

Sentenças

e Decisões de Primeiro Grau

Rio Grande do Sul
2002



PODER JUDICIÁRIO



5/6

Porto Alegre – Junho / Dezembro de 2001

Sentenças : Rio Grande do Sul / [publicada por] Poder Judiciário e AJURIS. – v.1 (jun. 1999)- . – Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas, 1999-

Semestral.

1. Poder Judiciário-Rio Grande do Sul-Sentença-Periódico
2. Poder Judiciário-Rio Grande do Sul-Primeiro Grau-Periódico I. Rio Grande do Sul. Poder Judiciário II. AJURIS. I. Catalogação elaborada pelo Departamento de Publicações da AJURIS e Biblioteca do TJ-RS I.1 Revista – Sentenças e Decisões de Primeiro Grau – Daniela Bueno e Sandra Flores – AJURIS. II. Bibliotecária responsável pelo índice – Marília de Oliveira Santos. III. Capa – Pedro Lima – Actual Informática

CDU 347.993(816.5)(05)

SUMÁRIO

Composição do Tribunal de Justiça	5
Composição da Associação dos Juízes	5
Editorial	7
Sentenças Cíveis	11
Sentenças Criminais	195
Índice	233

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Desembargador José Eugênio Tedesco – Presidente
Desembargador Élvio Schuch Pinto – 1º Vice-Presidente
Desembargador Osvaldo Stefanello – 2º Vice-Presidente
Desembargador Carlos Alberto Bencke – 3º Vice-Presidente
Desembargador Marcelo Bandeira Pereira – Corregedor-Geral da Justiça
Bacharela Ana Maria Pellini – Diretora-Geral do Tribunal de Justiça
Bacharel Francisco Paulo Gasparoni – Subdiretor-Geral Administrativo
Bacharel Luiz Fernando Morschbacher – Subdiretor-Geral Judiciário

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

BIÊNIO 2002–2003

CONSELHO EXECUTIVO

Desembargador José Aquino Flôres de Camargo – Presidente
Desembargador Carlos Rafael – Vice-Presidente Administrativo
Doutor Joel Sani Scheva – Vice-Presidente Social
Doutora Elisa Canovas Teixeira – Vice-Presidente Cultural
Doutor Ícaro Carvalho de Bem Osório – Vice-Presidente de Patrimônio e Finanças

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA SENTENÇAS

Doutor Rodrigo de Azevedo Bortoli
Doutor Luís Christiano Enger Aires
Doutor André Luís de Moraes Pinto

EDITORIAL

DESAFIO

A pluralidade é da natureza da condição humana e tem a inquietude como sua discípula, donde se extrai o novo e se começa a projetar o futuro. É dentro desta compreensão que surge esta nova fase da Revista de Sentenças de 1º Grau.

Como todos sabem, a tradicional jurisprudência (aquela produzida nos Tribunais) só existe porque houve anterior decisão. Mas a esta pouco destaque é conferido no processo de criação do Direito e, sobretudo, de transformação social, como se fosse relegada a um segundo plano determinada etapa do processo criativo.

Indiscutível que tal realidade é produto cultural, não possuindo pontuais responsáveis. No entanto, não menos certo (e desafiante) é a necessidade de desnudá-la, de compreendê-la, de questioná-la e de enfrentá-la, em uma perspectiva de valorização da Magistratura Monocrática, da ação judicante mais próxima do povo, que é para quem efetivamente deve o Juiz-Estado falar e agir.

A afirmação democrática de um país será maior ou menor na exata medida em que for mais ou menos independente e democrático seu Poder Judiciário. E para este processo é fundamental que se tenha uma Magistratura de 1º Grau valorizada (interna e externamente), incluída e reconhecida no processo de criação do Direito. E para isso esta publicação é importante instrumento.

Fazer desta Revista de Sentenças um espaço para a pluralidade de nossos pensamentos e para a revelação das possibilidades transformadoras que a atividade judicante propicia e, assim, radicalizar a afirmação da Magistratura de 1º Grau como fonte de elaboração jurídica, esse o DESAFIO.

Rodrigo de Azevedo Bortoli
Diretor

SENTENÇAS CÍVEIS

Processo nº 1317 – Ação ordinária

Canoas

Autor: Espólio de P. A. H. e outros

Réu: H. G. L. e outros

Juiz prolator: Telmo dos Santos Abech

Data: 03-07-92

Ação Ordinária. Inventário. Doação. Venda fictícia. Colação de bens. Pena pela sonegação.

Vistos os autos.

Cuida-se de ação ordinária proposta por Espólio de P. A. H., I. H., P. H. e S/M, M. S. e S/M e M. I. C. contra H. G. L., P. H. e H. H., sumariados a seguir os fatos e fundamentos deduzidos e os pedidos a final, conseqüentemente, formulados.

Em 06-07-79 faleceu P. A. H., deixando viúva-meeira, a segunda demandante I., e os herdeiros-filhos, os autores P. e M. I. e os réus P. e H., os quatro últimos sócios da empresa co-ré, originalmente fundada e dirigida pelo extinto, detentor da maior parcela do capital social.

Aberto o inventário dos bens deixados por P. A., desavieram-se as partes quanto aos bens que deveriam compor o monte a ser partilhado, questões que, pressupondo alegação e comprovação de fatos, constituindo matéria, pois, de alta indagação, ora são trazidas à balha no presente feito.

Assim, em 1º-06-74 ocorrera alteração do contrato social de H. G., a 8ª, na qual P. A. transmitira ao sócio P. 300 quotas, pelo valor declarado de Cr\$ 30.000,00, ato no entender dos autores, caracterizador de doação, sujeitando o donatário à colação com a de-

vida atualização. Aduzem que, aceito se cuidasse de negócio oneroso, seria nulo *ex vi* do art. 1.132 da Lei Civil.

Em 1978, noutra alteração contratual, a 12ª, P. A. doara aos demais sócios todas as quotas de que era titular, em número de 16.074. Fê-lo, todavia, desigualmente, contemplando com mais quotas (5.918 e 5.118, respectivamente) os réus P. e H., recebendo os autores P. e M. sensivelmente inferior (3.418 e 1.620, pela ordem). Novo fato, pois, a ensejar obrigação de colacionar, inaceita, contudo, pelos réus.

Quanto a tal doação, ainda, argüi-se que o valor dessas quotas, somado ao de um imóvel a seguir, também objeto de liberalidade por parte do extinto, seria superior à metade de todo o patrimônio de seu casal, infringida, assim, a regra do art. 1.176 do CC, existindo, inclusive, disposição ilícita sobre a meação de D. I.

Narram, a propósito, que em 16-05-78, P. H., na qualidade de procurador de P. A. e consoante poderes outorgados em instrumento firmado seis anos antes, formalizou, em nome daquele, escritura, de dação em pagamento das quotas que se obrigara originalmente a subscrever, transferindo para o patrimônio da empresa imóvel de sua propriedade, beneficiando-se ainda mais, por via indireta, o co-réu P., pois já então maior quotista e praticamente dono da empresa.

Argüem tal venda de fictícia, acobertadora de uma doação disfarçada. Historiam, a partir daí, a ocorrência de inúmeras outras alterações contratuais que só consolidaram a hegemonia de P. na sociedade, dando-lhe, a final, 93,11% do capital social.

Culminam por pedir: 1. reconhecimento de que a transferência de 300 quotas a P., instrumentada pela alteração contratual, constitui liberalidade, com conseqüente condenação do réu P. a conferir ou, alternativamente, a declaração de nulidade desse ato por violador do já citado preceito de Lei Civil proibitivo da venda do ascendente e descendente; 2. condenação dos réus P. e H. a trazer à colação as quotas recebidas a mais em relação aos restantes herdeiros; 3. anulação por simulação de escritura de dação em pagamento antes mencionada, aí implicados o cancelamento do registro respectivo na matrícula do imóvel e, com o retorno do bem a patrimônio do extinto, sua inclusão no inventário; 4. declaração de nulidade dos bens doados no excedente à parte de que podia o finado P. A. dispor; 5. imposição aos réus P. e H. da pena de sonogados relativamente aos bens que se recusaram a conferir (quotas já mencionadas e imóvel); 6. declaração de ineficácia, em relação às partes, de todas as alterações contratuais da empresa desde 1º-06-74, como tal entendida, na verdade, apenas a integração naqueles instrumentos de todas as correções que resultam em, em face ao acolhimento do pedido, formulados, da retribuição do capital social (fls. 19 e 21).

Instruída a inicial com as peças de: 1. irregularidade de representação de

espólio e 2. falta de outorga uxória aos autores e de correlata citação das esposas dos demandados.

Também, preliminarmente, no que pertine ao imóvel objeto da dação em pagamento, invocaram a exceção de prescrição aquisitiva, forte em que o bem em apreço, componente do ato original de subscrição das quotas por parte de P. A., já desde 1964 se encontraria na posse da gráfica, irrelevante que só em data posterior se houvesse a situação vindo a regularizar perante o Álbum Imobiliário.

No mérito, após historiarem episódios pertinentes à fundação e administração da sociedade, ilustrados com comentários sobre a atuação e relacionamento dos sócios, assinalaram que a transferência das 300 quotas ocorridas em 74 e a doação das demais que P. possuía, em 1978, obedeceram ao critério de remunerar cada qual dos sócios e filhos, na exata proporção do tempo de trabalho e contribuição individual para a prosperidade da empresa.

Tendo caráter remuneratório, não sujeitaram os beneficiários a colação na forma do art. 1.794 da Lei Civil. Ademais, também descabida a colação em fase de se cuidar de atos, de que cientes e com planejamento anuentes os autores, representados nos instrumentos na forma do art. 27 do contrato social. Repelem, adiante, por falta de amparo legal, absurda e ruínosa para todos, a pretensão à anulação das alterações contratuais subseqüentes à primeira contestada.

No atinente à pena de sonogados, dizem-na descabida, assinalando que, antes, os próprios demandantes estariam

submetidos, porque igualmente olvidaram de cumprir o mandamento, já que não trouxeram à colação dos bens a eles doados.

Por derradeiro, explicitam que, quando da formação da sociedade, o extinto P. A. subscrevera 360 quotas integralizando-as no ato com o patrimônio líquido de sua firma individual, representado pelo capital desta e saldo de sua conta particular credora. Entre os bens do ativo de sua firma individual, como demonstra o balanço levantado em 1963, se incluía o imóvel ora questionado.

Assim, tal imóvel pertence à sociedade desde 1964, como antes pertenceria à firma individual de P. H., tão-só havendo restado diferida no termo a formalização do ato de translação do domínio e subsequente registro.

Uma última observação tecem os contestantes em rebate à crítica feita na inicial, relativamente à subscrição por P., em 1979, de 8.000 quotas com assegurar de prazo de até 10 anos para respectiva integralização. A integralização ocorreu, justamente com as de outras 3000 quotas subscritas em 11-06-79, em dezembro de 1980, quando alcançou numerário respectivo para saldar as obrigações da gráfica, conforme documentos juntados comprovam. Propugnam, por tudo isso, pela improcedência da ação.

Replicaram os demandantes (fls. 259/268), na mesma peça, noticiando o falecimento de P. H. e promovendo a habilitação de seus sucessores. Promoção do Ministério Público, às fls. 279/283, intervenção motivada pelo ingresso do incapaz no pólo ativo da causa.

Providências saneadoras ordenadas atendidas, com juntada acerca dos quais

sobrevieram novos pronunciamentos dos litigantes. Deferida a produção de prova pericial e apresentado laudo, às fls. 393/413, sobre ele se pronunciaram as partes.

Na fl. 427, afastadas as duas primeiras prefaciais suscitadas na resposta e relegada a de usucapião para final apreciação, por se cuidar de *exceptio* de caráter material, supondo instrução da causa, aprazou-se audiência. Na solenidade, cindida, inexitosa a tentativa conciliatória, colheram-se depoimentos pessoais e se inquiriram sete testemunhas, acrescentando-se ainda nova documentação aos já volumosos autos. Por fim as partes, comentando a prova, se reportaram aos pedidos já formulados, batendo-se, respectivamente, pela procedência e improcedência da ação.

Pedindo vista aos autos, lançou o Ministério Público, após detido exame, a promoção escrita das fls. 512/517, onde opinou pela parcial acolhida da pretensão dos autores ao efeito de desconstituir e já comentada escritura pública de dação em pagamento, impor-se a colação quanto às quotas doadas em desigualdade e declararem-se nulas as alterações sociais da empresa a partir da 13ª. Este o Relatório.

Passo a fundamentar. Decidir. As preliminares de caráter estritamente processual já foram enfrentadas por ocasião do saneamento, preclusa, por irrecorrida, a decisão respectiva. A prefacial de prescrição aquisitiva, embora como tal rotulada, consiste, na verdade, em alegação defensiva de caráter subsidiário relativo a um dos pedidos formulados na inicial.

À assertiva dos demandantes, de que a dação em pagamento teria sido simulada, encobrendo uma doação à empresa e, por via oblíqua, precipuamente ao próprio P., contrapõem os réus, de fato, em primeiro plano, peremptória negativa, sustentando que o ato, realmente, revestiu o conteúdo do assinalado na escritura, materializando obrigação assumida por P. A. quando de seu ingresso na sociedade.

Antes, pois, de cogitar-se de usucapião, haveria que analisar, como logicamente prioritário, a natureza desse negócio, pois se a conclusão for no sentido de inexistência de qualquer vício, restaria prejudicado o entendimento daquela outra tese. Com essa necessária consideração explicativa exordial, passo a apreciar os pedidos constantes da inicial na ordem em que feitos pelos demandados, relegando, pois, a eventual análise de dita prefacial de prescrição para a oportunidade do exame do tópico de pretensão a que pertine.

É incontroversa entre os litigantes, até porque adequadamente documentada nos autos, a cessão ocorrida em 1º-06-74 (fl. 49), de 300 quotas de H. G. L., qualquer alusão ao recebimento de preço, fator a induzir presunção quanto à não-onerosidade dessa transferência patrimonial, o próprio demandado não nega o caráter de liberalidade do referido ato (item 05 da contestação – fls. 114 e ss.), apenas esgrimindo a tese de que incorreria a obrigação de colecionar porquanto tal doação, assim como aquela outra que se viria efetivar pela alteração de 20-01-78 (fls. 97/99) que contemplou, embora desigualmente, todos os herdeiros, seria remuneratória de servi-

ços prestados pelos beneficiários, inspirando-a o critério de aquinohar os sócios na proporção do tempo de trabalho na empresa.

À vista das normas, combinadas, interpretadas e contidas nos arts. 1.171, 1.785, 1.786, 1.788, 1.789 da Lei Civil, não tem, todavia, como sustentar-se o argumento dos demandados em relação a qualquer dos negócios.

A presunção, com efeito, é de que as doações feitas pelos pais aos filhos importam adiantamento de legítima, como tal, pois, os donatários à conferência quando da abertura da sucessão, só podendo elidir-se tal presunção na medida em que ocorrente expressa dispensa pelo doador formalizada em testamento ou próprio instrumento da liberalidade explícita, restando a manifestação do intento do outorgante de utilizar-se da metade disponível, aquela que poderia, enfim, livremente testar à época sem ofensa as legítimas dos herdeiros necessários.

Ora, P. A. faleceu *ab intestato* (fl. 23) e da leitura das já mencionadas alterações contratuais, cujas cópias se acham nas fls. 49 e 97, por maior que seja o esforço hermenêutico, não se encontra, absolutamente qualquer referência classificável como expressão de vontade, passível de enquadramento nos contornos do disposto nos citados arts. 1.788 e 1.789 do CC.

Ante a evidência da participação sensivelmente mais ativa de P. e, em segundo lugar, de H. na empresa, e da ostensiva da efetivação das doações que resultaram maiormente beneficiados, mostra-se até plausível que a intenção de P. A. pudesse ter sido, realmente, a

de aquinhoá-los, utilizando sua metade disponível, o que repito, poderia licitamente haver feito. Plausível, parece, que a atitude do *de cuius* haja infundido nos réus a convicção de que seria a verdadeira situação jurídica de que desfrutavam, o que os desobrigara a colação.

O fato claro, inquestionável, inobstante, é que, se tal propósito animou o doador, jamais chegou a se expressar de forma legalmente válida, inexistente, como já comentado, qualquer cláusula, seja nas alterações contratuais, seja em testamento, liberando os donatários de conferir as doações, o que implica, em conclusão, deva prevalecer o princípio inserto no art. 1.786 citado.

Sem menor consistência a artificiosa construção teórica dos réus no sentido de que, modificado o art. 27 do contrato social em 15-07-73 (fl. 30), por unânime resolução dos quotistas, no sentido de facultar, a partir daí, que toda e qualquer alteração contratual se pudesse fazer por deliberação dos detentores da maioria do capital social, nas subseqüentes alterações onde ocorridas as liberdades, se devesse reputar exterioridade anuência dos autores à suposta dispensa de colação.

Afora a absurdidade visceral de um tal argumento, a implicar que se considerassem os praticantes diretos de ato lesivo aos interesses patrimoniais de terceiros como jurídica e validamente investidos de poderes para, em nome dos prejudicados, assentir como tal lesão, peca a formulação de falsas premissas, tendo como verdadeiros dados que não o são de saber: a uma, não houve dispensa de colação em qualquer das doações, o que torna despicienda a

indagação sobre se os autores teriam ou não concordado com um ato inexistente; a duas, tal concordância, em todo o caso, seria irrelevante, posto não elencadas entre as causas legais configuradoras da dispensa de conferência, como correlatamente inoperante revelar-se-ia sua ausência, caso adequadamente expressada houvesse sido a vontade do doador, ao efeito de obstar a consequência do art. 1.788 do CC brasileiro.

Cumpra, portanto, em resumo, sejam trazidas à conferência, assim, as 300 quotas recebidas pelo réu P. em 1º-07-74, como as 5.918 e 5.118 havidas, respectivamente, por ele e pelo co-réu H., em 20-01-78, obrigação esta, diga-se de passagem, também incumbente aos autores M. I. e E. P. H., por igual aquinhoados nessa última oportunidade.

