineiro é o anuncio nos meios de comunicação em massa de ocorrência de assaltos e furtos nas dependências de grandes centros

de consumo. *Basta ver as notícias dos roubos nas Joalherias do Shopping Cidade Jardim em São Paulo, o mais luxuoso do país!*

**Nesse ponto, necessário se faz denotar que a ação Policial dentro de tais espaços particulares é combatida pela Associação dos Lojistas dos Shoppings, sob a premissa de que assustariam os consumidores, indicando como local perigoso** (reportagem do Jornal A TARDE, datada do dia 21/11/2010, fl. A4, em anexo, comenta sobre o tema).

Assim sendo, por tudo que foi dito, não há o Shopping Iguatemi que se eximir de qualquer imputação de responsabilidade de forma a atribuí-la ao Estado da Bahia, visto que por ser o empreendimento que é, lucrativo, adotada é a Teoria do Risco do Negócio, ponto este já pacificado na Doutrina e Jurisprudência pátria.

Não poderá ademais o Shopping Iguatemi dizer que não se aplica tal dogma sob a premissa que os fatos (tentativa de estupro e morte) não foram realizadas por nenhum dos seus empregados/prepostos, assim como que tais ocorrências não se extinguíram dentro do seu estabelecimento, mas em local distinto, mesmo porque o seqüestro lá ocorreu.

O que deverá ser observado é o local onde se iniciou o ato ilícito, qual seja, no estacionamento do Shopping Iguatemi, sendo os fatos seguintes apenas exaurimento da ação inicial de seqüestro.

Não poderá, do mesmo modo, ser acolhida a alegação do Réu-Iguatemi de que a vítima, no momento da ação do seqüestrador, não esboçou nenhuma atitude que levantasse qualquer tipo de suspeita.

As mais diversas autoridades no ramo da segurança, nos mais diversos meios de comunicação sempre orientaram e continuam orientando as pessoas a não reagirem e a não contradizerem aos mandamentos do criminoso e

como já ressaltado, as câmeras do Shopping não focalizavam a vítima, não permitindo que se chegue a tal conclusão.

Deste modo, por o seqüestro ter ocorrido dentro das dependências do Shopping Iguatemi e que, se o mesmo não tivesse ocorrido, os daí decorrentes não existiriam, latente é a impossibilidade de se pretender atribuir ao Estado da Bahia a responsabilidade.

## **XI - DO CASO FORTUITO. DO DEVER DE VIGILÂNCIA DO PARTICULAR.**

Os Estados da federação são responsáveis por criar e manter dentro dos seus territórios unidades policiais ostensivas na defesa e manutenção da ordem da sociedade, como um todo, utilizando-se para tanto dos mais diversos aparatos de proteção e repressão.

Não obstante a todo esse poder de defesa e repressão que os Estados investem na defesa da ordem, utópico seria acreditar que toda a sociedade está completamente protegida e que inexistente qualquer mal capaz de ferir a integridade dos indivíduos.

Assim sendo, não obstante o dever de defesa do Estado (que somente nos últimos quatro anos contratou cerca de 10.000 novos policiais militares), cada um dos particulares tem o dever de dentro de suas esferas vigiar seus pertences e guarnecer a sua integridade e daqueles que estão sob a sua égide, sob pena de lhe serem imputados a responsabilidade por omissão – é o chamado dever de vigilância.

Desse modo, não há que imputar ao Estado da Bahia qualquer tipo de responsabilidade pelos fatos ocorridos, pensar de modo diverso seria pedir a onipresença do Estado, com fiscalização em todas as ruas e becos das cidades,

em todas as estradas, por tempo integral; o que só acontece nos romances de ficção científica.

O Estado não se trata de um segurador Universal!

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. MORTE DE PARTICULAR EM VIA PÚBLICA. ASSALTO. FALTA NO DEVER DE GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INOCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO DO APELO. Se o prejuízo causado ao particular adveio de uma omissão do Estado, isto é, do não funcionamento de algum serviço público, ou de seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, correto é invocar-se a teoria da responsabilidade subjetiva ou, como tem preferido alguns doutrinadores, a teoria da culpa anônima da administração. **Atribuir ao Poder Público a responsabilidade genérica por não evitar todo e qualquer assalto ocorrido em via pública, além de representar tamanha insensatez, porque equivaleria a erigi-lo à condição de segurador universal, redundaria fatalmente na falência estatal.** (TJPB; AC 2003.002622-1; Campina Grande; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Seráfico da Nóbrega Neto; Julg. 17/11/2003; DJPB 22/11/2003)

Não há como se pensar na presença do Estado em todos os lugares, a exemplo do ambiente no qual decorreu o exaurimento do crime (tentativa de estupro e homicídio), qual seja, uma estrada de barro, local ermo, em vicinal com a BR220, de responsabilidade, registre-se, da Polícia Rodoviária Federal.

Desse modo não que se imputar qualquer responsabilidade ao Estado da Bahia no presente caso, visto que se tratou, quanto ao mesmo, de uma fatalidade, tendo sido iniciado dentro de dependências do Shopping Iguatemi com o seqüestro da R.C.T. e da sua filha (2ª Autora) com óbito da primeira em local ermo de âmbito de responsabilidade da União Federal.

## **XII - DA DECISÃO JUDICIAL DE SAÍDA TEMPORÁRIA.**

A ação criminosa de seqüestro de R.C.T. e sua filha, seguida de tentativa de estupro (fato não provado) e morte daquela teve como sujeito ativo

o Sr. G.C.A., que estava internado na Colônia Agrícola Lafayette Coutinho (por crimes cometidos dentro do Shopping Réu).

Tenta a todo custo o Réu-Iguatemi a induzir este MM. Juízo que a concessão de saída do criminoso, qual seja G.C.A., decorreu por falha do Poder Judiciário por não ter obedecido todos os requisitos necessários para a sua liberação.

Não procedem suas alegações! Conforme se percebe na decisão judicial, anexa, que deferiu a saída temporária de G.C.A., houve a devida fundamentação e motivação, com oitiva do Ministério Público, análise de todos os requisitos impostos pela Lei de Execuções Penais para o benefício, etc.

A documentação ora acostada comprova que o encarcerado trabalhava regularmente, apresentava bom comportamento, mantinha bom convívio social.

Enfim, não há de se falar em erro do Poder Judiciário do Estado da Bahia em deferir tal concessão de saída temporária, visto que todos os requisitos foram observados e cumpridos de modo estrito.

Corroboram-se tal fato por meio dos relatórios de Avaliação psicológica, exame psiquiátrico e entrevista com a assistente social com o condenado, indicando o bom comportamento do mesmo, com a estabilidade em seu humor, cooperativo, etc, indicando o seu bom comportamento.

Ademais, percebe-se que o condenado frequentou cursos de aperfeiçoamento profissional junto ao SENAI, trabalhando regularmente na biblioteca a mais de 01 (um) ano, tendo, inclusive, gozado do benefício de saída temporária no feriado de Tiradentes sem nenhuma ocorrência desabonadora.

Progressão de regime, saídas temporárias e outras questões relativas



ao cumprimento de pena são normas de atendimento cogente, cuja competência para a edição é do legislador federal. Preenchidos os requisitos legais taxativos da LEF (presentes no caso concreto), segundo já fixou o STJ, o direito a saída temporária é direito subjetivo do encarcerado, *verbis*: STJ; REsp 782.872; Proc. 2005/0156129-8; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Geraldo de Oliveira Medina; Julg. 16/09/2008; DJE 15/12/2008

Assim sendo, tendo o condenado cumprido com todos os requisitos necessários para o recebimento da saída temporária, sendo esta deferida por autoridade competente, por decisão devidamente fundamentada e motivada, não há de se falar de equívoco ou culpa do Estado da Bahia em ter permitido o benefício para o, à época, condenado G.C.A.

O Sr. G.C.A. não era foragido da carceragem ou alguém que estivesse por outra razão ilícita solto. Sua saída era legal.

Desse modo não se pode falar de modo algum que houve qualquer tipo de negligencia por parte do Poder Público em permitir a saída temporária do referido condenado.

Com efeito, estando o condenado em regular gozo do benefício da saída temporária, não que se falar que o mesmo estaria sob a custódia da unidade penitenciária, estando responsável por os seus atos praticados.

Preenchidos os requisitos legais para a saída temporária, a mesma passa a ser direito subjetivo do encarcerado, não havendo, registre-se, qualquer exigência de análise psicológica pela lei.

Paralelamente, o art. 122, da LEF expressamente prevê que a saída será “sem vigilância direta”.

Desse modo, mais uma vez reitera-se que o Estado da Bahia não possui qualquer responsabilidade nos fatos descritos na inicial, visto que para

o mesmo não concorreu, nem deixou de observar os preceitos legais, havendo, inclusive anuência do Ministério Público Estadual para a saída, conforme se vê da decisão que deferiu a saída temporária de G.C.A.

### **XIII - DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL.**

De mais e mais, não se pode imputar ao Estado da Bahia a Responsabilidade por ato Jurisdicional, vez que todos os pontos pertinentes a legitimidade, competência e elementos ensejadores da decisão de saída temporária foram observados.

Ademais, mesmo que se considerasse (por hipótese) que houve por parte do Magistrado que concedeu a saída temporária do (condenado) Autor do crime equívoco no momento da elaboração da *decisum* contra o Estado da Bahia não se poderá impor nenhuma responsabilidade, visto que este não poderá responder por erros de atos jurisdicionais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco segue esta mesma senda:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL. DANOS DECORRENTES DE PRETENSO ERRO JUDICIAL POR CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PRETENSÃO NÃO RECONHECIDA PELO JUÍZO A QUO. APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. **a) sendo o ato jurisdicional um ato de soberania, não geram, para o Estado, a responsabilidade decorrente do art. 37 §6º da CF;**

b) a atividade jurisdicional não se enquadra no conceito de "serviço público"; presente na Constituição; c) a via adequada ao questionamento do ato é a recursal. Recurso IMPROVIDO à unanimidade. (TJPE; AC 105907-6; Recife; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Carlos Figueirêdo; Julg. 22/11/2005; DJPE 13/12/2005). (g. inautêntico).

Alguns magistrados mais conservadores ainda entendem pelo cabimento da responsabilidade do Estado nas ações do Poder Judiciário no caso da autoridade competente agir com *dolo ou fraude*, o que, decerto, não vem ser o caso.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR ATOS JUDICIAIS. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO §6º DO ART. 37 DA CF. INAPLICABILIDADE. DOLO, FRAUDE OU CULPA NÃO CARACTERIZADOS NO CASO CONCRETO.** DANO MATERIAL E MORAL. NÃO CONFIGURADOS. Ainda que, em tese, seja admitida a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, inexistindo nos autos qualquer prova indicando a ocorrência de dolo ou fraude no ato judicial, não há como julgar procedente a pretensão indenizatória. APELO DO ESTADO PROVIDO, RESTANDO PREJUDICADO O APELO DO AUTOR. (TJRS; AC 70018562595; Porto Alegre; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura; Julg. 24/07/2008; DOERS 01/08/2008; Pág. 34). (g. inautêntico).

Desse modo, por todo exposto, não é possível se imputar qualquer Responsabilidade ao Estado da Bahia pelos fatos produzidos pelo condenado G.C.A. que teve a sua saída temporária autorizada, dentro dos parâmetros legais e legítimos.

**XIV - DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PODER PÚBLICO PELA FALTA DA SEGURANÇA. OMISSÃO E NEXO DE CAUSALIDADE INEXISTENTES.**

Indispensável relembrar que, em relação ao Estado da Bahia, a causa apontada para a sua inclusão na lide foi a suposta falta dever de segurança da incolumidade das pessoas (fl. 10 da defesa).

Isto significaria a FALTA AO SERVIÇO (segurança), ou a omissão

pelo Poder Público, quando existente um dever legal de agir, no caso, o de manutenção da ordem pública e a defesa da vida.

De referência ao nexo de causalidade, adota o direito brasileiro a teoria da CAUSALIDADE ADEQUADA, a significar a imprescindibilidade da ocorrência do fato para levar ao dano. Sem aquele fato- causa adequada- não existiria o dano.

Com base nessas premissas, têm-se no casão vertente não há falar-se em responsabilidade objetiva (mas sim, acaso houvesse – o que não há - subjetiva), sendo necessária a apuração não somente do nexo causal (causalidade adequada), como do elemento subjetivo culpa.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. MORTE DE PACIENTE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO -DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. **A responsabilidade por omissão do estado tem caráter subjetivo, necessitando de prova dos elementos autorizadores da indenizabilidade.** Inexiste prova do nexo causal, restando incerto decorrer o evento morte da não realização da cirurgia. (TJRR; AC 010.06.135374-3; Rel. Des. Robério Nunes; Julg. 14/10/2010; DJERR 05/11/2010).