Ainda pertinente às quotas e à sociedade, há um pedido na inicial rotulando-se “declaração de ineficácia” das alterações contratuais a partir de 1974. Como salientei no relatório, embora pareça, à primeira vista, cuidar-se de pretensão à desconstituição de todos aqueles atos, uma leitura mais atenta deixa perceber que assim não é o objetivo perseguido pelos demandantes.

Consiste, realmente, em, uma vez re-dimensionada sua participação na empresa como resultado da percepção das quotas que lhes tocarão após a conferência, ver projetada esta situação, retrotraindo à 8ª e 12ª alteração contratual, respectivamente, à posição que teriam se houvessem recebidos tais quotas naquelas ocasiões, o que implicaria, enfim, notadamente, fruir em

proporção do crescimento da empresa ao longo deste tempo.

Descarto, de logo, pois, a análise de uma possível anulação das alterações contratuais a contar da 13ª, solução pela qual, laborando, a meu sentir, em profundo equívoco, propugnou o Ministério Público. Primeiro, porque, como disse, sequer tal providência foi alvo de pedido dos demandantes. Segundo, porque a existência das doações contemplando desigualmente os sócios-filhos, nos indigitados instrumentos, resolve-se simplesmente pela coação, como acima decidido, e não pela anulação do ato.

Ainda que disposições ineficazes ou anuláveis houvesse, apenas essas, e não todos os demais atos contidos nos instrumentos seriam afetados *utile per inutile non vitiatur*.

Terceiro, incorre causa alguma de nulidade ou anulabilidade a justificar desconstituição de deliberações ordinárias, que transparecem reflexivas da dinâmica econômica co-jurídica de uma empresa ao longo de quinze anos, e que se perfectibilizaram na plena consonância do princípio defluente da inteligência do art. 15 do Dec. nº 3.708/19, permissivo da alteração do contrato nas sociedades por quotas pelos detentores da maioria do capital social, regra, de resto, expressa na cláusula 27 do contrato da H. G. L. Com a alteração dada pela alteração de 15-06-73, de que signatários todos os sócios, incluídos, pois, os demandantes.

A suposição formulada, outrossim, pelos autores no sentido de que o corréu P. se haveria locupletado pela não-integralização de quotas subscritas em abril e junho de 1979 (fls. 62/65), cujo

valor poderia vir a pagar em até 10 anos, restou adequadamente respondida pela juntada da cópia da contabilizada comprovadora da ocorrência da integralização já em dezembro de 1980 (fls. 234 e 240), demonstração essa que nada contrapuseram os autores.

Afastada, pois, a plausibilidade de considerar, em sua acepção literal, um virtual pedido de desfazimento das mencionadas alterações contratuais, cabe apreciar a postulação em seu verdadeiro conteúdo, que é o de alcançar que o deferimento aos autores das diferenças que igualarão suas legítimas às dos demais donatários implique a simples reposição de um dado numérico de quotas, mas reposição em termos de participação percentual na sociedade, a projetar-se ao longo de todas as subsequentes alterações contratuais até presentemente.

Tenho que, a do que preceitua o art. 1.972, §2º, do CC, tal pretensão, claramente, improcedente. A colação não inclui os frutos dos bens doados ou dotados, e a inspiração da norma repousa numa constatação jurídica singela, mas nem por isso de menor bom senso: se aquele que recebeu os bens os geriu adequadamente, produzindo frutos e acrescentando-lhes melhoramentos, nada mais justo do que, tendo de conferir aqueles, fiquem estes lhe pertencendo exclusivamente.

Por igual, se mal geridos os bens, ocasionando-se-lhes danos e prejuízos, não se haveria de pretender que tais depreciações e diminuições patrimoniais se fossem descontar das quotas que viessem a caber nos demais herdeiros, beneficiários de colação, justo sendo,

correspondentemente, em tal hipótese, que suporte as perdas por inteiro o donatário.

No caso dos autos, assim, a colação a que obrigados os réus P. e H. se circunscreverá à quantidade de quotas que receberam à mais na empresa quando das doações por P. A., desimportando de tal número de quotas, atualmente, implica menor participação percentual sobre o patrimônio da sociedade do que implicava à época, eis que a diferença respectiva, em havendo, reveste a condição de frutos presumidamente decorrentes do empenho dos donatários na administração dos bens doados e não se sujeita, na forma da lei, à conferência.

O tópico seguinte da demanda versa sobre o imóvel objeto da escritura de dação em pagamento, outorgada pelo casal de P. A., então representado pelo co-réu P., à gráfica. Há nos autos, a meu ver, eloqüentes elementos de convicção a apontar a mais remota afetação desse imóvel, desde o instante mesmo de sua aquisição, à atividade comercial desempenhada pelo extinto P. A. H.

Não se pode pretender ignorar ou minimizar, como parecem tê-lo feito os autores, a circunstância de estar no processo, por cópia, (fls. 195/197), extrato de um exame contábil realizado por economista e contador, documento, convém frisar, jamais firmado em sua forma ou conteúdo, e que registra constar do Livro Diário da firma individual de P. A., no ano de 1954, a contabilização do valor do imóvel em tela e, inclusive, das despesas cartorárias relativas à correspondente promessa de venda então celebrada, repetida cons-

tantemente tal inserção nos balanços subsequentemente realizados, o último dos quais, levantado em 31-12-63 (fl. 197), veio reproduzindo integralmente no corpo do contrato social original da gráfica, inicialmente denominada H. e F. L. (fls. 132/138).

Nesse instrumento, claríssimo está que a integralização das 360 quotas subscritas por P. A. se perfazia através da transferência para a nova empresa do capital de sua firma anterior, firma individual, e do saldo de sua conta credora, tudo convenientemente ilustrado pela produção do balanço já comentado.

Essa afetação do imóvel à empresa, ademais, a prova testemunhal colhida, inclusive a indicada pelos próprios demandantes, se incumbiu de sublinhar (fls. 440/441 e 452/453v.). Praticamente, unânime, é a referência à inexistência de comunicação entre o terreno em apreço e a residência da família H., havendo, ao contrário, passagem a facultar direto acesso a ele, inclusive com portão, a parte do terreno ocupado pela gráfica.

Inúmeras são as alusões à ostensiva atuação dos empregados da sociedade nas plantações ali existentes, na limpeza e conservação do imóvel, asseverando três testemunhas, outrossim, ser sabedoras, ou por havê-lo ouvido do próprio P. ou pelo consentimento da contabilidade, da efetiva vinculação do terreno em questão ao patrimônio da sociedade. (J. M., V. S. e L. S., fls. 452/453v.)

Não impressiona, em contrapartida, o argumento de que ali realizavam apenas plantações cujo destino exclusivo seria o consumo interno da família, porque não há olvidar que, em se cuidando de uma empresa unifamiliar, a

utilização em proveito particular de bens sociais, antes de constituir exceção, é regra. Recordar-se apenas, por exemplo, que a demandante M. I., em seu depoimento à fl. 439, afirma utilizar, em caráter particular, um automóvel e um telefone pertencentes à gráfica, para aferir o acerto de tal observação.

Tenho, assim, que, exurgente da prova documental, secunda satisfatoriamente pela testemunhal, a construção de que o imóvel em apreço, desde sua aquisição, foi considerado e contabilizado como integrante ao patrimônio comercial de P. A. H., a posterior formalização de sua transcrição da titularidade desde o último para a da empresa, instrumentada pela dação em pagamento que ora se busca desconstituir, apenas constitui na jurisdicização de uma preexistente situação de fato, desmerecendo a censura de ato simulado que se lhe endereça.

Ademais, os argumentos esgrimidos em favor da tese da existência dessa pretensa simulação me parecem assaz frágeis. Uma procuração não perde, salvo cláusula expressa, a validade apenas pelo decurso do prazo de seis anos entre sua outorga e a realização de ato cuja prática habilitado o mandatário, nem a dilação temporal per se, se erige em fator bastante para alicerçar suposição de fraude.

Ao depois, visivelmente inexata a afirmação de que P., transferindo o imóvel à sociedade, ato ocorrido em 16-05-78 (fl. 33), o estaria praticamente entregando a P., a quem já, antes, “doadora a empresa” (inicial fl. 13, último parágrafo). À margem a consideração relativa à colação a que obrigados P. e

H., como antes explicitado, a situação, à época, era aquela descrita na própria inicial, na fl. 09: P. ficaria com 38,52% do capital social, H. com 31,28%, P. com 20,01% e M. I. com 10,19%.

Integrado o imóvel ao patrimônio da empresa, portanto, tal acréscimo se refletia sobre a participação que todos, os autores inclusive, então detinham sociedade e as destes, longe da situação que delineiam, era, em conjunto, representativa de quase um terço do capital social.

Estranhável, a par disso, que, realizada a dação em pagamento em 1978, e tendo falecido P. A. em 1979, os autores, que já à época faziam consignar sua conformidade no inventário (fl. 84), revelando, pois, integral noção da existência e implicações daquele negócio, só hajam perseguido judicialmente sua anulação em 1985 com o aforamento da presente ação, indiferentes à circunstância de que o prazo do art. 178, § 9º, V, b, do CC, ainda que iniciado o cômputo a partir do processo do comum antecedente, estaria iniludivelmente escoado.

Em todo o caso, o dado é essencial é que dação em pagamento do indigitado imóvel à empresa, consistindo em ato praticado por agentes capazes, com o objeto possível e lícito, instrumentado e consoante os requisitos de formas legais, não tem como argüir-se de nulidade, inexistentes, a par disso, elementos de convicções hábeis a secundar anulabilidade por vício resultante de simulação ou fraude, decorrendo, ao contrário, da prova colhida ser plenamente consentâneo o conteúdo desse negócio com uma situação fática sedimentada ao longo de quase três anos.

A rejeição desse pedido dos demandantes implica, como é lógico, considerar prejudicada a apreciação da tese defensiva de usucapião. A arguição de doação inoficiosa, tópico seguinte da inicial, carece de qualquer pertinência com a espécie, e somente a alegação de das liberalidades efetivadas por P. A. haverem incorrido em parcial ineficácia à causa de invasão sobre meação de sua esposa é que merece uma apreciação mais detida.

Com efeito, se todos os donatários são herdeiros necessários do *de cujus* a invocação, frente a eles, da regra do art. 1.176 do CC, cujo escopo é, justamente, a proteção das legítimas, se mostra absurda, bastando o singelo cotejo com o já comentado art. 1.171 para percebê-lo, despiciendas maiores argumentações.

Do laudo pericial, à fl. 412, colheu-se, outrossim, que o valor do patrimônio imobiliário do *de cujus* em janeiro de 1978, seria de Cr\$ 3.440.241,00. Como aí se inclui o imóvel já integrado ao ativo da gráfica, há que abater a respectiva estimativa (Cr\$ 834.881,00) chegando ao subtotal de Cr\$ 2.605.352,00.

Apenas somado a esse subtotal o valor das quotas doadas, 16.374, equivalentes a Cr\$ 1.637.400,00, tem-se um acervo de Cr\$ 4.242.752,00, desprezados os outros bens de menor valor então pertencentes a P. A. (automóvel, conta-corrente). Independente de perquirições mais demoradas e detalhadas, visivelmente, *prima facie* que a doação das 16.374 quotas, frente ao valor global dos bens do casal H. à época, de modo algum poderia ultrapassado a meação de P. A., como afirmado na inicial.

Improcede, portanto, também esse tópico da pretensão.

O último pedido respeita à imposição da pena de sonegados e merece, a meu juízo, repulsa. A sonegação presuppõe o doloso proceder do herdeiro que, consciente de dever trazer à descrição ou conferência em inventário bens que à partilha se acham submetidos, se negue a fazê-lo.

Nessa moldura, salvo melhor juízo, não se podem enquadrar os que, como os réus, por um lado resistem à conferência de bens na convicção de a tanto terem sido dispensados pelo *de cujus*, cujo proceder, nas circunstâncias, tornou plausível de um tal entendimento, e, por outro, se recuse, com razão, aliás, a colecionar imóvel pertencente a uma sociedade e não mais integrante, pois, do patrimônio do extinto.

Essas as razões pelas quais *julgo procedente, em parte*, a ação e condeno os réus P. e H. a conferir, no inventário de P. A. H., respectivamente as 6.218 quotas da H. G. L. Recebidas pelo primeiro através das alterações contratuais ocorridas em 1º-06-74 e 20-01-78 e as 5.118 quotas pelo segundo, recebidas na última dessas oportunidades, e *rejeito* todos os demais pedidos postos na inicial.

Em face da recíproca sucumbência os consectários respectivos ficam assim distribuídos: Custas na proporção de 1/3 pelos réus e 2/3 pelos autores, integralmente a cargo destes últimos os honorários periciais, que torno definitivos no montante provisoriamente arbitrados, e já satisfeitos, de 08 salários-mínimos, pois pertinente essa prova a pretensão de que caíram por inteiro.

Satisfarão os demandados aos autores honorários de 20% sobre 1/3 do valor atualizado atribuído à causa, cabendo os autores pagar aos réus igual percentual, honorários sobre idêntico referencial a razão de 2/3, em todos esses valores operando-se a oportuna compensação até onde se igualarem.

Aclaro que atendi, na distribuição dos encargos, à aproximada proporção do decesso de cada litigante frente aos

vários pedidos formulados, justificando, outrossim, o percentual máximo de honorários pelo trabalho e tempo exigidos dos procuradores envolvidos e pela dedicação demonstrada no acompanhamento da causa.

Registre-se. Intimem-se.

Canoas, 03 de julho de 1992.

Telmo dos Santos Abech, Juiz de Direito

Processo nº 5.443/173-90 – Ação reivindicatória**Autor: Espólio de M. S. M., representado pela inventariante, C. O. M.****Réu: Município de Pinheiro Machado****Juiz Prolator: Eduardo Augusto Dias Bainy****Data: 06-05-93**

Ação Reivindicatória. Imóvel pertencente a loteamento urbano. Lei nº 6.766/79, art. 27. Imprudência.

Vistos, etc.

O Espólio de M. S. M., representado pela inventariante, Sra. C. O. M., com o benefício da gratuidade da justiça, ajuizou Ação Reivindicatória contra o Município de Pinheiro Machado, sustentando que o réu ocupa, indevidamente, terreno de propriedade da sucessão, onde existem várias construções, malocas e assentamentos.

Segundo o autor, o imóvel reivindicado, descrito na inicial, está situado dentro de área maior, onde o *de cujus* fez loteamento, devidamente aprovado pelo Município. Juntando documentos, pediu a devolução do referido imóvel.

Citado, o Município contestou. Em preliminar, sustentou ilegitimidade ativa, bem como postulou a revogação do benefício da gratuidade da justiça concedido à parte-autora, visto que a representante do espólio é proprietária de diversos imóveis nesta cidade. No mérito, pediu fosse a ação julgada improcedente, aduzindo que o imóvel reivindicado pertence ao seu domínio, para o que invocou doutrina, legislação e jurisprudência.

Segundo o réu, o *de cujus*, quando do encaminhamento do pedido de loteamento, nos termos do memorial descritivo, comprometeu-se a doar ao

município o imóvel objeto do pedido, o qual seria destinado à área verde do loteamento, em observância ao disposto nas leis municipais, sendo que veio a falecer antes de outorgar a escritura respectiva. Oportunizou-se a réplica, mas o autor silenciou.

O Dr. Promotor de Justiça interveio, opinando pelo acolhimento da primeira preliminar, reconhecendo a carência de ação, com a manutenção do benefício da gratuidade da justiça concedido à parte-autora. No mérito, foi pelo desacolhimento da pretensão, reconhecendo o domínio do Município sobre o imóvel reivindicado.

Sobreveio sentença terminativa, na qual decretou-se a carência de ação, por ilegitimidade ativa, e da qual recorreu a parte-autora. Tal sentença teve como embasamento o fato de a representante do espólio, na inicial, intitular-se autora. Oferecidas as contra-razões, o Dr. Promotor opinou pela manutenção do *decisum* hostilizado. Apreciando o recurso, a Colenda 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, deu-lhe provimento, para o fim de reconhecer o espólio, representado por sua inventariante, como o autor da demanda. Em síntese, é o relatório.

Decido. Com fundamento no art. 330, inc. I, do CPC, julgo a lide no estado em que se encontra, pois dispensável a produção de outras provas. A primeira

preliminar de contestação foi cabalmente afastada em grau de recurso.

Entendido o espólio como o demandante, verifico que o inventário em apenso (Processo nº 4.455/181) revela que sua sedizente representante efetivamente foi nomeada inventariante, com o que vislumbro a regularidade da apresentação. De outra banda, pelos mesmos fundamentos já declinados na sentença reformada, mantenho o benefício da gratuidade.

A contestação não é meio idôneo para o pedido de revogação do benefício da AJUD. Este deveria ser deduzido em peça autônoma, a fim de se formar o incidente previsto na legislação específica. Ademais, o fato de ser a representante do espólio proprietária de inúmeros imóveis, de per si, não exclui seu direito ao benefício.

No mérito, tenho que assiste razão à parte demandada, já que o terreno reivindicado é do domínio público. Cuida-se, como admitido na exordial, de imóvel pertencente a loteamento urbano, o que foi fartamente comprovado pela documentação acostada ao caderno processual.

Ao caracterizar o imóvel reivindicado, o autor sustentou que tal está localizado na Quadra “h”, medindo 78,00m x 76,00m, a teor da Certidão do Ofício Imobiliário que juntou (fl. 06). Ocorre que a citada certidão, referente à Matrícula nº 1.833, não faz alusão ao loteamento inscrito na Matrícula nº 1.337 (fls. 18/28), circunstância que foi, posteriormente, regularizada, como se depreende da “Av. 02/1.833”, constante da certidão da fl. 29. Dessa averbação, vislumbra-se que a quadra “h” destina-se à área verde do loteamento e, portanto, do domínio pú-

blico. Isso, aliás, também é perfeitamente evidenciado pelo memorial descritivo do loteamento (fl. 16, *in fine*), pelo respectivo mapa (fl. 44, onde consta a quadra “h”, medindo 78,00m x 76,00m) e pelo “R. 03/1.337” (fl. 18v), documentos não-impugnados pelo autor.

Assim, tenho que a denominada Quadra “h”, ora reivindicada, desde a inscrição do loteamento no Registro Imobiliário, por força da legislação invocada pelo demandado, passou ao domínio público, razão pela qual, como bem sustentou o Dr. Fábio Costa Pereira, então digno Promotor desta Comarca, há que se desacolher a pretensão deduzida em juízo.

Tomo a liberdade de transcrever aqui parte da brilhante monografia a respeito do tema, de autoria do Dr. Rivadávia Xavier Nunes, publicada na *RT* nº 683/252: “Um dos mais importantes efeitos da inscrição dos loteamentos, no Registro de Imóveis, da respectiva circunscrição, então tornada obrigatória pela nova legislação, foi tornar inalienáveis as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta. É o que está escrito no art. 3º do Dec.-Lei nº 58/37, e, bem assim, no art. 3º do Decreto nº 3.079/38: ‘A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta’.

[...] Em 28-02-67 foi editado o Dec.-Lei nº 271, que também dispõe sobre loteamento. Nesse diploma legal, em seu art. 4º, foi conservada a mesma orientação com relação as vias de comunicação e espaços livres dos loteamentos: ‘Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público do Município as vias e praças e as áreas

destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo’.

Mais recentemente, cuidando do assunto, veio a lume a Lei nº 6.766/79, que, em seu art. 27, acolheu a mesma orientação, estabelecendo: ‘Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo’.

Essa orientação, portanto, de que com a só inscrição do loteamento no Registro de Imóveis as vias de comunicação, praças, ruas e espaços livres, constantes da planta e do memorial, passam para o domínio do Município é pacífica na legislação brasileira. Para Hely Lopes Meirelles essa orientação já vigorava, no Brasil, antes da aprovação do Dec.-Lei nº 58/37, que foi, como vimos, o diploma legal que tratou primeiramente dos loteamentos urbanos entre nós, erigindo-se ela à categoria de uma verdadeira tradição do nosso Direito Municipal’. (*Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. V, p. 188, *RT* nº 378/60-67)

Convém notar que essa transferência de domínio das ruas, praças e espaços livres dos loteamentos para o Município, que, como se viu, pela legislação, se opera com a só inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, *não depende da lavratura de qualquer ato translativo de domínio, tal como escritura pública de doação, etc.* (grifei).

Esse ponto de vista, de longa data, está unanimemente consagrado pela doutrina e pela jurisprudência com fundamento na chamada teoria do concur-

so voluntário, transplantada do Direito Francês para o nosso ordenamento jurídico, segundo a qual a transferência de domínio daquelas áreas referidas opera-se por simples destinação pública.

[...] A orientação dos Tribunais brasileiros é a mesma e sem qualquer discrepância. O Supremo Tribunal Federal já decidiu várias vezes que: “Loteamento. Aprovado o arruamento, para urbanização de terrenos particulares, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio do município, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em domínio público, para uso comum do povo”. (Acórdão unânime, 2ª Turma, Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Cordeiro Guerra, *in RTJ* nº 79/991, p. 1.002)

Do Supremo há, no mesmo sentido e com a mesma precisão, outros julgados que se acham publicados na *RTJs* nºs 50/686-689 e 62/465, p. 468. De Tribunais intermediários existem julgados no mesmo sentido publicados na *RTs* nºs 254/178, 228/248, 318/285, 600/67 e *RF* nº 86/641.

Recentemente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Min. Athos Carneiro, decidiu: “Loteamento urbano. Inalienabilidade dos espaços livres. Inscrito o loteamento, sob a vigência do Dec.-Lei nº 58/37, tornaram-se inalienáveis, a qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta, dentre estes o espaço destinado a construção de igreja. Pela inalienabilidade, perdeu o loteador a posse e o domínio de tais áreas, transferidas ao Poder

Público. Nula, destarte, posterior doação feita pelo loteador a uma determinada confissão religiosa, do espaço livre já de domínio do Município”. [...] (RE nº 2.734, *in DJU*, de 22-04-91, p. 4.790)

[...] Diante do exposto, julgo improcedente a ação reivindicatória proposta pelo Espólio de M. S. M. contra o Município de Pinheiro Machado, o que faço com fundamento na legislação supracitada, e condeno o vencido no pagamento das despesas processuais e honorários do patrono do demandado,

que fixo em dois salários mínimos. Entretanto, por litigar ao abrigo da gratuidade da justiça, fica a parte-autora dispensada dos ônus da sucumbência, enquanto perdurar o estado de pobreza ou enquanto não-prescrita a obrigação.

Intimem-se, inclusive o Ministério Público. Trânsita em julgado, archive-se com baixa. Diligências necessárias.

Pinheiro Machado, 06 de maio de 1993.

Eduardo Augusto Dias Bainy, Juiz de Direito.

Processo nº 157 – Ação de reintegração de posse

Autores: Jesus José Mendonça Fernandes e Valnir Cesar Aurélio Mendonça

Réu: Orlando Gomes

Juiz prolator: Alan Tadeu Soares Delabary Júnior

Data: 30-03-98

*Contrato de compra e venda de se-
moventes. Mesmo não tendo sido pago o
preço, o vendedor não pode manu militari
buscar os animais. Reintegração de pos-
se do comprador julgada procedente.*

Vistos, etc.

Jesus José Mendonça Fernandes e Valnir Cesar Aurélio Mendonça ingressaram neste juízo com ação de busca e apreensão contra Orlando Gomes. Narra-ram na inicial que compraram de Horst Gomes e outros 576 vacas de invernar, através do escritório Reponte Negócios Rurais Ltda. O preço dos animais foi avençado em R\$ 0,52 o quilo, sendo que o peso adquirido foi de 227.392kg. Afirmaram que o preço foi integralmen-
te pago.

Os autores expuseram que, feito o negócio, os animais foram devidamente marcados e levados à estância São Pedro, de propriedade de João Alberto Luzardo, que recebeu 576 reses para o pastoreio. Disseram que o réu, na data de 05-08-95, invadiu a propriedade onde se encontravam os animais e retirou 125 vacas. Mesmo ante as ponderações de João A. Luzardo, o requerido levou as reses, assinando declaração, onde assumiu a inteira responsabilidade pelo ato. Dos fatos foi registrada ocorrência policial. Afirmando estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pediram a concessão de liminar de busca e apreensão dos animais e a procedên-

cia da ação. Juntaram documentos (fls. 08-46).

Em decisão das fls. 51-6, entendendo tratar-se de ação de reintegração de posse e não de cautelar de busca e apreensão, foi convertido o feito para demanda possessória e determinada a emenda da inicial, no sentido de que se comprovasse o registro do sinal acostado aos autos e amoldasse a inicial na forma dos arts. 921, I, e 284 do CPC. A liminar foi cumprida (fls. 63-4). A emenda foi celebrada (fls. 65-6).

Citado, o réu contestou (fls. 70-83), aduzindo, em síntese: que também é usuário da Fazenda São Pedro em Uruguaiana; que foi procurado por Osvaldo Chibiaque de Lima, corretor, que propôs ao réu a realização de negócios de compra e venda; que, feitas as tratativas, foi realizado o negócio de compra e venda diretamente pelo réu com os autores; que os compradores marcaram por sua conta e risco, com seu sinal, os animais, sob a alegação de que se iriam misturar; que foram escolhidas 576 vacas, sendo entregues 327 vacas aos autores.

Aduziu que, quando iria entregar os 135 animais faltantes, os autores efetuaram o pagamento de uma parcela de R\$ 65.900,00, quando deveriam depositar R\$ 70.000,00. Vencida outra prestação, agora no valor de R\$ 48.242,84, foram os autores interpelados pelo réu, tendo afirmado que haviam efetuado o

pagamento ao escritório Reponte Negócios Rurais Ltda. Asseverou o réu que não havia ninguém autorizado a receber o pagamento e que se os autores pagaram mal, devem pagar mais de uma vez.

Suscitou a carência de ação, tendo em vista que os autores nunca tiveram a posse dos animais, não havendo esbulho a legitimar a ação possessória. Alegou que está presente a exceção do contrato não-cumprido, pois se os autores não vinham pagando o preço, não poderiam exigir a entrega de todos os animais, e que os autores devem prestar caução, tendo em vista a liminar deferida. Pediu a improcedência da ação e determinação aos autores de que prestassem caução. Juntou documentos (fls. 84-105).

Os autores replicaram às fls. 107-114. O agravo de instrumento interposto da decisão que deferiu a liminar foi desacolhido (fl. 123). Em audiência preliminar (fl. 131), frustrou-se a tentativa de conciliação, foi afastada a preliminar de carência de ação, fixados os pontos controvertidos e designada audiência de instrução. Em audiência (fls. 162-9), foram colhidos os depoimentos pessoais das partes e das testemunhas arroladas pelo réu. As testemunhas arroladas pelos autores foram ouvidas por carta precatória (fls. 191, 208-10, 213-4 e 220). As partes foram remetidas ao debate da causa através de memoriais, que foram oferecidos pelos autores (fls. 223-231) e pelo réu (fls. 232-5). É o relatório.

Decido. O contrato de compra e venda, por si só, não opera a transferência da propriedade da coisa, o que se dá pela tradição, regra esculpida no

art. 620 – “O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675) da coisa objeto do pacto” – e no art. 868 – “Até a tradição, pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço. Se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação” –, ambos do CC.

Narra a inicial que, uma vez pago o preço e entregue os animais, o réu dirigiu-se à fazenda aonde estavam as vacas e levou 125 reses. A solução da controvérsia está centrada justamente no fato de ter operado-se a tradição, estando o contrato devidamente cumprido. Os animais foram entregues pelo réu e marcados pelos autores, com o conhecimento do requerido, sendo deslocados até a Fazenda São Pedro. Alegando não ter sido pago integralmente o preço, o réu dirigiu-se até a citada fazenda e retomou 125 animais, assinando declaração assumindo o ato, que não tem outro nome senão esbulho.

A testemunha João Alberto Vaz Batista Luzardo, que mantinha os animais adquiridos pelos autores na Fazenda São Pedro, corrobora a versão trazida na inicial, em seu depoimento (fl. 209): “[...] Que o depoente tem conhecimento destes fatos, que foram-lhe entregues 576 reses pelo autor, que estas reses foram entregues na Estância São Pedro, que o requerido levou 125 destas reses da estância [...] Que o requerido chegou lá e disse que as 125 reses não haviam sido pagas, e por isso disse que iria levar, levando-as de caminhão e

assinando um recibo para o depoente. Que na sua estância o requerido não tinha vacas, a não ser estas que disse que não tinham sido pagas e foi buscar [...]”.

No mesmo sentido o depoimento de Carlos Edmar Rodes Goulart, que afirma que o réu tinha animais em locais separados daquele que estavam as reses dos autores (fls. 209v. e 210): “[...] Que os autores deixavam as reses lá na estância, que os donos marcavam as reses. Que tem conhecimento que Orlando retirou algumas reses [...] Que as invernadas ocupadas pelos autores não eram as mesmas [...]”.

Os animais foram entregues, estando perfeito e acabado o contrato de compra e venda. Se não foi pago o preço integral, se foi pago a quem não tinha poderes para receber, diversos caminhos poderiam ter sido trilhados pelo réu para buscar o seu direito. Entretanto, jamais poderia buscar os animais sem o consentimento dos autores. Em seu depoimento pessoal, o réu afirma que os animais não teriam sido entregues aos autores, mas estavam esperando na fazenda o pagamento, para serem entregues. Traz, para corroborar a sua tese, o argumento de que não emitiu as notas fiscais de produtor referentes aos animais.

Entretanto, em outro trecho de seu depoimento afirma, sobre a entrega dos animais: “[...] Ao ser feito o primeiro pagamento, já tinha sido realizada a pesagem das 576 vacas falhadas, acompanhadas pelos compradores, nas várias fazendas onde se encontravam, em Itaquí e em Uruguaiana [...] A entrega dos animais ocorreu em 27 e 28 de maio

[...]”.

Diz ainda: “A invernada onde estavam as 125 vacas não era a mesma onde antes se encontravam também as 300 com cria [...]”.

Oswaldo Chibiaqui de Lima, sócio do escritório que intermediou todo o negócio, é categórico sobre a responsabilidade do preço perante o réu (fl. 191): “[...] Que, com relação à 2ª parcela, Jesus fez um *[sic]* aplicação financeira no escritório, fez um empréstimo do escritório, que pagou juros pelo valor recebido, sendo que, no vencimento do negócio, o escritório ficou com responsabilidade de repassar o dinheiro para o vendedor, no caso Orlando Gomes. Que o depoente reconhece que a dívida é de responsabilidade do escritório pelos motivos já referidos [...]”.

No que tange à exceção do contrato não-cumprido, prevista no art. 1.092 do CC, sustentada pelo réu para justificar a sua conduta. Cremos que não se aplica ao caso, uma vez que os animais já haviam sido entregues. Se os queria de volta, com a rescisão do contrato, que postulasse em juízo tal pretensão. O que não se pode admitir é que o réu simplesmente retome os animais. Em um estado de direito, condutas como a praticada pelo réu não merecem guarida. A consequência do descumprimento de uma obrigação acarreta a sua execução ou a condenação em perdas e danos, art. 1.056 do CC, que prevê: “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”.

Na sua contestação, o réu, Orlando, cita a regra clássica do Direito Obrigacional de quem paga mal, paga mais de uma vez. A referida regra refere a

repetição do pagamento e não a retomada arbitrária do objeto da compra-e-venda. O réu deveria ter cobrado dos autores o valor devido ou rescindido o contrato, ou, ainda, tê-lo executado, mas não retomar os animais objeto da compra e venda, cuja tradição já havia se operado. Leciona Caio Mário da Silva Pereira: “[...] Descumprindo a obrigação, absoluta ou relativamente, nasce, em primeiro lugar, para o credor a faculdade de obter o cumprimento coativo, isto é, o *provimento judicial, em virtude de que o devedor seja compelido à execução específica* (grifei), entregando a *res debita* ou realizando o fato, ou desfazendo o de que se devia abster [...]”. (*Instituições de Direito Civil*, vol. II, Ed. Forense, 15ª ed., p. 235)

Não cabe, em ação possessória, discutir se houve o integral pagamento e de quem era a sua responsabilidade. O que se protege, agora, é a posse, cuja existência restou demonstrada pelos autores. Questões acerca do pagamento são afetadas ao Direito Obrigacional e devem ser postuladas pelo réu em demanda própria. Os animais eram mantidos, em nome dos autores, com João Alberto Luzardo (fâmulos da posse) e foram retirados pelo réu, que, com isto, praticou esbulho.

Encontramos no ato do réu as características típicas do esbulho, trazidas por

Tito Fulgêncio: “[...] a) Arbitrariedade, de modo que, se o ato é praticado nos limites da própria posse, não constitui esbulho da posse de outrem, ou se é autorizado por lei ou por sentença executória. b) Ser praticado contra a vontade expressa ou presumida do possuidor, termos em que o réu, na ação de esbulho, pode defender-se vitoriosamente, dando a prova do consentimento do possuidor a ato por ele praticado”. (*Da Posse e das Ações Possessórias*, Ed. Forense, 6ª ed., p. 132)

Assim, devem os autores ser reintegrados em sua posse, na forma do art. 499 do CC e do art. 926 do CPC. Isto posto, julgo procedente a ação de reintegração de posse movida por Jesus José Mendonça Fernandes e Valnir Cesar Aurélio Mendonça contra Orlando Gomes, para confirmar a liminar e reintegrar os autores na posse dos animais descritos na inicial, com base no art. 499 do CC e no art. 926 do CPC. Condeno o réu nas custas e honorários advocatícios do patrono dos autores, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, art. 20, § 4º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Itaqui, 30 de março de 1998.

Alan Tadeu Soares Delabary Júnior,
Juiz de Direito Substituto.

Processo nº 13506/275 – Ação Ordinária de Cobrança

1ª Vara de Cerro Largo

Requerente: Orélio Barcelos

Requerido: Município de Cerro Largo

Juiz prolator: Gilberto Schäfer

Data: 29-03-99

Ação de cobrança contra Município. Adicional de periculosidade a servidor público. Parcial procedência do pedido.

Vistos, etc.

Orélio Barcelos, já qualificado, ajuizou ação de cobrança contra o Município de Cerro Largo, igualmente qualificado. Noticiou que foi admitido nos serviços do Município em junho de 1964, sob regime celetista, sendo que, a partir de 1º-07-90, passou a regime estatutário. A função exercida pelo autor é de vigilante, serviço este que o mesmo presta junto à garagem da Prefeitura, local onde encontram-se instaladas bombas de combustíveis. Disse que cumpre jornada de trabalho em turnos de revezamento semanal, conforme a escala dos autos. Destaca que, segundo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a competência para apreciar processos dessa natureza é da Justiça Comum. Transcreveu jurisprudência.

Aduziu que ingressou com reclamação trabalhista, postulando direitos seus não-remunerados, ação esta que foi julgada procedente, tendo o Município sido condenado no pagamento de diversas parcelas, entre as quais adicional de periculosidade, horas extras, adicional noturno e reflexos. Aduziu que em face do seu trabalho tem direito a percentual de insalubridade.

Diante dos fatos alegados, pediu: a) adicional de periculosidade, em valores a serem apurados, desde abril de 1993, calculado sobre o salário mínimo, com reflexos em horas extras, repousos remunerados, férias, gratificação natalina, adicional por tempo de serviço e demais vantagens concedidas aos servidores municipais; b) horas extras, em valores a serem apurados, com o adicional de 50% sobre a hora normal e reflexos em repousos remunerados, férias, gratificações natalinas, adicional por tempo de serviço e demais vantagens; c) repouso semanal remunerado, sobre as horas extras pagas ao autor, conforme exposto no item 7c; d) honorários advocatícios; e) juros e correção monetária; f) recolhimentos previdenciários e fiscais.