A premissa da Teoria do Risco Administrativo a pretender aplicação da responsabilidade objetiva não se aplica no presente caso. Não é o caso de atividade estatal que por sua natureza cause risco e dano a terceiros, muito menos atividade em que haja o denominado “risco-proveito”.

Ademais, como consabido, segurança pública não é serviço público.

Destarte, inaplicável a teoria da responsabilidade objetiva

## **XV - DO PEDIDO DE DANOS MATERIAIS.**

Não obstante a certeza de haverá de ser indeferida a denúncia da lide ou mesmo reconhecida a ilegitimidade passiva do Estado da Bahia, cumpre

ao Estado, em atenção Princípio da Eventualidade, impugnar a pretensão indenizatória.

Com efeito, pretendem os dois primeiros Autores verem reconhecido direito a pensão no valor de R\$ 11.200,31, a ser acrescido de 13º salário, acrescido do imposto de renda, correção monetária e juros de 1% ao mês, desde a data do falecimento até a data em que completaria a Sra. R.C.T. 70 anos. Pretendem fazer crer que a renda mensal a ser observada seria de R\$14.933,75.

Razão não lhes assiste.

Inicialmente vejamos o valor correspondente à pretensa média mensal da participação nos lucros da empresa M&M Médicos Associados S/C Ltda.

Não fosse suficiente o fato de ter se utilizado para cálculo da média apenas quatro meses (devendo ser observada a média dos anos anteriores), tal valor não era salário, e por assim ser não haveria que se falar em 13º.

Sendo participação nos lucros, já seria parcela isenta de imposto de renda, não havendo o que ser acrescido.

Ademais, se tratava de valor percebido por força de participação em sociedade, cujas cotas eram de propriedade da Sra. R.C.T. que nos termos do contrato social em sua cláusula 10ª (fl. 37), as cotas passaram a pertencer aos herdeiros, exatamente os dois primeiros Autores, que com a pretensão dos presentes autos estariam a receber duplamente pelas cotas.

A Cláusula 10ª prevê que falecendo o sócio a sociedade continuará suas atividades com os herdeiros.

Não é demais lembrar que o Autor M.L.A.M. é o sócio majoritário da

empresa.

Não há o que se indenizar, uma vez que a pessoa jurídica continua a existir e suas cotas passaram ao patrimônio dos Autores. Observe-se Exa. existir (ainda que o Estado não tenha tido acesso, por seu processo em curso em Juízo de família, havendo interesse de menor), inventário tombado sob o n.º 0114940-48.2009.805.0001 perante a 7ª Vara de Família), onde certamente as cotas devem ter sido arroladas.

Impugna-se, ademais, os valores atribuídos, seja pela média irreal (que considera apenas quatro meses de funcionamento de uma empresa existente desde 21.05.2001. Requer sejam juntadas aos autos, sob pena de confissão as declarações de imposto de renda da Sra. R.C.T. desde 2001.

Ademais, se já foi recebida a participação de lucros do mês de agosto, não há como pretendê-la novamente no processo.

Restam impugnados os DECORE juntados às fls39/42, confeccionados MESES após os fatos (mais de um ano após o pretense fato gerador: renda) apenas na iminência da ação judicial (21.07.2010), cujo prazo de validade da Declaração de Habilitação Profissional do emissor venceria em 10 dias.

Paralelamente, considerando que o contrato social em sua cláusula sétima prevê que os lucros seriam distribuídos aos sócios na proporção de suas cotas (fl. 37), e considerando que o Autor M.L.A.M. possui número de cotas OITO vezes superior ao da Sra. R.C.T. (fl. 36), isso significa que exemplificativamente no mês de junho/09 (fl. 40), deve ter recebido o valor de R\$87.054,80 (oitenta e sete mil, cinqüenta e quatro reais e oitenta centavos), em julho/09 (fl. 41) R\$65.166,76 (Sessenta e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e setenta e seis centavos) e assim por diante, o que se afigura incompatível com o capital social da empresa (R\$1.000,00).

**Requer seja determinado que seja juntado aos autos, sob pena de confissão, das declarações de Imposto de Renda desde 2001 da pessoa jurídica M & M Médicos Associados e do Autor M.L.A.M.**

Quanto ao valor percebido da Santa Casa de Misericórdia que seia alegadamente mensal, deveriam os Autores terem vergonha de assim referir.

Uma análise do documento de fl. 28 faz prova de que a Sra. R.C.T. **acabara de ser contratada pela Santa Casa em 01/07/2009, tendo trabalhado apenas um mês!** Pretender induzir que seria esta uma relação estável e que a remuneração seria algo duradouro é má fé.

Pretender inseria no cálculo parcela de “Antecipação de reajuste,” e outras que JAMAIS poderiam ser tidas por incorporadas em apenas um mês de trabalho como “hora reduzida noturna”, “adicional noturno” etc. é inaceitável.

Não tendo sido juntada a cópia do contrato de trabalho ou o inteiro teor da CTPS, sequer se sabe se não seria contrato de experiência.

Não pode ser aceito que um mês de trabalho em uma empresa seja considerada como parcela a ser tida como renda perdida de caráter vitalício!

Ademais, jamais pelo valor pretendido, uma vez que o salário contratual (fl. 28) era R\$2.058,68.

Foram ainda considerados os vencimentos junto ao Município do Salvador no valor de R\$1.992,17.

Inaceitável que se pretenda incluir “Auxílio Transporte”, gratificações *pro labore faciendo* como gratificações de competência e SMS para fins de fixação de valor de pensionamento.

Os únicos valores incorporados para a Sra. R.C.T. são o vencimento base (R\$789,39) e Adicional de Tempo de Serviço (R\$94,73).

Sequer a insalubridade pode sê-lo, pois como consabido, afastadas as condições insalubres cessa o direito a tal parcela.

Por fim, há que se observar que se tratando de cargo público, certamente há percepção de pensão pelos seus dependentes previdenciários. **Requer seja oficiado o IPS – Instituto de Previdência de Salvador para que informe se há percepção de pensão por dependentes da servidora Rita de Cássia Tavares Giacon Martinez, matrícula 976852.**

Resta impugnada a pretensão dos Autores.

Chegamos, por fim, à pretensão de inserir no cálculo os vencimentos de um cargo público NÃO ASSUMIDO, qual seja os de Médico Pediatra da SESAB, no valor de R\$2.602,27.