Juntou procurações e documentos (fls. 08 a 11). Citado, o Município ofertou contestação (fls. 14 a 20). Disse ser indevido o adicional de periculosidade, porque o autor exercia a atividade de vigilante e não tem direito a insalubridade, segundo a definição da lei municipal. Rebateu as repercussões do adicional de insalubridade. Disse que o mesmo trabalhou sempre dentro do limite de horas estabelecido pela legislação municipal e que houve acordo de compensação de horas com o sindicato. Disse que o repouso semanal é corretamente

calculado, inexistindo diferenças em relação às horas extras. Disse que não é cabível a diferença de horas extras, os honorários advocatícios e os recolhimentos previdenciários e fiscais. Pediu a improcedência da ação. Juntou procuração e documentos (fls. 21 a 74).

Houve réplica (fls. 76 a 79). Determinada perícia técnica (fl. 81). Apresentado laudo pericial (fls. 91/93). Aportou o laudo do assistente técnico pelo Município (fls. 96/97). O laudo oficial foi impugnado (fl. 100), e foi apresentada complementação pelo *expert* (fls. 105 a 107). Houve nova impugnação (fls. 109 a 112). Os autores *[sic]* manifestaram concordância, ao passo que o Município novamente impugnou.

O Ministério Público lançou promoção que foi atendida com novos esclarecimentos do Perito Oficial (fl. 126 a 127). Após alegações do Ministério Público foi designada audiência de instrução, onde as partes realizaram os debates, guerreando seus argumentos. Com nova vista ao Ministério Público, aportou parecer pela improcedência parcial da ação. Relatei. Decido.

Adicional de Periculosidade. Para resolver a controvérsia, necessário analisar dois aspectos: O primeiro – Se o trabalho realizado pelo autor é perigoso ou não? A prova pericial (fls. 91 a 93) nos fornece os dados de que “conforme a letra *m*, do item número do anexo 02 da NR nº 16 da Portaria Ministerial nº 3.214/78, que diz ‘são consideradas atividades ou operações perigosas, conferindo aos trabalhadores que se dedicam a essas atividades ou operações, bem como àqueles que operam na área de risco, adicional de 30%, as realizadas:

nas operações em postos de serviço de bombas de abastecimento de inflamáveis líquidos’ ”. A prova testemunhal produzida aduz que o mesmo exercia a vigilância perto da bomba e que, nos finais de semana, ficava com a chave para proceder ao abastecimento de combustível.

Nesse sentido, o depoimento de João da Cruz Rodrigues Patrício (fl. 170): “Que sabe que seu Orélio nos últimos tempos trabalhava de guarda nas garagens, junto à bomba de combustível. Que nos finais de semana o mesmo ajudava a abastecer os veículos da Prefeitura. Que o vigilante ficava com a chave. Pelo requerente, que acredita que vão cerca de 9.000 litros de combustível dentro do tanque. Que para abastecer vinha um caminhão grande trazer o combustível. Que a bomba e o tanque ficam embaixo da garagem. Que Orélio tirava a guarda dentro do local”. Portanto, tenho que o autor trabalhava em serviço perigoso. O fato de trabalhar junto à bomba de combustível restou comprovado. Não trouxe a municipalidade elemento outro para afastar o caráter de habitualidade.

O segundo – Periculosidade. Concreção legal em nosso sistema jurídico. A Carta Federal de 1988, preceitua: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIII – adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. Assim, estamos no plano do direito em que urge preencher um conceito, que, à primeira vista, não vem totalmente preenchido. É um conceito indeterminado. O que são atividades perigosas.

Busco na doutrina alemã o que vou expor a seguir. Explica Karl Engisch (*Einführung in das Juristische Denken*, Werlang W. Kohlhammer, Stuttgart – há tradução portuguesa da Fundação Caloste Gulbenkian): “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Os conceitos absolutamente indeterminados são muito raros no Direito. Podemos distinguir um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito estamos no domínio do núcleo conceitual.

Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito, como exemplificaria o administrativista gaúcho Almiro do Couto e Silva (*Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 58): “ninguém hesitaria, assim, em qualificar como falta grave a violenta agressão física praticada pelo funcionário subalterno contra o seu chefe que, cortesmente, apontara um erro no trabalho do subordinado. Por outro lado, a ninguém ocorreria considerar como falta grave o fato de o funcionário comparecer dois dias ao trabalho sem barbear-se. Na zona cinza, que é o limite entre o ‘conceito’ e o ‘não-conceito’, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades”.

Estamos, aqui, face a uma indeterminação normativa, periculosidade, que necessita de um preenchimento técnico (valoração técnica para se dizer se o trabalho é insalubre ou não). O conceito de atividade periculosa não é um conceito bastante em si, pois apresenta essa zona cinzenta que necessita

de preenchimento técnico (o que é feito por norma técnica). Ora, o único ordenamento técnico para definir o que seja periculosidade é o federal (feito pela Medicina do Trabalho da União). Isso, porque essas normas estão inseridas no capítulo dos direitos sociais.

A lei, de sentido técnico, deve ser preenchida por normas de ordem técnica, que são as editadas pela Medicina do Trabalho da União, evitando-se o extremo casuístico das legislações municipais e estaduais. A lei trabalhista é que define o que é periculosidade. Modo diferente, explico: as normas sobre o adicional de periculosidade e insalubridade são normas sociais (essa é sua natureza, normas trabalhistas) e são aplicadas por extensão à União Federal, aos Estados e Municípios. A regra de extensão é a norma constitucional: art. 39, § 2º. “Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX”.

Em primeiro lugar, nesse dispositivo não consta a expressão: “aplicam-se aos servidores civis nos termos da lei”, mas aplicam-se aos servidores (não exigiu nova lei para aplicar aos servidores). A natureza dessas normas permanece como um direito inerente aos trabalhadores. Não há mudança da natureza das normas, que devem apenas ser aplicadas pelo ordenamento jurídico municipal. Essas regras são aplicadas a esses entes, por norma de extensão (art. 39, § 2º, da CF), que não transformaram a natureza jurídica dessas normas. Importante lembrar que compete privativamente à União legislar em matéria trabalhista (art. 22, inc. I). Assim como a matéria

que disciplina os juros é considerada materialmente de Direito Civil (mesmo quando for em questão tributária), a matéria que disciplina direito à insalubridade é de Direito do Trabalho¹.

A aplicação da lei e as próprias leis devem ser razoáveis, sob pena de, não o sendo, serem rejeitadas no caso concreto. Vou demonstrar o meu raciocínio utilizando-me do recurso denominado argumentação jurídica *ad absurdum* (Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*), mostrando o sentido falso que uma norma pode adquirir se for interpretada de forma absoluta: se um trabalhador exercer atividade de limpeza de estábulo, lida com dejetos dos animais, manuseando-os. Está obrigado a cheira-los, senti-los. Ninguém, penso, que utilizando um critério razoável, se oponha, dizendo que tal atividade não seja insalubre. A atividade é materialmente insalubre. No entanto, se a lei municipal diz que “limpar estábulo não é considerada atividade insalubre”, o que deve o intérprete fazer? Afastar essa lei, por não preencher o conceito de insalubridade. Tal norma deve ser afastada, pois está elidindo a aplicação do conceito constitucional.

Dizer isso significa afirmar o valor e a supremacia da Constituição Federal,

conforme nossa herança constitucional, do poder-dever que os Juízes (ainda têm) de aplicar a Constituição. Não podemos esvaziar a Constituição de seus conceitos normativos e a transformar em uma Constituição nominal (como explicava Lowestein). Assim, “a adoção do princípio literal da lei que, por hipótese é aceito momentaneamente, mas que, desenvolvido à risca, chega a uma patente injustiça que destrói, inclusive, o próprio sentido da lei que se pretendia com base de todo o raciocínio”. Todas as normas precisam ser investigadas “em seu conjunto, na variedade de suas relações e na riqueza de seus desenvolvimentos”.

Por isso, tenho que as normas municipais devem ser interpretadas conforme a Constituição (que os alemães denominam de *Verfassungskonforme Auslegung*) e não o contrário. Assim, não posso dizer que a norma citada pela municipalidade é inconstitucional. Apenas não abarca o conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas e, por isso, deve ser interpretada de forma razoável, no caso em concreto, com aplicação do princípio intrínseco à Administração Pública, qual seja o da razoabilidade.

Tenho, ainda, que, se fosse o entendimento de não se aplicar o ordenamento competente (federal), a própria

1 – Demonstro raciocínio semelhante efetuado pelos tributaristas: “Do ponto de vista do Direito Tributário, a natureza jurídica dos juros de mora é de sanção pecuniária em razão da impontualidade do sujeito passivo no cumprimento da obrigação, objetivando não retardar o recolhimento da respectiva dívida. Os juros de mora são devidos independentemente da prova de prejuízo do credor pela demora do devedor. Os juros de mora são, portanto, além de sanção – consequência do ilícito – pecuniária, que tem sua causa jurídica na impontualidade em relação ao adimplemento da obrigação. A sua natureza é civil compensatória”, diz Antônio Roberto Sampaio Dória. No mesmo sentido, afirma Fábio Fanucchi – Bernardo Ribeiro de Moraes, *Compêndio de Direito Tributário*, vol. II, ed. 1994, p. 578.

lei municipal nos forneceria as pautas normativas para a aplicação da insalubridade. A Lei Municipal nº 1.347/94, no seu art. 2º, inc. IV, enquadra as atividades semelhantes como perigosas, *verbis*: “Art. 1º – São consideradas atividades e operações perigosas para efeito de percepção do adicional previsto no art. 84 da Lei Municipal nº 1.159/90, de 31-05-90: [...] IV – operação de bombas de abastecimento de inflamáveis líquidos”.

Segundo a remissão legal acima, o servidor terá direito a um adicional de 30% sobre o padrão básico de sua classe. Por isso, adotado o critério da razoabilidade, tenho que a própria lei municipal fornece as pautas suficientes para enquadrar como insalubres as atividades desenvolvidas pelos autores. Ainda, diria que o próprio legislador municipal foi ciente da insuficiência do critério legislativo para enquadrar a insalubridade e periculosidade. Por isso, determinou que num período de 180 dias a Prefeitura realizasse *perícia técnica*, fins de novo enquadramento das atividades insalubres (art. 6º da Lei nº 1.347/94). O próprio legislador sabe e disse que o conceito de periculosidade é técnico, ao designar essa perícia.

Nesse sentido: “Reexame necessário. Servidor público municipal. Ação de cobrança. Adicional de insalubridade. Previsão legal. Demora injustificada na regulamentação. Locupletamento ilícito. Princípio da razoabilidade. Horas extras. Carga horária semanal. Limite fixado em lei municipal. Acordo permitindo sua extrapolção. Insubsistente. A lei, de sentido técnico, deve ser preenchida por normas de ordem técnica que são editadas pela Medicina do Trabalho da

União Federal, evitando-se extremo casuísmo das legislações municipais e estaduais. Compete privativamente à União Federal legislar em matéria trabalhista (art. 22, inc. I, da CF/88). Portanto, as leis municipais devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal, e não o contrário. A norma citada pela municipalidade não abarca o conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas, por isso deve ser interpretada de forma razoável, com a aplicação do princípio intrínseco à Administração Pública, que é o da razoabilidade. [...] Sentença confirmada”. (Reexame Necessário nº 597242841, 3ª Câmara Cível, Apresentante: Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cerro Largo, Autores: Iracema dos Santos e outros, Réu: Município de Cerro Largo.)

Nesse sentido, ainda, decisão da Justiça do Trabalho: Acórdão nº 95.021126-5-RO, fl. 06: “Adicional de periculosidade. Posto de combustíveis. Transitando o empregado, diária e obrigatoriamente, junto à bomba de posto de combustíveis, faz jus ao pagamento de adicional de periculosidade, ainda que o ingresso na área de risco ocorra em horário em que a bomba esteja fechada, pois o perigo permanece iminente. IPC de março de 1990. A Medida Provisória nº 154/90, convertida na Lei nº 8.030/90, não afastou o direito líquido e certo dos trabalhadores de terem seus salários majorados no mês de abril pelo índice de 84,32%. O fato gerador do direito à plena recomposição salarial pelo IPC apurado no período de 16 de fevereiro a 15 de março daquele ano já estava perfeito e acabado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico.

“Honorários assistenciais. Exceto na hipótese de preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício de assistência judiciária previstos na Lei nº 5.584/70, é incabível a condenação do sucumbente ao pagamento de honorários no processo trabalhista. Adicional de periculosidade. É devido o adicional de periculosidade ao empregado que exerce atividade de vigilante em área definida como de risco no Anexo nº 1 da NR nº 16 da Portaria nº 3.214/78”. Ano: 1997. Tribunal: TRT. “Adicional de periculosidade. O laudo pericial apurou que o reclamante, no exercício de sua atividade de vigilante, percorria área de risco nas instalações da empresa. Devido o adicional de periculosidade”.

Horas extras. Segundo os autos, havia uma escala, onde se chegava ao máximo de 42h semanais. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inc. XIII, estabeleceu que a duração do trabalho não pode ser em jornada superior a 08h diárias e 44h semanais, facultando a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A seu exemplo, a Lei Municipal nº 1.159/90, também manifestou-se sobre o assunto, *verbis*: “Atendendo a conveniência ou a necessidade do serviço e, mediante acordo escrito, poderá ser instituído sistema de compensação de horário, hipótese em que a jornada diária poderá ser superior a 08h, sendo o excesso de horas compensado pela correspondente diminuição em outro dia, observada sempre a jornada máxima semanal”.

Portanto, tenho que não há diferenças por horas extras a pagar. As demais horas extras foram autorizadas e não

estão sendo cobradas. Em face da impropriedade está prejudicado o pedido de repouso semanal remunerado. Além disso, não há prova nos autos de que prestasse horas extras de forma habitual.

Verbas a serem recolhidas ao FAPES e demais órgãos previdenciários. Em relação aos autores, que tiveram reconhecidas as parcelas no presente pedido, impende sejam recolhidos os valores respectivos ao FAPES. Outrossim, devem ser recolhidas as contribuições fiscais e previdenciárias, que incidirão sobre os títulos condenatórios.

À vista do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos para condenar o Município de Cerro Largo: a) ao pagamento de adicional de periculosidade no valor de 30% sobre o salário básico e incidirá na gratificação natalina, pois labora em área de risco, de armazenamento de explosivos e inflamáveis; b) ao recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais e FAPES. Defiro a assistência judiciária gratuita ao autor, face à pobreza demonstrada.

Os valores serão corrigidos pelo IGP-M, a partir do momento em deveriam ter sido pagos. Juros de 6% a. a. desde a citação da ré. Condeno ambas as partes ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Arbitro o pagamento das custas no valor de 90% ao Município e 10% para o autor. Arbitro os honorários devidos ao patrono do autor em 10% sobre o valor da condenação, em conformidade com o art. 20, § 4º, do Diploma Processual Civil. Condeno o autor a pagar 01 URH ao patrono do Município, que suspendo pela assistência judiciária gratuita.

Decorrido o prazo para eventual recurso voluntário, em reexame necessário, proceda-se a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Cerro Largo, 29 de março de 1999.
Gilberto Schäfer, Juiz de Direito.

Processo nº 10.024-139/98 – Ação de reparação de danos

Requerente: Supermercado Fernando Ltda.

Requerido: Banco Meridional do Brasil S. A.

Juiz prolator: André Luís de Moraes Pinto

Data: 23-06-99

Indenização. Danos morais. Pessoa jurídica. Ação julgada improcedente.

Vistos e examinados os autos.

Trata-se de ação ordinária de indenização por ato ilícito c/c pedido de tutela antecipada proposta por Supermercado Fernando Ltda. contra Banco Meridional do Brasil S. A., ambos já qualificados nos autos. O autor relata que formalizou com o réu um contrato de crédito em conta-corrente a ser pago em 24 parcelas, oferecendo como garantia um automóvel. Tendo três prestações restadas atrasadas, teve o seu nome inscrito no SERASA, sem a correspondente notificação. Em razão deste fato, afirma, saldou o débito. Ainda assim, diz, o requerido não providenciou a sua exclusão do banco de dados e, sequer, na liberação do bem dado em garantia. Postula, em tutela antecipada, a exclusão do seu nome e a liberação do veículo e, ao fim, a condenação do réu em pagar 100 salários mínimos pelo dano moral sofrido, bem como os valores apurados pela queda do faturamento, a partir da não-entabulação de negócios.

À fl. 71, foi deferida a antecipação do provimento judicial. Citado, o demandado oferece resposta, contestando (fls. 74 e ss.). Refere já haver providenciado no cumprimento da ordem de tutela antecipada. Sustenta que a diminuição do faturamento do autor deve-

-se ao período de férias. Rechaça o dano moral. Impugna os balancetes acostados. Em sede de réplica o requerente reitera suas assertivas iniciais, afastando aquelas desferidas pelo réu. Designada audiência para os fins do art. 331 do CPC, restou inexitosa a tentativa conciliatória.

Relatei. Passo a fundamentar. Preambularmente, ante a manifestação expressa do autor na fl. 112, no sentido de pleitear o julgamento consoante os termos do inc. I do art. 330 do CPC, passo a prolar a decisão, no estado em que se encontra o processo, sem dar azo à dilação probatória, especialmente na produção da prova pericial requestada pelo réu. A controvérsia na demanda paira acerca da pretensão indenizatória, material e moral, em face de inscrição sem notificação prévia em banco de dados, uma vez que este fato último é admitido como verdadeiro.

Prima facie, atenho-me ao dano moral, reservando império à sua pertinência em se tratando de pessoa jurídica, natureza que reveste a figura do pólo ativo. A matéria é por demasiado polêmica, tanto na doutrina de vulto quanto na jurisprudência de importância incontestada dos Colegiados. Em que pese reconhecer os valiosos substratos jurídicos daqueles que perfilham entendimento outro, não reconheço o cabimento de indenização moral em favor de pessoa jurídica.

As propaladas teorias e concepções modernas não têm o condão de me seduzir, pelas razões que adiante passarei a expor. No entanto, por dever inerente à condição de julgador, posto-me em situação não-refratária a idéias de vanguarda, coloco-me receptivo a novas teses. O Direito e as pessoas evoluem e o Juiz, para palmilhar os mesmos trilhos, deve se dispor a ser um revisor em potencial de suas concepções. A pessoa não-natural é uma ficção, consubstancia-se em entidade jurídica criada pelo Direito, não pode ser atingida em sua essência, podendo sê-lo apenas em seus propósitos. Ela não atrai dano psicológico, não sente, não sofre com uma ofensa à sua honra, à sua imagem, pois estas são inerentes somente à pessoa física.

Por óbvio, não fico adstrito ao sofrimento físico ou psíquico da vítima, uma vez que são indenizáveis danos morais sem a positivação do sofrimento, *e. g.*, vítima alienada mental, sem capacidade de sofrer. Nada obstante, o quadro corolário de eventual agressão, ofensa, injúria ou insulto terá inexoravelmente as tintas de menos valia econômico-patrimonial, a partir do abalo de crédito, da perda efetiva de oportunidades de negócios e de celebração de contratos, na conseqüente diminuição de lucro, em evidente menoscabo material.

A honra, referida sempre pelos que manifestam entendimento contrário ao que expressei, independentemente de sua classificação, penso, é atributo exclusivo do ser humano. Sobre sua relevância, reputo como esclarecedoras e com singular condão de mensurar o seu significado as palavras do Padre Antônio Vieira: “É um bem imortal. A vida, por larga que seja, tem os dias contados; a

fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos. A vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas. A fama vive nas almas, nos olhos, na boca de todos, lembra nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal; menos cruel e mais piedosa se o puder matar”.

Estatui o art. 5º, inc. X, da Carta Política de Brasília/88 que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Pela própria redação do dispositivo, vê-se que o legislador constituinte concedeu às pessoas naturais a possibilidade de pleitear ressarcimento de todos os danos, sejam de ordem material, sejam de ordem moral, e tanto é assim que o texto trata de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, que são, tirante a última, inerentes à pessoa física. Estes atributos, vejo, não abarcam as sociedades.

Nesta linha, o escólio do Des. Adroaldo Furtado Fabrício: “Nada disso se passa com a pessoa jurídica. Tudo o que se possa imaginar como conseqüência de uma ofensa, injúria ou insulto tomará a forma de menos-valia econômica, na medida em que o conceito e a credibilidade no mundo dos negócios, a oportunidade de ganhos futuros,

a redução dos lucros atuais e a cessação dos esperados, as restrições ao crédito são sempre valores econômicos, e não morais”.

Yussef Said Cahali, reportando-se à lição de Dalmartello (*Danni Morali Contrattuali, Riv. Dir. Civile*, 1933, pp. 55 e ss.), afirma: “Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; e se classificando, assim, em dano que afeta a ‘parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade, etc.); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)”.

Wilson Mello da Silva, a seu modo, a respeito do dano moral, leciona: “Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido mais amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos [...] As pessoas jurídicas em si jamais teriam direito à reparação por danos morais. E a razão é óbvia. Que as pessoas jurídicas sejam, possivelmente, responsáveis por danos morais, compreende-se. Que, porém, ativamente possam reclamar as indenizações, conseqüentes deles, é absurdo”.

“O patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele se originam seriam, singelamente, danos da alma, para usar a expressão do Evangelista São Mateus, lembrado por

Fischer e reproduzida por Aguiar Dias. Os alicerces sobre que se firmam os danos morais são puramente espirituais. E as lesões do patrimônio ideal dizem respeito às capacidades afetiva e sensível, qualidades apenas inerentes aos seres vivos. [...] Ora, a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade, e, como tal, apenas poderia subsistir como simples criação ou ficção de Direito”. (*O Dano Moral e sua Reparação*, p. 02)

“As pessoas jurídicas não sofrem, não se angustiam e, só por ficção, se lhe poderia emprestar a faculdade dos danos morais, apanágios das pessoas orgânicas e vivas”. (*in ob. cit.*, pp. 503/504)

O festejado Prof. Carlos Alberto Bittar esclarece: “Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio. Mas ambos são suscetíveis de gerar reparação, na órbita civil, dentro da teoria da responsabilidade civil”. (*in Reparação Civil por Danos Morais: Tendências Atuais. Revista de Direito Civil* n° 74/14)

Pessoa jurídica não tem esfera íntima, componentes sentimentais e, tampouco, órbita valorativa. Ao se posicionar em sentido contrário, em alentado estudo, o Professor e magistrado Antônio Chaves fez referência à passagem de Adriano Cupis a respeito do tema, em que faz ver que “ainda que as pessoas jurídicas não possam ter o ‘sentimento’ da própria dignidade, esta pode sempre refletir-se na consideração de terceiros”. (*in Atualização em Matéria de Responsabilidade por Danos Morais, RF* n° 331/53)

“De qualquer modo, prossegue Cupis, mesmo esta fictícia dignidade, porquan-

to é uma aparência da pessoa, constitui uma qualidade da mesma; espelhando-se na opinião de terceiros, projeta-se externamente: mas é sempre uma atribuição da pessoa. A máscara moral qualifica quem a carrega, mesmo se imprime no espírito alheio”. (*in ob. cit.*, p. 55)

Neste particular, ousou discordar do eminente doutrinador, porquanto apenas vislumbro a ocorrência de dano na hipótese de este ser “sentido, apreciado, absorvido” pela vítima. E, tão-só, as pessoas naturais é que reúnem condições de “sentir, apreciar e absorver”, isto porque delas é que se pode exigir subjetividades. As sensações experimentadas estão no psiquismo, na espiritualidade. Afirimo, não seria teratológica a hipótese de a perda de um dedo, *v. g.*, em acidente automobilístico, não suscitar sentimentos de vergonha e depressão em um poeta de muitas luzes, ainda que, ao mesmo tempo, provoque rejeição ou constrangimento em uma criança que o encontre.

Na esteira da posição por eu sustentada, trago a lume os substanciosos arestos a seguir ementados, colhidos a partir da *home page* da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul na *Internet* (<http://www.ajuris.org.br>): “Indenização por danos morais. Pessoa jurídica. Protesto de título já quitado. Inscrição no SERASA. Ausente prova da ocorrência de qualquer prejuízo pudesse abalar o bom nome da empresa e gerar prejuízo, não há se falar em dano moral, mormente quando se está a tratar de pessoa jurídica”. (AC nº 597001312, 6ª Câmara Cível do TJRS, Caxias do Sul, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, julgada em 10-06-97, *DJ*, de 23-01-98, p. 08)

“A pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo de dano moral. O elemento característico do dano moral é a dor em sentido mais amplo, abrangendo todos os sofrimentos físicos ou morais, só possível de ser verificada nas pessoas físicas. O ataque injusto ao conceito da pessoa jurídica só é de ser reparado na medida em que ocasiona prejuízo de ordem patrimonial”. (*RT* nº 716/258)

Em idêntico diapasão sustentou o saudoso magistrado Leonello Pedro Paludo, com destacada atuação nesta Comarca: “a autora, em sendo pessoa jurídica, não está afeta ao dano psicológico. Poderia ter sofrido, eventualmente, algum prejuízo com o aponte indevido do título. Assim, caberia indenização por perdas e danos, mas não indenização por dano moral, onde objetiva indenizar a dor da pessoa pela ofensa. Ora, não sofrendo dano psicológico a entidade jurídica não há como se pretender indenizá-la moralmente”. (*Julgados do TARGS* nº 95/242)

“Pessoa jurídica, de regra, não tem afetada sua parte social ou parte afetiva de seu patrimônio moral, que possa reverter em honra, reputação, dor, tristeza, saudade, etc., que propicie indenização por dano moral, máxime quando realiza negócio jurídico ruinoso que lhe cause dano patrimonial”. (*RJTJRS* nº 132/399)

“As pessoas jurídicas só podem ser prejudicadas em suas finalidades, não em sua essência de pessoa: o dano que assim se traduza será sempre dano econômico, inclusive quando se trata do bom nome, da credibilidade pública e da decorrente redução de oportunidades de ganho. O dano à auto-estima, ao amor-próprio, pode eventualmente

alcançar, por via reflexa, os membros de uma sociedade, mas, nesse caso, por estes e em seu favor, tem de ser postulada a correspondente indenização”. (RT nº 734/62)

Arremato: Os danos sofridos pelo demandante, pessoa jurídica, incidiram sobre os seus atributos de conceito, prestígio, credibilidade comercial, nome, segurança, etc., em face de seus consumidores, clientes e do público em geral; devem, em sendo demonstrados, ser ressarcidos a título de dano material e não como o pleiteado dano moral. Sei da dificuldade que seria mensurá-los, até porque o resfriamento dos negócios pode se dar com o passar do tempo; todavia, penso, não deve ser esta razão suficiente para lhes atribuir classificação distinta. A reparação pode, até mesmo, ser feita com a veiculação de mensagem publicitária e informes na imprensa; em reação ao ato ilícito. De qualquer sorte, não pode a indenização ficar adstrita ao estreito binômio dano-reparação. O Juiz deve usar de prudente arbítrio e criatividade.

Por outro turno, com a cautela de não subtrair direitos, não podemos perder da retina o alerta do Des. Décio Antônio Erpen, recriminando a “*indústria do dano moral*” em trabalho de fôlego apresentado na *Revista da AJURIS* nº 73, pp. 65-6, quando em certa altura sentença: “[...] Se analisarmos o contexto desta segunda metade do século no mundo ocidental, veremos que as demandas por dano moral tiveram grande incremento nos países do chamado primeiro mundo, a partir dos anos 60, sendo motivadas por bizarras de toda ordem, verdadeiras extravagâncias jurídicas [...]”.

Derradeiramente, ao apreciar a matéria remanescente, representada pela postulação de dano material, concluo que a sorte uma vez mais não socorre o autor, porquanto ele abdicou de provar as suas alegações. Os acostados balancetes, unilateralmente produzidos e questionados pela parte adversa, não confortam a tese expandida. Examinando-os, vejo que a diminuição do faturamento a partir do mês de dezembro, percebida nos meses de janeiro e fevereiro de 1998, são uma radiografia, se conjugadas, do que ocorreu nos anos anteriores. Por isso, desarrazoada seria expectativa diferente.

Os números por eles retratados obedecem a variações sazonais, em face de notório aquecimento das vendas no período natalino e de uma reiterada retração do mercado nas épocas de férias familiares; salvo, se os fatos se derem em cidade-balneário, litorânea, o que não é o caso da florida Não-me-Toque, carinhosamente chamada de “Jardim do Alto Jacuí”. Ainda que tenham falecido as teses do autor, *mister* é ratificar a antecipação do provimento jurisdicional, ante o silêncio do demandado em relação à inscrição sem prévia notificação em banco de dados e à injustificada não-liberação do bem oferecido em garantia.

Ao exposto, julgo improcedente a pretensão civil proposta por Supermercado Fernando Ltda. contra Banco Meridional do Brasil S. A. Considerando a sucumbência mínima do réu, condeno o requerente a arcar com as custas processuais e pagar ao patrono do requerido honorários de advogado que fixo em 06 URHs, forte nos arts. 20, §§

4º e 21, *caput*, do CPC, considerando o trabalho desenvolvido, a complexidade da causa e o julgamento antecipado da lide.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Não-me-Toque, 23 de junho de 1999.
André Luis de Moraes Pinto, Juiz de
Direito.

Processo nº 15320 – Alvará

Requerente: R. C. C. F.

Juiz prolator: Franklin de Oliveira Netto

Data: 06-08-99

Alvará. Interrupção de gravidez. Má-formação congênita.

Vistos etc.

R. C. C. F., menor, representada por sua mãe, R. S. C. F., requer autorização judicial para interrupção de gravidez. Informa estar aproximadamente na vigésima semana de gestação. Ao realizar exames de ultra-sonografia, constatou-se que o feto padece de anencefalia, má-formação congênita que impossibilita vida após o parto. Com a inicial, vieram os documentos das fls. 04/06.

O Ministério Público requereu perícia, cujos resultados vieram às fls. 15 e 18. Nova ecografia foi realizada. Após, em parecer final, o *Parquet* opinou pelo deferimento da autorização. Designada audiência, a adolescente e seus responsáveis expressaram interesse no acolhimento do pedido. É o relatório.

DECIDO

A matéria trazida à baila é deveras tormentosa na sociedade brasileira. O nosso sistema jurídico (leia-se o vetusto Código Penal) somente admite a interrupção da gravidez se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro. Em que pesem os avanços tecnológicos da medicina e das abalizadas opiniões favoráveis ao aborto eugênico, até hoje o Congresso Nacional não enfrentou resolutamente o problema. Sabe-se de um pro-

jeto que tramita naquelas Casas Legislativas, há anos viajando de escaninhos em escaninhos, sem nenhuma definição à vista.

Enquanto isso, no mundo dos comuns mortais, a vida continua. Hoje em dia, as técnicas de ultra-sonografia estão cada vez mais apuradas. Milhares são realizadas por dia em todo o país. Em algumas delas, infelizmente, a gestante defronta-se com essa dura realidade. Por má-formação congênita conclui-se que o feto não terá condições de vida extra-uterina. São hipóteses em que não há tratamento conhecido, como a anencefalia (falta de cérebro) e a agenesia (falta de rins). Surge naquele momento a necessidade de tomar uma difícil decisão. Permitir o prosseguimento de uma gestação fadada ao insucesso, ou interrompê-la?

Sem embargo de respeitáveis opiniões contrárias, baseadas em sólidas convicções religiosas, alio-me àqueles que entendem cabível coarctar uma gravidez dessa natureza. Essa posição mais consentânea com a realidade vem sendo adotada por vários magistrados em todo o país. Excerto jornalístico da Folha de São Paulo revela que até dezembro de 1996, pelo menos 350 autorizações judiciais haviam sido concedidas naquele estado para interrupção da gravidez em caso de anomalia fetal. “Esse é um exemplo em que a lei ficou defasada frente à realidade criada pelo avanço da

ciência. E o Juiz acaba assumindo o papel de legislador, ao fixar uma regra onde a lei apresenta uma lacuna”. (Editoria: Cotidiano, 08-03-97)

A realidade assim se apresenta. Os hospitais e facultativos, com sobejas razões, se recusam a adotar tais medidas sem prévia autorização judicial. Os Juízes, velando pela preservação da dignidade humana, via de regra, as concede.

Nesse ponto, importante referir valiosas observações de Geraldo Francisco Pinheiro Franco: “A preocupação do legislador pátrio ao vedar o aborto de forma generalizada é a de assegurar, a todo custo, o direito à vida. E sua preocupação é legítima. Mas existem casos, definidos por ele próprio, em que o rigor da lei deve ser afastado, a fim de preservar bem entendido maior: admitiu a lei, há meio século, que o perigo de vida para a mulher autorizava a interrupção da gravidez, independentemente das condições do feto.

Ora, se esse posicionamento, de inegável alcance, sempre foi aceito na sociedade em geral, “por que não se admitir o aborto no caso em que”, por anomalia séria, devidamente evidenciada e constatada por profissionais habilitados, mediante a utilização das técnicas mais modernas da Medicina, “haja certeza da impossibilidade de vida fora do útero materno”?

Além disso, insistir no prosseguimento de uma gravidez sem possibilidades de êxito, como no caso da acrania, quando há vontade contrária da mulher, representa capricho irresponsável, que, a par do sofrimento natural, poderá gerar risco potencial e grave comprometimento psicológico” (ob. cit. *Direito à Vida*

e ao Próprio Corpo, Antônio Chaves, 2ª ed., p. 34). É a hipótese dos autos.

Os exames de ultra-sonografia revelam que o feto é portador de severas anomalias (acrania e anencefalia) que impedem a vida extra-uterina. Dois exames atingiram o mesmo resultado. A análise dos peritos não deixa pairar nenhuma dúvida. Tenho como imperativo ético e de consciência a necessidade de deferir o pedido.

Seria motivo de grande sofrimento para a mãe e para o bebê permitir o término dessa infeliz gestação. Todo esse processo conduziria ao agravamento das seqüelas psicológicas. Por outro lado, há de se perguntar: se o legislador admitiu o aborto necessário, independentemente das condições de saúde do feto, por que não admiti-lo quando inequívoca a impossibilidade de sobrevivência do nascituro?

A jurisprudência é reduzidíssima nessa área, pois, via de regra, tudo se resolve no 1º grau com a lucidez do *Parquet* e o deferimento pelo Judiciário. Um dos casos dissonantes observado foi aquele que resultou no acórdão referido na inicial e nas razões do Ministério Público. Diante da rejeição do Juiz, baseada em uma interpretação ortodoxa e legalista, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais corrigiu a injustiça e autorizou a interrupção de gravidez cujo feto apresentava grave anomalia.

Apesar de ausente espeque legal para esse fim, a construção há de ser feita com base em uma hermenêutica teleológica do sistema jurídico, que não pode andar em descompasso com a constante evolução social. Se o legislador peca por omissão, cumpre ao julgador solucionar

os dramas sociais de acordo com as novas exigências do bem comum. Enfim, não consigo encontrar nenhum argumento capaz de se contrapor ao legítimo propósito de uma mãe que não quer dar à luz uma criança fadada a morrer logo após o parto.

Pelo exposto, defiro o pedido inicial, aos efeitos de autorizar a interrupção da gravidez de R. C. C. F. Nomeio o Dr. F. V., obstetra que acompanha o caso, para tomar as providências neces-

sárias, compromisse-se e intime-se para remeter relatório no prazo de 05 dias. Os pais da gestante deverão representá-la para fins de cumprimento do disposto no art. 54 da Lei dos Registros Públicos. Isento de custas. Com fundamento no art. 22, § 1º, da Lei 8.906/94, arbitro os honorários da Assistente Judiciária em 03 URHs. Intimem-se.

Canela, 06 de agosto de 1999.

Franklin de Oliveira Netto, Juiz de Direito.

Processo nº 00100780031 – Mandado de Segurança

2ª Vara da Fazenda – 1º Juizado – Porto Alegre

Autoridade coatora: Presidente do Instituto da Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS

Juiz prolator: Clademir Missaggia

Data: 23-08-99

Mandado de segurança. Pagamento parcelado e em atraso dos pensionistas. A violação do texto do art. 35 da CE-RS/89, aplicável por isonomia aos pensionistas e aposentados, não impede medidas saneadoras da autoridade administrativa em vista dos problemas orçamentários. Aplicação da teoria das “circunstâncias excepcionais”. Segurança indeferida.