Não fosse suficiente o valor referido ser a remuneração máxima (à fl. 52 está referido a remuneração mínima do cargo em R\$1.104,52, nada justificando a pretensão, quiçá pelo seu valor máximo), a Autora JAMAIS tomou posse ou entrou em exercício.

O concurso público a que se referem os Autores foi SUSPENSO por decisão proferida pela Desa. Sara Brito no AGI 0012563-02.2009.805.0000-0, do que decorre que a Sra. R.C.T. jamais poderia estar em exercício ou percebendo qualquer valor.

Ademais, a pretensa nomeação (que NÃO ocorreu) é POSTERIOR ao óbito da Sra. R.C.T (DOE de 29.09.2009) e se tratava apenas de uma convocação para apresentação de documentos, exames médicos etc.



Como pode ser considerada na iminência de tomar posse quem já havia falecido e sequer foi nomeado!

Os Autores referem a nomeação em 23/07/2010 (QUASE UM ANO após o óbito).

Ora Exa. que espécie de renda é essa de um cargo JAMAIS ASSUMIDO. Não existe nomeação de pessoa morta! O Edital foi apenas e convocação para apresentação de documentos.

A convocação era para apresentação de documentos e exames médicos, conforme item XII do Edital (fl. 64), nada assegurando que preencheria os requisitos exigidos, que estaria clinicamente apta etc.

Não há sequer certeza de que teria interesse em assumir o cargo ou que haveria compatibilidade de jornada.

Com efeito, a leitura do depoimento da Sra. F.C.C.C.R., “amiga e Comadre” da Sra. R.C.T. às fls. 167/168 ressaltam que **a mesma estava insatisfeita com a profissão, que sentia vontade mudar de profissão mas não tinha coragem. Que estava cansada e apresentava quadro de depressão, insluive tomando psicotrópicos:**

...

**Que seu último contato com R.C.T. ocorreu quatro dias antes do fato, por telefone, quando a declarante achou que a mesma estava cansada, lamentando não ter a mesma coragem que a declarante de mudar de profissão. Relata ainda que Rita sofria de enxaqueca crônica, e inclusive, sofria de depressão chegando a fazer uso de medicamentos psicotrópicos sob supervisão médica” (fls. 167/168)**

Ademais, informa que a Sra. ***R.C.T. tinha medo de morrer cedo face***

*a um histórico de colesterol elevado*. Quem garante que passaria nos exames médicos?

...

**Que R.C.T era apaixonada por cachorros, inclusive criava seis em sua residência, não tendo a pretensão até dois anos atrás de gerar um filho, como queria seu esposo; a mesma também receava ser mãe por temer morrer cedo e não poder criar um filho, devido a um problema de colesterol alto. (fl. 168)**

Se somente veio ser convocada, nada mais.

Ademais, há ainda que se observar o seguinte:

Segundo o Edital SAEB/02/2008 (fl. 52), a carga horária do cargo seria de 20h semanais. Segundo o contracheque da Santa Casa de Misericórdia, naquela instituição seriam 60h, dessa forma já se alcançando 80 horas semanais.

Havia ainda a carga horária da Secretaria de Saúde do Município (não especificada) e o trabalho junto a M&M Médicos Associados.

Por óbvio que não haveria compatibilidade de carga horária para alguém que antes de assumir tal cargo já se sentia cansada e com inveja de quem mudou de carreira. Dúvida não resta que algum ou algumas atividades haveriam de ser encerradas. Em verdade indícios existem de que pretendia mudar de profissão.

Por fim, cumpre registrar que o concurso público teve acolhida pretensão de alteração dos critérios de contagem de pontos na Ação Civil Pública 0131844-46.2009.805.0001 julgada pela 7ª Vara da Fazenda Pública, do que decorre que a Sra. R.C.T., ainda que viva estivesse, não teria sido

nomeada ou tomado posse, não havendo como se pretender incluir qualquer valor para fins de cálculo.

Restam impugnados os valores referidos na inicial.

Quanto ao Imposto de Renda, participação de lucros é parcela isenta. Quanto aos demais, pretendem os Autores subverter o que dispõe a Súmula 493, do STF. O que objetiva a Súmula é que do capital constituído se evite que eventual parcela de imposto de renda devido (a Súmula é de 1969) se reste por diminuir o valor da renda. Nesse sentido Roberto Rodas em sua obra Direito Sumular.

Ocorre, entretanto, que quanto as parcelas decorrentes do trabalho assalariado, dúvida não resta de que devem considerar os valores líquidos, jamais os brutos, pois a Sra. R.C.T. jamais recebeu o bruto e sendo assim não haveria porque os Autores receberem (acaso direito lhes assistisse), mais do que a mesma,

Da mesma forma, não há falar-se em juros de 1% ou mesmo correção monetária. Se tratando de condenação em face da Fazenda Pública, haveria que se observar o regime próprio de correção e juros.

Cabe nesse momento ainda impugnar a pretensão de fixação de pensão até 70 anos de idade da Sra. R.C.T. A Jurisprudência, quando muito, o faz até 65 anos de idade, observada eventual morte anterior do pensionado.

Ademais, as informações nos autos de que a Sra. R.C.T. possuía histórico de colesterol elevado conduzem a uma presunção de expectativa de vida menor, especialmente quando associada a quadro depressivo e uso de psicotrópicos. Não pode ser admitida a pretensão de percepção de pensão até a expectativa de vida de 70anos da Sra. R.C.T., sequer 65 anos.

Considerando ademais a pretensão de mudança de profissão, nada garante que a renda seria mantida.

Ademais, não se pode admitir a pretensão de fixação de percentual tão elevado como 75% para fins de pensionamento.

Considerando a pretensa renda do Sr. M.M. (sócio majoritário da M&M), como crer que a falecida tivesse que contribuir com 75% de sua renda para manutenção da família? Que para si destinasse apenas 25% da renda.

Acaso admitido o direito ao pensionamento, esse deverá ser fixado em 50% da renda a ser fixada após serem afastados os manifestos equívocos a que pretendem os Autores induzir o Juízo acima referidos.

Ademais, considerando que Isabela já é herdeira de cotas da M&M, do que decorre já ter renda própria para se manter e, por conseguinte, ser, por força de lei, automaticamente emancipada, quando completasse 25 anos haveria de se exaurir sua cota do pensionamento, jamais passar para outra pessoa.

Sendo ademais pessoa com renda própria decorrente das cotas, é emancipada por força de lei (art. 5º, CC) os 16 anos, não tendo direito a pensão desde quando completar tal idade.

Por fim, considerando que o Estado em nada é responsável pelos fatos narrados na inicial, jamais lhe seria possível qualquer condenação, sendo que na presente defesa expressamente impugnou os valores pretendidos.

## **XVI - DA DESNECESSIDADE DE PENSIONAMENTO**

Segundo os documentos acostados aos autos, os dois primeiros Autores tem renda mais que suficiente a sua rica manutenção.

O Autor teria renda mensal superior a R\$80.000,00 e a Autora Isabela, como herdeira das cotas da mãe, já ficou com renda suficiente para a manutenção de qualquer necessidade.

A menor Isabela é dependente previdenciária da mãe, do que decorre ter direito a pensão do Município do Salvador, além de ter herdado cotas da sociedade M&M. Tem renda própria e, por tal razão, aos 16 anos restará emancipada na forma da legislação civil.

Não há necessidade de pensionamento. Possuem os Autores renda mais que suficiente a sua farta subsistência.

## **XVII – DA INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL**

Ultrapassadas as questões acima, o que se admite apenas por argumentação, cumpre ainda informar a completa inexistência quanto ao Estado da Bahia de danos morais no caso em tela. Como já explicitado, o Estado da Bahia não é responsável pelo infortúnio ocorrido.

Os fatos se iniciaram dentro de um local comercial (privado) – Shopping Center Iguatemi, não havendo nenhuma ilegalidade na decisão judicial que permitiu a saída temporária do Sr. G.C.A. (STJ; REsp 782.872; Proc. 2005/0156129-8; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Geraldo de Oliveira Medina; Julg. 16/09/2008; DJE 15/12/2008) quanto ao que a LEF é peremptória ao referir a saída sem vigilância direta do Estado.

Quanto à segunda e terceira Autoras, como já explicitado em item anterior (preliminar), não há falar-se em danos morais. A existência do esposo e filha afastam pretensões indenizatórias de outros parentes ou mesmo amigos. Mesmo os que admitem exigem provas de vínculo e convivência, afetividade etc que não residem nos autos.

Ademais, jamais se poderia admitir os valores pretendidos na inicial, que alcançam mais de um milhão de reais para cada um, sendo no caso de I.G.M., mais de um milhão e meio de reais.

Nesse caso específico, cabe ainda frisar que a causa do pedido de majoração do valor da indenização é o seqüestro sofrido pela menor. Com a devida vênia, considerando as provas colhidas nos autos de que não teria havido nenhuma violência explícita à criança e mesmo assim a tenra idade que possuía (conseqüentemente pequena capacidade de compreensão ou de memorização dos fatos), em nada lhe traumatizariam os fatos.

Não há nos autos qualquer relatório psicológico que induza a qualquer trauma ou repercussão em Isabela dos fatos.

Ainda que possa soar insensível, é obrigação da defesa referir que em verdade a criança verdadeiramente sequer terá qualquer lembrança dos fatos e da mãe, quando muito, tenras recordações.

*Faz prova em desfavor da pretensão dos Autores o fato de realizarem o sepultamento da Sra. R.C.T. em local distante, onde não terão acesso diário (fl. 151), muito menos a menor Isabela.*

O Estado da Bahia não é responsável pelo infortúnio iniciado dentro de um centro comercial privado – Shopping Iguatemi.

O art. 186 do Código Civil de 2002 é peremptório ao dispor, *in verbis*:

*“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, **violar direito e causar dano a outrem**, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

A este respeito já se pronunciou o conceituado Professor Rui Stocco, a saber:

*“... Deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão) **que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pel ofensa a bem ou a direito deste**”.*  
(in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Revista dos Tribunais, página 41”.

O Estado não é responsável pelo que se passa dentro do estabelecimento do Shopping Iguatemi ou pela sua área. A médica R.C.T. fora obrigada (seqüestrada) dentro do estacionamento do Shopping, no qual, já se é tese pacífica na doutrina e jurisprudência, é responsabilidade (objetiva) do empreendimento, conforme a Teoria do Risco.

Assim, da análise tranqüila dos documentos acostados aos autos pelos próprios Autores, verifica-se a irrefutável inexistência de conduta ilícita do Estado, ou mesmo de nexos causal quanto ao mesmo. Ao contrário do que afirma o Shopping-Réu, não pode ser verificado qualquer pressuposto da Responsabilidade Civil diante do Estado da Bahia.

Ademais, os Autores não se preocuparam em fazer qualquer prova que demonstrasse a ocorrência de danos e sua real imputação ao Estado da Bahia.

A doutrina brasileira é clara ao exigir provas da existência de danos morais. Ao contrário do que pretendem os Autores, é sabido que meras alegações (o que sequer há no caso dos autos) não bastam para provar a existência de danos e, conseqüentemente, não podem dar ensejo a uma eventual condenação.

Neste sentido ensina Sérgio Carvalieri Filho, no “Programa de Responsabilidade Civil”, 2ª edição, 2000, Malheiros Editores, pág. 70/71:

*“... não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, **mas não pode haver***

*responsabilidade sem dano... Daí a afirmação, comum, praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar."*

Portanto, é descabida a pretensão dos Autores de vincular a existência de danos morais ao caso concreto, uma vez que o ente estatal agiu em consonância com a legalidade estrita, devendo, assim, seus pedidos serem julgados improcedentes.

Embora os sentimentos típicos da alma humana, caracterizadores do dano moral, não possam ser mensurados, há que se provar **o fato** que teria dado causa à aludida lesão moral, bem como deve ser cabalmente provado seu *potencial lesivo*.

É preciso provar que o Estado é o responsável pelo evento morte. Que sem a conduta do Estado (omissiva ou comissiva), a mesma não teria ocorrido! Isso não há nos autos!!

É preciso mostrar a extensão do dano (acaso tenha ocorrido), o que também não reside nos autos.

Veja-se a lição doutrinária de NELSON GODOY BASSIL DOWER a respeito:

*"É preciso também comprovar a existência da ocorrência de um dano, seja de natureza patrimonial ou moral. Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de uma lesão de um bem jurídico, pois o direito a indenização depende de prova do prejuízo". (NELSON GODOY BASSIL DOWER, citado por Clayton Reis, em "Dano Moral", Ed. Forense, 2ª ed., 1.994, pág. 66)*

Corroborando o acima exposto, os Autores (ou o litisdenunciante) não provaram (ou mesmo alegou o necessário dolo), não justificando uma condenação deste Contestante ao pagamento de indenização.