Vistos os autos.

I – Tratam os autos de mandado de segurança proposto por (...) contra ato do Sr. Presidente do Instituto da Previdência do Rio Grande do Sul – IPERGS, qualificados.

Petição inicial. A pretensão do impetrante é que o impetrado seja condenado a: a) efetuar o pagamento integralmente, de uma só vez, a parcela impaga, referente ao mês de maio/99 e até o último dia útil a referente ao mês de junho/99; b) seguir pagando os meses subseqüentes, sempre até o último dia do mês respectivo.

Disse a impetrante que é pensionista do IPERGS; obteve a integralidade da pensão, por meio de ação, com trânsito em julgado; o demandado ao efetuar os pagamentos mensais está parcelando e atrasando-os, lesando o direito líquido e certo da impetrante; o IPERGS paga a parte que a impetrante recebia antes de implantada a integralidade, até o último

dia do mês e o restante pelos dias 14 ou 15 do mês subseqüente; a última parcela, referente a integralidade do mês de maio de 1999, não foi paga até o dia 23-06-99.

Pede a concessão da segurança. Foi indeferido o pedido de liminar, sendo interposto agravo de instrumento. Foi concedido, pela 1ª Câmara de Férias Cível, a liminar pleiteada, através do agravo.

Informações da autoridade coatora.

Esclarece a autoridade coatora que a legislação que determina a integralidade da pensão, em nenhum momento determina a data para a prestação mensal da pensão pelo órgão da Previdência Social; inexistente o calço constitucional que quer a impetrante para embasar seu pedido. Pede a denegação da segurança.

Parecer do Ministério Público. O Ministério Público, por seu agente, opinou pela procedência da ação, com a concessão da segurança, por estar o direito da impetrante assegurado no art. 35 da CE. Relatei.

DECIDO.

II – Dispõe o art. 35 da CE-RS: “O pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos do Estado e das autarquias será realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado”. No dia 10-10-96 o STF julgou, por votação unânime, na ADIn nº 657-6, constitucional o art. 35 e parágrafo único da CE.

O STF tem reafirmado sua posição em outros julgamentos: “Recurso extraordinário. Pagamento de vencimentos. Constituição Estadual que estabelece data-limite para o pagamento de vencimentos, corrigindo-se monetariamente seus valores se pagos em atraso.

“A jurisprudência desta Corte já se firmou (particularmente ao julgar a ADIn nº 176) no sentido de que o estabelecimento, em Constituição Estadual, de data-limite para o pagamento dos servidores estaduais e a determinação de correção monetária, em caso de atraso, não ofendem o princípio da independência dos Poderes, pois não implicam a criação de cargos ou o aumento de remuneração, nem ferem o poder de iniciativa exclusiva do Governador do Estado.

“Ademais, de há muito, e independentemente de lei que a imponha, este Tribunal se manifesta no sentido da incidência de correção monetária sobre os vencimentos pagos em atraso por entender tratar-se de dívida de caráter alimentar; assim, por haver, em última análise, a Constituição Estadual reconhecido esse caráter a tais débitos, não há como pretender-se tenha ela invadido competência privativa da União Federal. Recurso extraordinário não-conhecido”. (RE nº 227758-RN, DJ, de 07-08-98, p. 60, Min. Moreira Alves)

Não há dúvida que o direito vale aos pensionistas e aposentados em razão do princípio da isonomia, pois não há razão bastante para o discrimine. O texto da Constituição gaúcha e a deci-

são quanto à sua constitucionalidade não impede, todavia, que devido a “circunstâncias excepcionais” plenamente justificadas possa a Administração parcelar o pagamento por critério de imperiosa racionalidade orçamentária, como, aliás, é o caso dos autos, desde que o faça com base em justos critérios. No caso, está, a meu ver, caracterizada a excepcionalidade autorizadora do pagamento parcelado e em atraso.

“O Instituto de Previdência do Estado gasta R\$ 4,5 milhões por mês com o pagamento das pensões das filhas solteiras de funcionários que entraram no serviço público até 31-12-74. Os filhos homens só têm direito à pensão até os 18 anos ou até os 24 anos, se estiverem estudando.

O Instituto de Previdência de nosso Estado tem um déficit mensal de R\$ 8 milhões. A arrecadação de R\$ 48 milhões é insuficiente para cobrir os gastos de R\$ 50 milhões com pensões, assistência médica e os R\$ 6 milhões de despesas administrativas. Em 98, o déficit com a Previdência chegou a R\$ 116 milhões. O déficit ficou em R\$ 38 milhões graças aos recursos retirados da assistência médica.¹

“Hoje, as viúvas e filhas de ex-servidores descontam apenas 2% para assistência médica – contra 9% dos demais – e estão ganhando na Justiça o direito de receber o benefício integral. Em um ano e meio, as despesas do IPE com as pensionistas aumentaram 20%, chegando a R\$ 31 milhões mensais”.²

1 – *Jornal Correio do Povo*, de 06-06-99.

2 – *Jornal Zero Hora*, de 08-07-99.

O Rio Grande do Sul é o Estado que mais está gastando proporcionalmente com aposentadorias e pensões (27% da receita corrente líquida). As duas mil maiores pensões pagas pelo Estado consomem mais de um terço da folha de benefícios do Instituto de Previdência do Estado (IPE). Elas representam 5,5% das 36 mil pensões do Instituto, todas com valores acima dos R\$ 3.232,00. Noticia-se que apenas 7.910 das 56.811 pensionistas do Estado já obtiveram na Justiça a integralização dos benefícios.

Poderia dizer, por exemplo – apesar da realidade atuarial e dos dados ora citados –, que este é um problema que o Poder Executivo deve resolver e que o Poder Judiciário deve apenas fazer cumprir a lei. Isto seria apenas transferir a responsabilidade que é de todos. A responsabilidade é do Legislativo e do atual governo, pois, quando na oposição, votavam contra as medidas saneadoras do governo anterior.

Em 1995, o governo mandou projeto de lei para alterar o desconto de 2% para 7,5% para as pensionistas e a oposição comandada pelo PT, PSB e PDT votaram contra. A responsabilidade também é do governo anterior na medida em que tinha a maioria na Assembleia e não fez passar projetos importantes como o referido.

Não está isento de responsabilidade o Poder Judiciário, por suas administrações, que, somente agora, numa atitude corajosa e digna de encômios, corrigiu a distorção, ampliando a base de cálculo do desconto. A esquerda, hoje no

poder estadual, está a pagar o preço de sua atuação quando na oposição.

Sua incompreensão, quanto à questão da crise fiscal, permitiu que, na Assembleia Constituinte, ajudasse a aprovar verdadeiras imoralidades como as regras da estabilidade aos 05 anos dos servidores públicos em geral e dos Defensores Públicos em particular, que não prestaram concurso público.

Sua insistência conservadora com um discurso demagógico faz o partido de ACM – o PFL – parecer de “esquerda” (no sentido que empresto a esta expressão na qual vai imanente a idéia de solidariedade e combate a privilégios) numa série de questões pontuais da reforma previdenciária.

Hoje, há uma consciência se consolidando no sentido de que não é mais possível desconhecer a crise fiscal do Estado, causada pelas distorções da remuneração e das renúncias fiscais, por exemplo. Evidente que não apenas os servidores devem arcar com os custos do saneamento, mas é certo que eles também devem fazer sacrifícios.

A questão é de solidariedade. Não me parece justo que se continue a retirar dinheiro da saúde para o pagamento dos pensionistas, pois 900 mil pessoas dependem da assistência médica do IPERGS.

Vejamos o que disse a jornalista Rosane de Oliveira³: “O uso de recursos da assistência médica para pagar as pensões é uma operação de alto risco. No Rio Grande do Sul, 900 mil pessoas dependem da assistência médica do IPE. Os pensionistas somam 55 mil. O serviço

3 – *Compensação obrigatória*, in *Jornal Zero Hora*, de 08-07-99.

de saúde melhorou nos últimos 04 anos, mas ficará ameaçado se continuar a sangria”.

A autoridade coatora prestou as informações pedidas no despacho inicial, e o quadro é efetivamente de causar pânico (fls. 61-66). Como disse, o sacrifício deve atingir a todos, pois não é possível que milhares fiquem sem garantia à saúde.

O contexto, como se vê, permite a aplicação da “teoria das circunstâncias excepcionais”. A teoria das *circunstâncias excepcionais* ou dos *poderes em crise*, pode-se afirmar, é uma aplicação do velho aforismo *salus populi supraema lex est*. Elaborada pelo *Conseil d'État* durante a 1ª Guerra Mundial, como diz Sérvulo Correia⁴, ela “não representa uma simples aplicação da idéia geral de estado de necessidade nem se esgota em aspectos do regime jurídico do estado de sítio ou do estado de emergência”.

Ainda, com Sérvulo Correia⁵, reproduzo uma idéia geral da temática, perfeitamente aplicável ao caso em exame: “A idéia fulcral da teoria das circunstâncias excepcionais é a de que o fim dos poderes da Administração sobreleva em importância o respectivo teor.

Esse fim é o do asseguramento da ordem pública e do funcionamento dos

serviços públicos. Logo, quando se crie uma situação anormal e exorbitante que impossibilite a Administração de atingir aqueles objetivos agindo em conformidade com a lei, cessam os vínculos habituais na estrita medida do que for necessário para a satisfação do interesse público.

Os efeitos mais freqüentes da ocorrência dos pressupostos de excepcionalidade são o alargamento das competências, a dispensa de formalidades e a possibilidade de praticar atos cujo conteúdo contrarie as normas habitualmente aplicáveis”.

O fundamento da teoria está na necessidade *d'assurer l'ordre public et le fonctionnement des services publics*⁶, o enseja já a invocação da juridicidade contra a legalidade formal, por certo período e dentro de determinado espaço, como é da insistência da jurisprudência do *Conseil d'État*.⁷ Trata-se de uma “legalidade de exceção” que se sobrepõe a uma “legalidade normal” e de um “corretivo” e não uma lacuna da legalidade, na feliz expressão de Laubadère.

Mas a autoridade administrativa adotou critérios justos? Parece-me que sim. A impetrante é funcionária pública e além disso recebe uma pensão de R\$ 12.103,25, a meu ver, baseada em regra

4 – *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 65.

5 – Ob. cit., p. 65.

6 – Laubadère, André de, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 14ª ed., Paris, L. G. D. J., 1996, p. 652.

7 – Cf. Jacqueline Morand-Deviller, *Cours de Droit Administratif*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 1991, p. 234.

hoje revogada pela atual Constituição. É certo que decisão judicial não produz dinheiro, mas poderá, ao menos, permitir uma melhor distribuição dos ônus do problema, cuja responsabilidade é de todos.

É evidente que a autora e outros pensionistas terão transtornos, já que, por certo, assumiram dívidas, mas eles serão menores se compararmos com os problemas e a dura realidade que se avizinham. A medida excepcional deve

ficar restrita a 24 meses, tempo mais do que suficiente para o Governo e oposição tomarem as medidas saneadoras.

III – Isso posto, *julgo improcedente* a ação, ficando mantida a liminar dada em sede de Agravo de Instrumento. Custas pela impetrante. Sem honorários (Súmulas nºs 105 do STJ e 512 do STF).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 23 de agosto de 1999.

Clademir Missaggia, Juiz de Direito.

Processos: 879/040, 963/121, 964/122 – Ações declaratórias de nulidade de transcrição e cancelamento de registro de imóveis e outros

Vara única – Palmares do Sul

Autores: Adjalmo Martins Pacheco, Sinos Incorporações Ltda. e Antares Comércio e Incorporações Ltda.

Ré: Pousada da Praia S. A.

Juíza prolatora: Inajá Martini Bigolin

Data: 10-01-00

Ação reivindicatória de imóvel baseada em nulidade de registro imobiliário duplo. Procedência.

Vistos, etc.

Adjalmo Martins Pacheco, Sinos Incorporações Ltda. e Antares Comércio e Incorporação Ltda. ajuizaram ações declaratórias de nulidade de transcrição e cancelamento de registro de imóveis, tendo o primeiro autor ainda cumulado reivindicatória de imóvel e perdas e danos, todas as três ações contra Pousada da Praia S. A., estando as partes qualificadas nas iniciais.

Os autores alegam possuir a titularidade de terras que também estão escrituradas em nome da ré, apontando as suas origens em aquisições dos herdeiros de Pedro Frutuoso. Impugnam a aquisição da requerida, por serem nulas as transmissões que lhe antecederam, cuja origem é a matrícula nº 42257, do Registro de Imóveis de Osório. Requereram as procedências e anexaram documentos (fls. 02/141, 02/243 e 02/205).

Citou-se a ré, a qual apresentou contestações e reconvenções (fls. 146/153, 257/268 e 214/222). Preliminarmente, na ação interposta por Adjalmo, irressignase com a cumulação de pedidos e a

ausência de consentimento da cônjuge para o ajuizamento da demanda; nas ações propostas por Sinos e Antares diz ser inepta a inicial, pela cumulação de pedidos e pela não-indicação do ato que se pretende a nulidade. No mérito, possui dois títulos sobre a mesma área, sendo um o impugnado, adquirido da Sociedade Nacional de Empreendimentos Imobiliários e outro com origem na venda efetivada por Pedro Frutuoso da Silveira. Ocorreu a prescrição vintenária do ato referido como nulo, tendo a aquisição ocorrido em 04-10-67.

Em sede de reconvenções, impugna os títulos dos requerentes. Os herdeiros de Pedro Frutuoso da Silveira não teriam como vender as terras aos autores, visto que o próprio Pedro, em vida, já as havia negociado com o demandado. Postulou a apresentação dos formais de partilha que originaram os títulos dos demandantes.

Os autores manifestaram-se a respeito das contestações e reconvenções. Adjalmo postulou julgamento antecipado da lide. Sinos e Antares argüíram incidente de falsidade na procuração firmada por Pedro Frutuoso, pois foi acrescido no instrumento de mandato, com tinta diversa, poderes para a venda

de área maior (fls. 253/255, 313/321 e 264/267). Realizou-se prova pericial (fls. 355/365, Sinos; e 303/316, Antares), vindo as partes a manifestarem-se a respeito (fls. 367/368 e 376/379). Adjalmo e Sinos juntaram aos autos cópia dos formais de partilha de Pedro Frutuoso (fls. 280/307 e 533/541). Procedeu-se à apensação dos processos, tendo em vista a conexão.

O Ministério Público exarou parecer conjunto para as três demandas, acostando-o ao processo ajuizado por Adjalmo, opinando pela improcedência das ações e procedência das reconvenções (fls. 325/348). É o relatório. Passo a decidir.

I – Do julgamento antecipado da lide. A hipótese presente nos autos corresponde à previsão do art. 330, inc. I, do CPC, visto que se trata de questão de mérito, de direito e de fato, mas que dispensa a produção de provas em audiência, por estarem esclarecidos os fatos em face das provas documental e pericial já produzidas.

Em que pese ter havido postulação para que fosse repetida a prova pericial, entendendo que a perícia presente nos autos, somada aos demais elementos de prova, é suficiente para a decisão da causa. Ademais, conforme asseverou o Ministério Público, três das quatro partes envolvidas postularam o julgamento na atual fase processual. Nesta seara, Adjalmo, fl. 255, Sinos, fls. 319/322, e Pousada da Praia, fls. 376/379, tendo o agente ministerial opinado no mesmo sentido, fls. 331/332. Por fim, há que se considerar que as presentes demandas versam sobre nulidade de transcrições imobiliárias, cujas certidões estão pre-

sentes nos autos, sendo dispensável a oitiva de partes e testemunhas a este respeito, o que somente protelaria o feito, razão pela qual passo a apreciação da lide.

II – Do incidente de falsidade. A ré alega possuir dois títulos de propriedade sobre a mesma área, sendo um originário na venda procedida por Pedro Frutuoso da Silveira, cuja origem está na procuração datada de 25-03-36, no Distrito de Palmares do Sul, pertencente, à época, para o Município de Osório.

A respeito da referida procuração, Sinos e Antares apresentaram incidente de falsidade, argumentando que teria havido acréscimo de expressões, após findo o objeto da procuração, sendo utilizada tinta diversa. Com essa alteração, houve o acréscimo de toda a Sesmaria da Praia, incluindo área que os autores asseveram possuir a titularidade.

Realizada prova pericial grafodocumentoscópica, o Perito Judicial Paulo Portanova respondeu aos quesitos formulados, nos termos que seguem:

“P. – A procuração outorgada por Pedro Frutuoso da Silveira está adulterada?”

“R. – A procuração outorgada por Pedro Frutuoso da Silveira, em 25-03-36, constante do Livro nº 05, relativo ao então 6º Distrito de Osório, Palmares do Sul, às fls. 20/20v., perante o Escrivão Distrital Thomaz de Aquino O. Brum, ao Sr. Domingos Rodrigues Saraiva e anexada em cópia xerox aos autos da ação declaratória de nulidade de transcrição e cancelamento de registro de imóveis, nº 963/121, da Comarca de Palmares do Sul-RS, às fls. 272 e 273,

apresenta um trecho manuscrito intercalado entre os dizeres originais grafados no verso da fl. 20, após a palavra ‘convier’, presente na 7ª linha e iniciando com um ponto e finalizando com ‘[...] ilimitados poderes.’, *caracterizando-se, perfeitamente, em documento forense, uma alteração aditiva, por acréscimo.* (Grifei)

“P. – Onde se verifica *digo* não está claro que o aditivo foi escrito por outra pessoa, não por quem lavrou a procuração?”

“R. – Tanto as partes originais (início e fim) como o trecho medial intercalado na fl. 20v. foram produzidos por um só e mesmo punho escritor e, conforme nossas pesquisas, punho este pertencente ao Escrivão Distrital Thomaz de Aquino O. Brum”. (fls. 355/365)

O Senhor Perito ainda esclareceu que a cópia acostada ao processo corresponde ao original, no qual, conseqüentemente, também consta o acréscimo referido no incidente de falsidade. Desta forma, certo é que a ré não adulterou a procuração originária de seu título. Portanto, se houve alguma adulteração, esta foi efetuada no texto do documento original e por parte do Escrivão Distrital Thomaz de Aquino O. Brum, cuja letra foi reconhecida, pelo Senhor Perito, em toda a extensão do documento submetido à perícia, razão pela qual há que se reconhecer que não houve falsidade material na procuração.