O que se percebe, na realidade, é um oportunismo veementemente



condenável, que, inclusive, tem sido objeto de rejeição por parte do Poder Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, cita o Réu brilhante decisão proferida pela 2ª Câmara Cível, do **Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, na qual, o relator Des. Sérgio Cavalieri Filho, com propriedade, enfatizou:

*"A matéria de mérito cinge-se em saber o que configura e o que não configura o dano moral. Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases de irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, **corremos o risco de ingressarmos na fase da sua industrialização**, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.*

***Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extrema sensibilidade.***

*Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angustia e desequilíbrio em seu bem estar. **Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral**, porquanto, além de **fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia**, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, **tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo**. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos." (Apelação Cível nº 8.218/95, j.13.02.96 – g.n.)*

Outrossim, nem sempre um prejuízo (que, ressalte-se, nem existe no caso em tela, vez que não foi provado pelos Autores) tem seus reflexos na esfera moral. Atente-se para a lição de CARLOS ALBERTO BITTAR ("Reparação Civil por Danos Morais", RT, 2ª ed., pág. 56):

*"Frise-se, no entanto, que **nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral**, porque se pode esgotar em aspectos físicos ou materiais do contexto correspondente, ou, simplesmente, produzir seus efeitos no âmbito patrimonial, em função da classificação adotada (...)"*.(g.n.)

Como é sabido, no que toca à finalidade da indenização, esta se presta à reparação de um dano decorrente de um ato **ilícito – e, ainda, doloso** – que pudesse ter sido perpetrado pelo Réu (que não ocorreu no presente caso).  
**Nesse momento cabe uma observação:**

Neste sentido, o Contestante partilha do entendimento expressado pela C. 4ª Câmara do TJSP (LEX - JTJ 144/73), no julgamento da Apelação Cível n.º 181514-1, em 11.02.93, *verbis*:

*"É imperioso lembrar ainda que o dano moral só se justifica quando **o ilícito resulte de ato doloso**, em que a carga de repercussão ou de perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, se reflita como decorrência da repulsa ao ato intencional do autor do crime. Tal carga, à evidência, não pode ser encontrada num delito culposo, especialmente como no caso destes autos, sem demonstração de culpa, em qualquer de suas modalidades e, ressalte-se, duvidosa até a prova da ocorrência do apontado erro médico."* (g.n.)

*O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem firmado entendimento quanto à reparabilidade do dano moral e a imprescindibilidade da prova da efetiva ocorrência do dano e de conduta direcionada dolosamente à prática do dano – o que inquestionavelmente – admitido por hipótese existência de dano – não existiu:*

*“É imperioso lembrar ainda que **o dano moral só se justifica quando o ilícito resulte de ato doloso**, em que a carga de repercussão ou de perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, se reflita como decorrência da repulsa ou **ato intencional do autor** do crime. **Tal carga, à evidência, não pode ser encontrada num delito culposo**, especialmente nos casos destes autos, sem demonstração de culpa, em qualquer de suas modalidades e, ressalte-se, duvidosa*

até a prova da ocorrência do apontado erro médico.” (Apel. Civ. 181514-1) *gn*

É certo que o dano moral deve ser mensurado mediante a conjugação de diversos elementos, entre os quais, a gravidade, a extensão e a repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima e a conduta do ofensor. **Tais elementos não estão nos autos.**

Como se vê, a indenização do dano moral - uma vez não estando este demonstrado, mas apenas alegado - é repudiada pela doutrina e jurisprudência, por se constituir fonte de enriquecimento sem causa ao pretense ofendido.

Cumprе ressaltar que, no que tange à **prova** do dano moral, é útil lembrar que **é de incumbência exclusiva dos Autores**, a favor das quais não milita nenhuma presunção (em especial face à 3º e 4ª Autoras) que as exima de tal ônus<sup>1</sup>. Sem esta, não existe o dever do Réu em indenizar.

Tal ordenamento vem expressamente disposto no **art. 333, inciso I, do C.P.C.** em vigor, que abaixo transcrevemos para melhor visualização:

*“Art. 333. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;”*

*Não basta alegar que determinado fato é passível de causar dano, há que se demonstrar que ele é contrário ao direito e que efetivamente resultou em lesão indenizável aos Autores para, assim, ensejar o direito à indenização.*

O dano moral há de ser comprovado ***e o nexο com a conduta do Estado***, para merecer reparação. No caso em tela, os Autores **não comprovaram a existência desses elementos** e, mais ainda, **não houve qualquer conduta dolosa (ou mesmo culposa) do Estado praticada com o escopo de lhes causar dano.**

---

<sup>1</sup> Por oportuno, consigne-se a inexistência de relação de consumo;

Contudo, apenas hipoteticamente, se algum dano moral tivesse sido causado aos Autores, não seria o Estado pelo mesmo responsável, eis que agiu com retidão, diligência e seriedade.

Ainda, o *status quo* do lesado não pode ser alterado pela indenização do dano moral, simplesmente para que não se industrialize a busca de indenizações judiciais por danos morais e, basicamente, para se evitar o locupletamento ilícito.

Sendo assim, a concessão dos elementos ensejadores de indenização por dano que não restaram provados, quiçá sendo admissível o enriquecimento sem causa buscado na inicial Autoras, sob os auspícios do Judiciário – o que certamente não ocorrerá.

Ademais, mesmo que estivessem presentes os pressupostos para uma indenização a título de danos morais, o que na presente demanda inexistente, **esta jamais poderia ser arbitrada em vultoso. A Jurisprudência em caso de morte e presentes circunstâncias de grave atuação do responsável, tem fixado valores muito menores ao pretendido, verbis:**

DANO MORAL – REPARAÇÃO - CRITÉRIO. A reparação de danos morais, diferentemente dos danos patrimoniais, não se dirige apenas à recomposição do patrimônio do ofendido, como restabelecimento puro e simples do *status quo* ante. Visa, acima de tudo, compensar, de alguma forma, as aflições da alma humana, nas dores provocadas pelas mágoas produzidas em decorrência das lesões íntimas. **Consoante tem preconizado o c. Superior Tribunal de Justiça, a reparação por dano moral deve ser moderadamente arbitrada, com a finalidade de evitar perspectivas de lucro fácil e generoso, enfim, de locupletamento indevido.** (TJ-DF, ac. un. da 2ª Cam. Civ. julg. em 1.4.98, Embs. na Ap. 42.246/97, Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes) *gn*

DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – EXEGESE. ... **A indenização devida não deve ser fonte de enriquecimento,** ... (TJ-MG, ac. un. da 1ª Cam. Civ., Ap. 129153/3 Rel. Des. Orlando Carvalho, in ADCOAS 8174848) *gn*.

*O valor pretendido pelos Autores é exorbitante (mais de R\$4.000.000,00)*

*No caso vertente, deve ser observado que o Estado da Bahia investigou a situação com veemência e extrema cautela (como reconhecido pelos Autores em seus depoimentos), lhes prestou assistência e lhes atendeu no que necessário, que o fato foi um infortúnio, o que não permite se alcance a milionária pretensão.*

Não é demais lembrar que a fixação de indenização em salários mínimos é inconstitucional como já decidiu reiteradamente o STF.

Destarte, não obstante a certeza da ausência de responsabilidade do Estado da Bahia, bem como da inexistência de dano moral indenizável quanto a este, para a eventual e improvável hipótese de trilhar V. Exa. entendimento diverso, sob pena de transmutar-se em fonte de enriquecimento sem causa, devem ser limitados em não mais que R\$5.000,00 (cinco mil reais).

### **XVIII - DA AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR**

Não fossem suficientes os fatos acima narrados a excluir qualquer pretensão indenizatória contra os nosocômios e Estado da Bahia, o simples fato de inexistir na narração dos Autores qualquer filigrana de indicação de conduta dolosa é, de per si, suficiente a afastar qualquer possibilidade de condenação.

Fato é que já se encontra assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias - entre aqueles, ressalte-se, que admitem a reparação do dano moral -, *o entendimento segundo o qual o dano moral pressupõe a existência de uma conduta dolosa do ofensor voltada a causar o dano ou, ao menos, daquela situação beneficiar-se.*

Neste sentido, o Contestante partilha do entendimento expressado pela C. 4ª Câmara do TJ/SP (LEX - JTJ 144/73), no julgamento da Apelação Cível n.º 181514-1, em 11.02.93, *verbis*:

*"É imperioso lembrar ainda que o dano moral só se justifica quando **o ilícito resulte de ato doloso**, em que a carga de repercussão ou de perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, se reflita como decorrência da repulsa ao ato intencional do autor do crime. Tal carga, à evidência, não pode ser encontrada num delito culposo, especialmente como no caso destes autos, sem demonstração de culpa, em qualquer de suas modalidades e, ressalte-se, duvidosa até a prova da ocorrência do apontado erro médico." g.n.*

*Para cogitar-se de reparabilidade do dano moral, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dentre outros, tem firmado entendimento quanto à imprescindibilidade da prova da efetiva ocorrência do dano e de **que a conduta tenha sido direcionada dolosamente à prática do dano**, o que inquestionavelmente – admitido por hipótese existência de dano – não existiu:*

*"É imperioso lembrar ainda que **o dano moral só se justifica quando o ilícito resulte de ato doloso**, em que a carga de repercussão ou de perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, se reflita como decorrência da repulsa ou **ato intencional do autor** do crime. **Tal carga, à evidência, NÃO pode ser encontrada num delito culposo**, especialmente nos casos destes autos, sem demonstração de culpa, em qualquer de suas modalidades e, ressalte-se, duvidosa até a prova da ocorrência do apontado erro médico." (Apel. Civ. 181514-1) gn*

Ausente conduta dolosa por parte do Estado da Bahia, não há que se concluir pela existência de dano indenizável, seja moral ou mesmo material.

## **XIX - DO VALOR DA PRETENSÃO**

Na ação os Autores pretendem a percepção de condenação por danos morais em valor superior a R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais).

Referem que deveria ser observado como critério de fixação do valor indenizatório, dentre outros que relata, as condições sócio econômicas do causador do dano. Não lhe socorre a melhor doutrina e jurisprudência.

Não obstante por certo período tenha sido defendida tal idéia, uma melhor reflexão doutrinária e jurisprudencial, consentânea com a doutrina constitucional pôs por terra este equivocado caminho.

Lúcida e de clareza solar o magistério de WESLEY DE OLIVEIRA LOUZADA BERNARDO<sup>2</sup>, *verbis*:

**... quanto ao nível econômico do causador do dano, entendemos que este não deve ser levado em consideração a fim de exarcebar sua condenação.**

Tendo em vista que adotamos o critério da extensão do dano como fundamental, pouco importa, para sua valoração, ser seu causador pessoa de posses ou carente de recursos. O montante indenizatório não poderá ser elevado a esse pretexto, sob pena de entregar-se à vítima valor que não lhe pertence e de atribuir ao dano moral caráter aleatório.

Não nos convence o argumento contrário. Figurem-se duas vítimas de idêntico dano moral, decorrente de relação de consumo (v.g., inclusão indevida em cadastro de maus pagadores). A primeira vítima, consumidora de empresa de pequeno porte seria indenizada em, digamos, 50 salários mínimos; já a segunda, cliente de grande banco, receberia 500 salários mínimos, sem que haja entre os casos qualquer distinção substancial, fundado apenas na opulência econômica do segundo agressor.

**Caminha-se, aqui, a toda evidência, em sentido contrário à realização da verdadeira justiça.**

...

Ante o exposto, entendemos que as condições sócio-econômicas da vítima não deverão ser levadas em consideração quando da fixação do *quantum* indenizatório.

---

<sup>2</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, Dano Moral: critérios de Fixação de Valor, Renovar, Rio de Janeiro, 2.005, p. 182/3 e 186;

Quanto a eventual caráter punitivo, não pode também ser critério de fixação de valor indenizatório. Com efeito, o que assegurou a Carta Constitucional e o Código Civil foi a reparabilidade do dano. Acaso se pretenda a fixação de verba de caráter punitivo, esta não haveria de ser entregue à vítima à qual somente caberia a indenização pelos danos experimentados. Punição cabe ao Estado e valores deste caráter – punitivo – somente poderiam reverter ao erário ou a fundo específico. Não há pedido neste sentido.

“À reparação será atribuído caráter meramente compensatório, afastada a inclusão de qualquer verba a título de punição ao ofensor. Verba nesse sentido somente poderia ser acrescida com expressa autorização legislativa, que entendemos somente ser relevante e coerente com o sistema em casos em que a prática danosa tenha caráter mercantilista e mesmo após compensados os danos materiais e morais ainda experimente ao causador lucro, que deve ser-lhe retirado sem, entretanto, entregar tal valor à vítima, e, sim, a um fundo de caráter social”.<sup>3</sup> Não é, obviamente, o caso dos autos.