Poder-se-ia cogitar de falsidade ideológica, o que não restou ventilado pelas partes no processo. Neste sentido, brilhante a exposição do agente ministerial: “Assim, considerando que a procuração é datada de 25-03-36, e que o

trecho inserido com uma caneta diferenciada consta no original, e também foi de autoria do Escrivão Distrital responsável pela lavratura do instrumento, é de se concluir que não houve falsidade material, podendo, eventualmente, ter ocorrido falsidade ideológica, com o acréscimo, por parte do escrivão, de declaração diversa daquela emanada pelo outorgante. Porém, esta prova não veio aos autos, o que é compreensível ante a dificuldade de se comprovar a vontade de Pedro Frutuoso expressada no ano de 1936.

“Desta sorte, restando apenas a possibilidade de ter sido efetivada uma falsa declaração por parte do Escrivão, possibilidade que não restou comprovada nos autos, a decisão do incidente de falsidade só pode ser no sentido de reconhecer a autenticidade do documento, visto que o incidente de falsidade não se presta para a discussão da existência do falso ideológico, consoante se infere da seguinte ementa: ‘O processo incidental de falsidade não é o meio apropriado para a prova de falsidade ideológica do documento’. (AC nº 44.284, da Capital, Rel. Newton Trisotto, apelante: Amaro de Barros Vieira, apelado: Município de Florianópolis, Câmara Cível Especial do TJSC, publicado no *DJ* nº 9.689, de 20-03-97)” (fls. 334/335)

Desta forma, improcede o incidente de falsidade, no tocante à procuração firmada por instrumento público, juntada às fls. 272/273 do processo ajuizado por Sinos.

III – Da falsidade dos demais documentos. Os documentos juntados pela Pousada da Praia, em suas contestações e reconvenções, que foram impugnados

pelos autores, já haviam sido juntados por estes em suas iniciais. Destarte, os requerentes impugnaram documentos que já teriam anexado ao processo anteriormente. Ademais, nos termos da promoção ministerial, se falsidade houvesse, seria ideológica, cuja discussão não é cabível incidentalmente, razão pela qual rejeito as impugnações, no tocante à documentação acostada aos autos.

IV – Das preliminares. 1. Cumulação de pedidos. A ré Pousada da Praia irresignou-se com o rito processual adotado por Adjalmo Martins Pacheco, que cumou vários pedidos dentro de um mesmo processo. Cumpre ressaltar que, mesmo não tendo havido postulação das partes, as três ações, ora sentenciadas, seguiram o rito ordinário, tendo havido o apensamento em face da conexão. Neste sentido, o art. 292 do CPC: “Art. 292 – É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

“§ 1º – São requisitos de admissibilidade da cumulação: I – que os pedidos sejam compatíveis entre si; II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

“§ 2º – Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário”.

No caso dos autos, os requisitos de ambos os parágrafos foram atendidos, observando-se que o rito adotado, conforme supra-referido, foi o ordinário. Preliminar rejeitada.

2. *Falta de outorga uxória.* Ainda no tocante à ação ajuizada por Adjalmo, a ré arguiu a ausência do consentimento da cõnjuge para o ajuizamento da ação, havendo inobservância do art. 235, inc. II, do CC. Manifestando-se a respeito, o autor referiu que “a outra preliminar refere-se à falta da outorga uxória, a qual entendemos ser desnecessária, em razão do autor estar reivindicando, não gravando bens, estar pleiteando a nulidade de transcrição da ré, nulidade de um loteamento e, ainda, estar reivindicando a reparação de danos. Mas, se necessário fosse, para anular o processo, conforme tem entendido jurisprudência pacífica do País, somente o cõnjuge preterido é parte legítima para arguir a falta de consentimento”. (fl. 253)

Em que pese haver entendimento jurisprudencial em contrário, entendo que assiste razão ao autor, uma vez que incumbe ao cõnjuge preterido a referida postulação: “A falta de outorga conjugal constitui nulidade relativa e somente pode ser alegada pelo cõnjuge preterido (RTJ nº 82/419; RT nºs 599/199 e 530/231; RJTJSP nºs 91/238 e 66/167; RJTAMG nºs 40/237 e 20/172)”. (*Código de Processo Civil Comentado*, Nelson Nery Júnior, 3ª ed., p. 277) Pela fundamentação supra, deixo de acolher a presente prefacial.

3. *Inépcia das iniciais.* Improcede a preliminar de inépcia das iniciais levantada pela ré, com o argumento de que as autoras Sinos e Antares não teriam especificado a nulidade da transcrição, para que houvesse o cancelamento do registro. Neste tocante, adoto a manifestação do Ministério Público: “Ora, os pedidos apresentados por Antares e Sinos Incorporações são certos e determinados,

consistentes na declaração de nulidade e cancelamento da transcrição nº 42257, do Registro de Imóveis de Osório. Da mesma forma, é de clareza solar a causa de pedir consistente no fato de que os transmitentes da gleba de terra à Sociedade Nacional de Empreendimentos Imobiliários não terem adquirido, por herança de Felicíssimo Antunes Monteiro Pinto, a referida propriedade. Assim, por constar das iniciais os devidos pedidos, bem como a causa de pedir, fica afastada a arguição de inépcia, nos termos do art. 284, parágrafo único, inc. I, do CPC” (fl. 338)

V. *Do mérito*. Precipualemente, cumpre ressaltar que o julgamento da presente demanda não envolve apenas as quatro partes qualificadas nas exordiais, mas, sim, centenas de famílias que adquiriram terrenos e estão aguardando a decisão, a fim de regularizarem seus imóveis ou buscarem judicialmente o direito que a lei lhes confere.

Apesar de aparentemente ser injustificável a demora, de 09 anos, para o deslinde das ações ora apreciadas, salientando que lapso de tempo transcorrido se deu, em especial, pela atuação das partes em juízo, as quais tumultuaram o feito, com a injeção de infundáveis petições, especialmente por parte dos requerentes, resultando em volumosos processos, se considerada a singularidade da questão meritória.

Destarte, em que pese o número de laudas constantes dos três processos, a questão de mérito a ser apreciada é apenas uma para todas as partes, e diz respeito à validade, ou não, de títulos de propriedade imobiliária trazidos ao processo, visto que autores e réu pos-

suem títulos sobre as mesmas áreas. Neste sentido, considerando-se que estão sendo sentenciadas ações e reconvenções, todas as certidões imobiliárias merecem apreciação, até porque a validade ou nulidade de uma poderá acarretar conseqüências nas demais, considerando-se que existe triplicidade de registros.

As iniciais visam ao decreto de nulidade e conseqüente cancelamento da transcrição nº 42.257, do Registro de Imóveis de Osório, cuja origem está na matrícula nº 74.899. Os autores alegam que os transmitentes originários não receberam a referida área no inventário de Felicíssimo Antunes Monteiro Pinto, de modo que não poderiam tê-la transmitido à Sociedade Nacional de Empreendimentos Imobiliários Ltda. Além disso, segundo os autores, sequer Felicíssimo possuía a propriedade das terras.

Tais alegações restam elucidadas e confirmadas pela cópia do inventário de Felicíssimo (fls. 67/84, ação ajuizada por Adjalmo), denotando-se que a origem da transcrição da propriedade da Pousada da Praia foi viciada e, conseqüentemente, também o foram todos os atos imobiliários que sucederam, formando uma cadeia registral que perdura há mais de 20 anos.

Neste sentido, o ato originário de transcrição é nulo, entretanto, conforme bem asseverou o ilustre Promotor de Justiça: “não pode declarar-se tal nulidade e conseqüente cancelamento da transcrição, em face do decurso integral do prazo prescricional estabelecido no art. 177, 1ª parte, do CC, devidamente argüido pelo contestante”.

No caso dos autos, o inventário de Felicíssimo data de 1893, tendo a SNEI procedido à suposta compra da propriedade e efetuado a venda para sucessivos adquirentes, até se chegar na aquisição do réu. Desta forma, houve a solidificação dos atos por cerca de um século, sendo realizadas transações imobiliárias com base em um registro que, irrefutavelmente, era nulo em sua origem.

Portanto, inequívoca a ocorrência de nulidade de pleno direito, hipótese em que o prazo da *prescrição* é de 20 anos. Caio Mário da Silva Pereira a propósito leciona: “A doutrina tradicional tem sustentado que, além de insanável, a nulidade é imprescritível, o que daria em que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico: *quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest*. É freqüente a sustentação deste princípio, tanto em doutrina estrangeira quanto nacional. Os modernos, entretanto, depois de assentarem que a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade a exceção (ver nº 121, *infra*), admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de *prescrição* a faculdade de atingir o ato nulo.

Nosso Direito positivo não desafia desta concepção. Estabelecendo que os direitos reais prescrevem em 10 e 15 anos, e os de crédito em 20 (CC, art. 177), o legislador brasileiro, em essência, enunciou a regra, segundo a qual

nenhum direito sobrevive à inércia do titular, por tempo maior de 20 anos. Esta *prescrição longi temporis* não respeita a vulnerabilidade do ato nulo, e, portanto, escoados 20 anos do momento em que poderia ter sido proposta a ação de nulidade, está trancada a porta, e desta sorte opera-se a consolidação do negócio jurídico, constituído embora sob o signo do desrespeito à ordem pública”. (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 10ª ed., p. 441)

Para J. M. Carvalho dos Santos, prescreve em 30 anos (hoje 20) a nulidade absoluta de um ato jurídico. São suas palavras textuais: “A *prescrição* de curto prazo, 04 anos no Direito brasileiro, só se aplica às ações que visem à anulação do ato, em virtude de uma dessas nulidades chamadas relativas. A *prescrição* da nulidade do ato, que importa na inexistência da convenção, é de 30 anos e, findo esse prazo, consolida-se juridicamente a situação de fato”. (Pacífico Mazzoni, *ob. cit.*, II, nº 211)

Além da doutrina, a jurisprudência segue a mesma orientação, no sentido de a *prescrição* dos atos absolutamente nulos ocorrer após o transcurso de 20 anos. Exemplos dessa orientação são os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 10.038-MS, Rel. Min. Dias Trindade). E ainda o julgado cuja ementa segue: “Nulidade de ato jurídico. *Prescrição*. Interrupção (art. 172, inc. V, do CC). Tratando-se de alegação de nulidade de pleno direito, o lapso prescricional é de 20 anos. [...]” [REsp nº 10.138-0-MG, 4ª Turma, STJ, 1992 (Registro nº 91.7164-1)]

Destarte, em que pese o ato originário, do título da ré, estar eivado de

nulidade absoluta, o transcurso do tempo operou a prescrição, solidificando-se a aquisição da requerida em face do passar dos anos. Ademais, muitas outras relações ocorreram durante estas décadas, envolvendo centenas de outras pessoas que seriam prejudicadas caso fosse declarada a nulidade de uma transcrição originada há cerca de um século.

Destarte, ainda que nulo o título de transcrição da ré, em sua origem, tal nulidade está escoimada pela prescrição. Mesmo a nulidade sendo de pleno direito, está ela prescrita, pois não há ação imprescritível. A prescrição máxima, conforme referido pela doutrina e jurisprudência supra, em se tratando de questão patrimonial, é de 20 anos, não se justificando a doutrina da imprescritibilidade dos atos *nulos*.

Portanto, im procedem os pedidos constantes das iniciais, no tocante à declaração de nulidade de transcrição e cancelamento de registro de imóveis. Conseqüentemente, ficam prejudicados os pedidos cumulados por Adjalmo, de reivindicatória de imóvel e perdas e danos. Com relação à reivindicatória, cumpre ainda ressaltar que para lograr êxito, deveria o reivindicante demonstrar legítima propriedade atual sobre o imóvel, no sentido de que deve ser julgada improcedente ação de reivindicação se o autor não faz prova conclusiva do alegado domínio, ainda que o réu nada prove.

Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência dos nossos tribunais: “A ação de reivindicação, para vingar, exige que o autor prove, de modo escorreito e completo, o seu domínio sobre a coisa que reclama. Tratando-se de domínio

derivado, cumpre-lhe, ainda, demonstrar que aquele de quem houve a gleba era dela proprietário ao tempo da transferência”. (RT nº 303/184)

Carvalho dos Santos, escrevendo sobre a reivindicatória, assinala que: “Ao autor incumbe provar o seu domínio sobre a coisa, pois a propriedade é o fundamento da ação”. (*Código Civil Interpretado*, vol. citado, p. 283) E adiante, cuidando das defesas que o réu pode alegar, menciona, entre outras: “c) seu próprio domínio, ou que o título é igual ao do autor, ou melhor que o dele; d) que o título do autor fora logo vicioso em seu princípio; e) que o título do autor é *nulo* de pleno direito ou nula é a transcrição do título, nulidade que deverá ser pedida em reconvenção”.

Nos termos desta doutrina, a ré Pousada da Praia teceu suas contestações e reconvenções, alegando que os autores não possuíam domínio, uma vez que os títulos foram adquiridos de forma viciosa desde sua origem, sendo nulas suas transcrições. Procedeu a requerida nos termos disciplinados pela jurisprudência: “O réu pode alegar também, e a hipótese é mais freqüente, que o título do autor fora viciado em seu princípio, ou que é *nulo* de pleno direito, ou nula é a transcrição. É bom que se diga que o réu pode fazer simples alegação, como também demandar, pleiteando a declaração de nulidade ou anulação do título ou da transcrição. Mas, nessa hipótese, deve usar da reconvenção ou da declaratória incidental, pois não pode o Juiz, mediante simples alegação de defesa, declarar *nulo* ou anular o título ou a transcrição, embora exista prova dessa circunstân-

cia. Pode, é lógico, com fundamento nisso, julgar improcedente a ação. Mas a sentença não tem força para anular o registro ou o título, a menos que, como dito, o réu use da reconvenção ou da declaratória incidental”. (AC nº 25.217, 4ª Câmara, TJSC, Rel. João José Schaefer)

Portanto, cabível a análise dos títulos de transcrições dos autores, em face das reconvenções. A este respeito, razão integral assiste ao Ministério Público, cujo teor de sua promoção passo a reproduzir: “Via reconvenção, a requerida impugna os títulos de propriedade dos autores, asseverando que os herdeiros de Pedro Frutuoso da Silveira não receberam a área designada como ‘Potrerinho’, visto que Pedro Frutuoso havia vendido a área ainda em vida, consoante documentos das fls. 271/273 do Processo nº 963/121.

“Desta forma, tem como nulos os atos registraes referentes à aquisição desta gleba de terra por parte dos herdeiros de Pedro Frutuoso, como também, e principalmente, as matrículas abertas referentes a transcrição da propriedade por parte destes herdeiros aos autores-reconvindos, bem como os posteriores atos registraes. Registra que estas nulidades não foram fulminadas pela prescrição, já que os atos registraes, inicialmente inquinados de nulo, datam de maio de 1983.

“Em última análise, requer a declaração de nulidade das matrículas nºs 77542 e 98426 do Registro de Imóveis da Comarca de Tramandaí (fls. 32/33 do Processo nº 879/040 e fl. 45 do Processo nº 963/121), matrículas nºs 77541 e 95131, também do Registro de Imóveis de Tramandaí, bem como as matrículas nºs 00557 e 00558 do Registro de Imóveis

de Palmares do Sul (fls. 43/48 do Processo nº 963/121), também as matrículas do Registro de Imóveis de Tramandaí nºs 74207 e 77539, como as de nºs 00624 e 00556 do Registro de Imóveis de Palmares do Sul (fls. 37/41 do Processo nº 964/122).

“Os autores-reconvindos, em suas respostas às reconvenções, suscitaram a falsidade do documento procuratório, objeto do incidente de falsidade (item 02 *supra*), sustentando que Pedro Frutuoso da Silveira não vendeu a integralidade da área que possuía na área descrita como ‘Potrerinho’ (matrícula nº 5047 – ver fl. 306 do Processo nº 879/040), objeto do litígio entre as partes.

“Independente da decisão do incidente de falsidade documental (item 02 *supra*), bem como da declaração se a venda efetivada por Pedro Frutuoso da Silveira para Verônica Josepha Andreata (fl. 271 do Processo nº 963/121) foi da integralidade das terras do lugar denominado ‘Potrerinho’ – o que não é objeto das ações nem foi requerida incidentalmente –, a procedência das reconvenções se impõe. Esta conclusão vem dos requerimentos efetivados pelo réu-reconvindo, o qual solicitou que os autores-reconvindos apresentassem os documentos extraídos do inventário de Pedro Frutuoso da Silveira que deram origem aos registros dos herdeiros deste. A este requerimento os autores-reconvindos procuraram criar óbices, atendendo mediante a ameaça de extinção do processo (fls. 459 do Processo nº 963/121).

“Agora, analisando-se os documentos referentes ao inventário de Pedro Frutuoso da Silveira (fls. 280/307 do

Processo nº 879/040, fls. 533/537 do Processo nº 963/121 e fls. 355/368 do Processo nº 964/122) e, principalmente, a petição de sobrepartilha dos bens deixados por Pedro Frutuoso da Silveira, firmada por Sinos Incorporações Ltda. (fls. 538/541 do Processo nº 963/121), sabe-se o porquê de os autores terem evitado a colação destes documentos. Resta evidente que no inventário de Pedro Frutuoso da Silveira, realizado no ano de 1937, não foi partilhado o imóvel que este possuía na localidade denominada 'Potreirinho', restando comprovadas as assertivas do réu-reconvindo, ou pelo menos reforçada a tese de que Pedro Frutuoso vendeu a integralidade das terras na localidade denominada 'Potreirinho', quando ainda era vivo.