*Se alguma circunstância deve ser observada é esta a da absoluta atenção nos serviços prestados pelo Estado na investigação criminal e punição dos culpados.*

Dito isto, o *quantum* pretendido a título indenizatório não se coaduna com os valores que vêm sendo aplicados pela Jurisprudência de nossos Tribunais os quais para o caso de morte – e em situações mesmo de homicídio – têm fixado valores em torno de 50 salários mínimos, *verbis*:

Indenizatória. Acidente que provocou a morte da mãe dos apelantes. Constatada a responsabilidade civil da Municipalidade de Parapuã. Razão de sua condenação na prestação de alimentos aos filhos da vítima até quando

---

<sup>3</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada, *ob. cit.*, p. 199;



completarem vinte e cinco anos de idade ou contraírem matrimônio e a lhes pagar **danos morais na razão de 20 salários mínimos** para cada autor. (TJ/SP, AC 079683-5/7-00, de 25-2-02, rel. Dês. Coimbra Schimidt)

Responsabilidade Civil do Estado. Morte de filho em ação policial. Indenização por danos morais. Configurado nexo de causalidade entre o efeito danoso e a atividade dos militares. Fixação indenizatória abaixo da pretensão inicial. Demanda parcialmente procedente.

Acolhendo-se da mesma forma o critério jurisprudencial do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) para aferição do *quantum* indenizatório, resolve-se modificar o sentenciamento a fim de **estabelecer este ressarcimento também em 20 salários mínimos.**(TJ/SP, AC 103.253-3/3-00, de 10.06.02, rel. Des. Jovino de Sylos).

E ainda:

Indenização por danos materiais e morais. Falecimento em razão de disparo de armas de fogo por policiais em exercício de sua atividade, em perseguição à vítima. Dano moral. Cabimento.

**O *quantum* fixado pela sentença está coerente com o caso vertente e é razoável, máxime pelo relacionamento da vítima com o autor, eis que este residia com os avós (50 salários mínimos).**<sup>4</sup>

Não é demais ressaltar que eventual valor indenizatório deverá observar, por aplicação analógica, a limitação da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações).

Do voto do então Desembargador Paulista, hoje Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, colhe-se importante lição: "*embora seja difícil, senão impossível, estabelecer-se adequadamente o ressarcimento pecuniário relativo à dor psíquica, a jurisprudência tem entendido que a mesma não pode ser de tal monta que enriqueça o beneficiário da indenização ou que empobreça o responsável pela mesma...*"<sup>5</sup> e dúvida não resta que sob

---

4 TJ/SP, AC 112.775-5/6-00, de 28.2.02, v.u., rel. Des. Viana Santos;

5 AC 090.063-5/9-00, de 06.12.00;

qualquer situação fática (notadamente a que se apresenta), o acolhimento de até 1/5 da pretensão (quicá do valor integral) importaria inegável enriquecimento ilícito, fonte de renda repudiável aos Autores, convertendo a dor em lucro!

Desta forma, acaso, por hipótese, não sejam acolhidas as preliminares, e não entenda o juízo pela improcedência das pretensões, o que se admite apenas por argumentação, valor indenizatória a ser arbitrado pelo Juízo não poderia exceder a R\$5.000,00 cinco mil reais, sob pena de importar enriquecimento sem causa e desconectar-se o *decisum* da jurisprudência pátria, notadamente pela ausência de nexos causal, quicá responsabilidade integral ou parcial do Estado pelo evento danoso.

## **XX - DOS DOCUMENTOS**

Os documentos juntados restam impugnados.

As notícias de jornal são produzidas unilateralmente, muitas vezes referem a pretensas “fontes” que não se identificaram. Os documentos comprovam verdadeiramente a eficiência e agilidade do Estado na persecução criminal e punição dos culpados.

As alegações de deficiência na concessão do instituto da saída temporária não se sustentam. Da análise da lei de regência (LEP) se observa o preenchimento de todos os requisitos legais, bem assim que o mesmo é direito subjetivo do encarcerado (STJ; REsp 782.872; Proc. 2005/0156129-8; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Paulo Geraldo de Oliveira Medina; Julg. 16/09/2008; DJE 15/12/2008), não havendo exigência de exame psicológico.

Os DVDs restam impugnados pois não permitem acesso ao seu conteúdo integral. Os DECORES já foram impugnados no corpo da defesa.

Os e-mails e impressos de fls. 974/979 restam impugnados por

apócrifos e produzidos sem o crivo do contraditório.

Os demais documentos produzidos unilateralmente, sem o crivo do contraditório, as notícias de jornais, em especial – mas não exclusivamente as sem citação de data ou fonte – restam impugnadas.

## **XXI - DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

Não obstante a certeza de que as pretensões lograrão a improcedência, na eventual e improvável hipótese de condenação do contestante, deve ser observado que ao Estado da Bahia se aplicam as normas de fixação de sucumbência do art. 20, §4º, do CPC.

## **XXII - DOS PEDIDOS**

Do quanto exposto e devidamente justificado e comprovado, requer a V. Exa. o acolhimento das preliminares agitadas, a extinção do processo sem resolução do mérito, e/ou a integração à lide da União Federal para os fins expostos na presente defesa.

No mérito, requer a improcedência das pretensões, observados os fatos e fundamentos lançados no corpo da defesa, inclusive quanto a valores.

Deve ainda ser observado que eventual a indenização por lucros cessantes está sujeita às incidências previdenciárias e fiscais da legislação, o mesmo no que tange a eventual indenização por danos materiais, sendo que quanto ao Estado da Bahia não se aplica a pretensão de constituição de capital

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção, em especial depoimento pessoal dos Autores, prova testemunhal, perícia, inspeção judicial e juntada de novos documentos (*além da expedição de ofícios já requerida e de que tragam aos autos as declarações de IRPJ e*

*IRPF da empresa M&M, da Sra. R.C.T. e do Sr. M.M.) e cópia do inventário da Sra. R.C.G., sem prejuízo de outros a serem especificados oportunamente.*

Requer que quando do afastamento da denúncia ou acolhimento das demais teses de defesa, sendo a condenação em honorários fixada com base no valor da pretensão dos autos.

Requer seja determinado ao cartório que observe a regra de procedimento inserta no art. 53, III, da LC Estadual 34/2009.

Nestes termos,

Pede juntada e deferimento.

Paulo Emílio Nadier Lisbôa  
Procurador do Estado