“Além da fácil constatação de que o imóvel descrito nos títulos de propriedade das autoras não constou do inventário de Pedro Frutuoso da Silveira, bastando a simples leitura dos bens partilhados (ver Formal de Partilha das fls. 533/537 do Processo nº 963/121), a autora Sinos Incorporações Ltda., ao juntar petição de sobrepartilha, protocolada na Vara Cível da Comarca de Osório (fls. 538/541), acaba confessando a não-inclusão, no inventário, das áreas referentes ao 'Potreirinho'. Diante destas constatações, verifica-se que, a exemplo do título da empresa-ré, os títulos de propriedade dos autores também são viciados na origem, visto que não há explicação plausível para a abertura das matrículas nº 77542 (fl. 32 do Processo nº 879/040 e fl. 45 do Processo nº 963/121), nº 77541 (fl. 43 do Processo nº 963/121), nº 74207 e nº 77539 (fls. 37/39 do Processo nº 964/122), todas do

Registro de Imóveis da Comarca de Tramandaí, já que os herdeiros de Pedro Frutuoso da Silveira não adquiriram, por força do inventário deste, as áreas localizadas no lugar denominado 'Potreirinho'.

“Assim, pelos mesmos argumentos utilizados pelos autores, nas peças iniciais, relativos a nulidades dos atos registrais, ante a efetiva comprovação de que falta suporte fático para a abertura das matrículas supramencionadas, as quais não têm origem no inventário de Pedro Frutuoso da Silveira, consoante afirmado pelos autores, impõe-se a procedência dos pedidos reconventionais. Destaca-se que ao se efetivar a abertura das matrículas nºs 77542, 77541, 74207 e 77539 iniciou-se uma seqüência registral que não encontra a devida origem, infringindo o sistema basilar de todo o sistema imobiliário brasileiro, consubstanciado na continuidade dos registros. Como estes atos nulos foram praticados em janeiro e maio de 1983, ou seja, ainda dentro do período prescricional das ações que versam sobre direitos reais, deve-se decretar a nulidade destas matrículas, bem como as que lhes têm como origem, tais como as de nºs 98426 e 95131, também do Registro de Imóveis de Tramandaí, e nºs 00624, 00556, 00557 e 00558, do Registro de Imóveis de Palmares do Sul.

“Diante do apresentando, o Ministério Público opina pela procedência das reconvenções constantes dos autos nºs 879/040, 963/121 e 964/122, declarando-se a nulidade dos títulos de propriedade dos autores-reconvindos, bem como de suas viciadas origens”. (fls. 345/348)

Desta forma, as transcrições dos autores merecem a declaração de nulidade, visto que suas origens foram viciadas, sendo desrespeitado o princípio da continuidade dos atos registraís. Por outro lado, não houve a incidência do decreto prescricional, razão pela qual é cabível o cancelamento junto aos Registros Imobiliários de Palmares do Sul e de Tramandaí. Nesta seara: “A transcrição não purga os vícios da escritura, pois *nulo* sendo o título, por falta de elemento essencial à sua validade, nula será a transcrição. Do contrário converter-se-ia o *registro* em seguro porto à pirataria imobiliária, legalizando o ilícito, validando a fraude e acobertando o grilo”. (RF nº 203/210)

Resolvida a questão dos títulos dos autores, cumpre ressaltar que a ré, confessadamente, dispõe de dois títulos de transcrição, originários de sua alegada propriedade, subsistindo, ainda, o problema da duplicidade frente aos seus documentos. A este respeito, declarou: “A respondente Pousada da Praia S. A. tem dois títulos de origem, todos com mais de 20 anos, nunca contestados, conforme passa a expor: Pedro Frutuoso da Silveira outorgou procuração pública a Domingos Rodrigues Saraiva, instrumento lavrado no então 6º Distrito de Osório, hoje Palmares do Sul, em 26-03-36, para a alienação de uma fração de terras de propriedade do outorgante na Sesmaria da Praia, lugar denominado Potreirinho, neste Distrito, todo ou em parte etc., doc. anexo.

“Por escritura pública registrada no Registro de Imóveis de Osório, Livro nº 3-G, fl. 82, nº 4.750, de 28-04-36, Pedro Frutuoso da Silveira, através do seu

mandatário, alienou a dita Fazenda do Potreirinho à Verônica Josepha Andreatta, documento anexo. Convém destacar que o mandatário de Pedro Frutuoso da Silveira, Domingos Rodrigues Saraiva, foi o inventariante do mandante, fls. 97 e ss., que não descreveu a Fazenda do Potreirinho, porque anteriormente a havia alienado por mandato à Verônica Josepha Andreatta.

“Quando a respondente tomou as iniciativas preliminares para ocupar a Fazenda do Potreirinho, surgiu a Sociedade Nacional de Empreendimentos Imobiliários Ltda. com um registro constante do Registro de Imóveis de Osório, Livro nº 3-AS, fl. 148, de 04-01-67, nº 42.257, como adquirente da mesma área, a Fazenda do Potreirinho, doc. anexo, porém, por outra origem. Independentemente de qualquer indagação, isto é, de origem dessa aquisição da Sociedade Nacional de Empreendimentos Imobiliários, porque esta exercia a posse, a Embraflor adquiriu a Fazenda do Potreirinho por escritura lavrada em 28-07-83, documento anexo”. (fls. 261/262, Processo nº 963/121, Sinos)

Nesta seara, evidentemente que, mesmo havendo a incidência da prescrição com relação a ambas as origens, não se pode admitir que a demandada continue a dispor de dupla titularidade, pois se assim o for, poderão ocorrer negociações dúplices sobre os mesmos imóveis. Além disso, a Lei dos Registros Públicos é taxativa no sentido de não admitir a duplicidade, em face dos efeitos nefastos que a mesma poderia causar.

Para a presente hipótese, entendendo que a regra a ser seguida é a da prioridade. Mesmo ciente de que a regra da

prioridade registral, isto é, a preferência pelo lançamento anterior, ocorre em títulos com a mesma origem, entendo que um dos títulos da ré Pousada da Praia deva ser cancelado e, no caso concreto, o mais recente, tornando-se a salientar que o título mais antigo está coberto pela prescrição. Como há, neste caso, duplicidade de registros em nome da Pousada da Praia, esta não sofrerá nenhum prejuízo concreto, pois continuará com a titularidade sobre a área.

No tocante à duplicidade de registros e o princípio da prioridade: “Duplicidade de Registros. Prioridade. Havendo duplicidade de registros em relação ao mesmo imóvel, o conflito se resolve com base no princípio da prioridade, segundo o qual tem preferência o lançamento cronologicamente anterior. A correta aplicação deste postulado exige porém que se desloque a competição dos títulos para o plano de sua procedência, a fim de verificar qual deles tem origem legítima. Assim, uma vez comum a origem da contraditoriedade, daí bifurcando-se filiações registrais complexas, a verificação da prioridade se faz com relação aos títulos em que figure como transmitente o alienante comum, e não isoladamente sobre os que ocupam o último posto das seqüências dominiais.

“A anterioridade registral de uma deles define a legitimidade da respectiva linha filiatória. A outra será espúria, dado que forçosamente resultará, nesse contexto, de uma venda a *non domino*. Como consequência, deve ser decretado, inclusive de ofício, o cancelamento do(s) registro(s) sem validade, independentemente de prévia desconstituição do

título causal, a teor do art. 214 da Lei dos Registros Públicos”. (AC nº 23.867, Balneário Camboriú, Des. João Martins, 1ª Câmara Civil, *DJESC* nº 8.660, p. 05, 12-01-93)

E ainda, o teor do corpo do acórdão, dispondo sobre a matéria: “No sistema jurídico brasileiro, a transferência da propriedade (ou domínio) do imóvel se realiza somente com o registro do respectivo título. Na hipótese de ocorrência de dois *registros* em relação ao mesmo imóvel, a partir do mesmo vendedor-proprietário, estabelecendo com isso contraditoriedade de direitos, prevalecerá aquele lançado cronologicamente em primeiro lugar (independentemente da data do respectivo título). É princípio da prioridade.

“Como ensina Afrânio de Carvalho: ‘O princípio da prioridade significa que, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, estes não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento: *prior tempore potior jure*. Conforme o tempo em que surgirem, os direitos tomam posição no registro, prevalecendo os anteriormente estabelecidos sobre os que vierem depois’. (*Registro de Imóveis*, 3ª ed., Forense, RJ, 1982, p. 217)”

Ante o exposto: 1. Julgo extintas as ações ajuizadas por Adjalmo Martins Pacheco, Sinos Incorporações Ltda. e Antares Comércio e Incorporações Ltda., com julgamento de mérito, declarando a prescrição das postulações, nos termos do art. 269, inc. IV, do CPC; 2. Julgo procedentes as reconvenções apresentadas pela Pousada da Praia S. A., decla-

rando a nulidade dos títulos dos autores-reconvindos, bem como de suas origens viciadas e conseqüente cancelamento dos registros de imóveis; 3. Declaro a nulidade da transcrição e determino o conseqüente cancelamento do registro de imóveis, no tocante ao segundo título adquirido pela ré Pousada da Praia, a fim de se evitar duplicidade de registros.

Tendo em vista que a ré decaiu de parte mínima de seu pedido, condeno os autores no pagamento das custas

processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10 URHs, com condenação em partes iguais nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC. Atendendo à promoção ministerial, oficie-se à Comarca de Osório, enviando-lhe cópia da presente decisão.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Palmares do Sul, 10 de janeiro de 2000.

Inajá Martini Bigolin, Juíza de Direito Substituta.

Processo nº 11.003 – Sentença Cível
Comarca de Soledade – 1ª Vara Judicial
Autores: A. C. S., B. S. K. e B. S. K.
Réu: Marciano Alencar Scherner
Juíza prolatora: Vanise Rohrig Monte
Data: 21-01-00

Ação indenizatória. Acidente entre veículos. Culpa concorrente. Veículo em nome de terceiro. Salário mínimo como parâmetro quando ausentes outros elementos informadores. Quantum indenizatório. Dano moral e critérios de dimensionamento.

Vistos, etc.

A. C. K., representando seus filhos menores B. S. K. e B. S. K., ingressou com a presente ação de indenização contra Marciano Alencar Scherner, todos já qualificados à fl. 02 da inicial, visando à condenação do requerido ao pagamento do valor correspondente a: a) 504 salários mínimos a título de perdas e danos, bem como indenização pelos danos no veículo no valor de R\$ 3.500,00; b) 50 salários mínimos mensais a título de pensão, devendo esta se estender até que o falecido completasse 72 anos de idade (ou seja, até o ano de 2.036), equivalendo hoje a R\$ 56.448,00; c) R\$ 50.000,00 de indenização a título de danos morais; e d) honorários advocatícios, custas processuais, juros e correção monetária sobre os valores pleiteados. Atribuiu à causa o valor provisório de R\$ 109.948,00.

Os autores disseram que em data de 16-08-95, pelas 03h, na BR-386, em frente à empresa Preto Veículos, nesta cidade de Soledade, o caminhão *Mercedes-Benz*, placas IBR3079, chassi 32105710047967,

de propriedade de Marciano Alencar Scherner, dirigido pelo próprio, colidiu frontalmente com o veículo *VW Gol* placas AG7440, causando a morte instantânea de E. C. K., companheiro e pai dos autores, respectivamente.

Conforme os autores, a vítima transitava normalmente com seu veículo em sua pista de rolamento quando foi abalroado de frente, em flagrante desrespeito às normas de trânsito; tal comportamento provocou o acidente que resultou na colisão dos dois veículos, ocasionando a morte instantânea de E., como também destruiu totalmente o *Gol*. O réu teria agido com grande irresponsabilidade, ocasionando o acidente. Foi instaurado o competente inquérito policial, remetido ao Poder Judiciário, ocasião em que foi denunciado pelo Ministério Público o condutor e proprietário do caminhão, o qual encontra-se em tramitação na 2ª Vara desta Comarca de Soledade, tombado sob nº 7.103.

Os autores alegam profundo sofrimento causado pelo acidente aos familiares da vítima, que perderam um ente querido e quem sustentava a família. Relacionaram os fundamentos jurídicos que amparam sua pretensão, assim como jurisprudência que reconhece o direito dos autores a serem indenizados, tanto pelo dano material, quanto moral, substanciado na morte da vítima, seu

companheiro e pai. Os autores requereram assistência judiciária gratuita, a qual foi deferida (fl. 49). Instruíram a inicial com documentos (fls. 17 a 48).

Citado, o réu apresentou contestação (fls. 51 a 54), alegando que o acidente se deu por culpa da vítima, que trafegava em alta velocidade e imprudentemente, vindo em direção ao caminhão. Este, tentando evitar o acidente, manobrou o caminhão para sua esquerda, quando a vítima retornou brusca-mente para sua mão de direção. Relatou que o exame toxicológico da vítima atestou positivo para cocaína e maconha. Quanto ao pedido de perdas e danos do veículo, disse ser improcedente, visto que o automóvel não seria de propriedade do *de cuius*, não havendo legitimidade por parte dos requerentes para pleitearem a indenização. O pedido de indenização, correspondente a 50 salários mínimos, também foi atacado, pois não há provas do valor do salário, apenas alegações. Além do fato de que a expectativa de vida média do brasileiro ser de 65 anos de idade, também não podendo prosperar tal pedido.

O réu alegou ainda que não é devedor de danos morais, pois este tem um caráter punitivo para o ofensor, e, no caso, não causou o acidente. Referiu que não deve ser condenado a pagar honorários advocatícios, bem como as custas e juros, pois tais pretensões são totalmente infundadas. Requereu que fosse oficiado ao INSS para informação se os requerentes são beneficiários de algum tipo de pensão; requereu também que os autores sejam declarados litigantes de má-fé, na forma dos arts. 16 e ss. do CPC. Postulou a condenação dos requerentes ao pagamento das custas e

honorários advocatícios. Relacionou jurisprudência que reconhece e absolve o réu quando há culpa da vítima. Instruiu a contestação com os documentos das fls. 55 a 63.

Na réplica (fls. 67 a 68), os autores rebateram os argumentos do réu, dizendo serem totalmente descabidas suas alegações. Que a vítima era proprietária do veículo, que o valor postulado referente à pensão mensal é baseado no que a vítima ganhava na época de seu falecimento. Alegou que os fatos expostos pelo requerido não têm respaldo jurídico.

Em audiência de instrução e julgamento, foram tomados os depoimentos pessoais do réu e da autora A., inquirida uma testemunha arrolada pela parte-autora, sendo que o requerido desistiu da oitiva de uma testemunha. O requerido pediu a juntada das fotografias coloridas extraídas do inquérito policial. Foi deferido o pedido de perícia, ficando a cargo do réu providenciá-la (fls. 76 a 82v.). Acostados documentos das fls. 83 a 91. O laudo pericial foi acostado às fls. 93 a 95 e impugnado pela parte-autora (fls. 97 a 98), com o fundamento de não ter sido realizado por técnico qualificado para isso, além de ter sido extremamente parcial, requerendo que fosse considerado apenas o levantamento realizado pela Polícia (fl. 56), que demonstraria o que realmente aconteceu.

O depositário do veículo acidentado requereu alvará judicial para liberação do veículo com a finalidade de vendê-lo ao ferro-velho para abater o valor da permanência do veículo em seu estabelecimento, além do transporte dos destroços (fl. 100). O Ministério Público, em seu parecer, disse não ser possível

a venda do carro antes do encerramento do processo e sem a concordância das partes, manifestou-se pela designação de audiência de instrução e julgamento e pela intimação das partes quanto ao pedido do depositário (fl. 103).

Os autores, manifestando-se a respeito do pedido do depositário, alegaram ser muito alto o preço cobrado pelas despesas de guincho e depósito, sendo que não têm recursos para pagar, não tendo nenhuma oposição à venda do bem, mas postularam a avaliação por outra empresa (fl. 106). O requerido manifestou-se pela improcedência do pedido do depositário, pois além do ínfimo valor atribuído ao veículo, cabe aos autores o pagamento de qualquer quantia com relação ao automóvel, pois o requerido não tem nenhuma relação com o depositário (fls. 108 a 109).

Os autores, em memoriais, requereram a procedência da ação, por estar plenamente demonstrada nos autos a culpa do réu, devendo este indenizar os danos morais, materiais e honorários advocatícios. Ratificou os termos da inicial, arrolou jurisprudência e rebateu os argumentos do réu (fls. 116 a 120). O réu, em seus memoriais, requereu a improcedência da ação, pois houve culpa exclusiva da vítima. Rebateu os argumentos dos autores (fls. 121 a 123).

O Ministério Público opinou pela procedência parcial da ação, reconhecendo a culpa do réu no acidente concorrente à da vítima (fls. 131 a 132). Vieram os autos conclusos. É o Relatório. Decido.

Do fato. Da análise, constata-se que houve um acidente de trânsito, onde o réu, dirigindo um caminhão, foi de encontro ao veículo dirigido pela

vítima, na pista de rolamento desta. Acidente que resultou na morte da vítima, consoante o auto de necropsia (fl. 28). O réu alegou que a vítima invadiu sua pista de rolamento em alta velocidade e que teria desviado para a esquerda, a fim de evitar o acidente, quando a vítima também retornou, ocorrendo o acidente.

Da culpa. No presente caso houve culpa concorrente das partes. O réu Marciano agiu com culpa, indiscutivelmente, pois invadiu a contramão de direção, provocando o sinistro que se deu sobre tal pista. Tal fato foi comprovado pelo levantamento topográfico efetuado pela Polícia Rodoviária Federal (fl. 56) e pelo levantamento fotográfico (fls. 37/44). Saliente-se que o próprio réu, em seu depoimento pessoal, referiu que invadiu a pista de rolamento contrária para desviar da vítima, que vinha em sua direção, também na contramão. Ocorre que tal manobra foi imprudente, pois, como ainda o próprio réu admitiu, antes da colisão a vítima voltou para a sua pista, porém o réu não conseguiu voltar, e houve o acidente. A manobra do réu foi imprudente, porque deveria ter desviado para a sua direita, para o acostamento, jamais para a sua esquerda. Se tivesse desviado para a direita, ou, então, se nada tivesse feito, não teria ocorrido o acidente, pois, antes da colisão, a vítima conseguiu voltar para a sua mão de direção.

Na verdade, o fato de a colisão ter ocorrido sobre a pista de direção do veículo conduzido pela vítima, na contramão de direção do réu, estabeleceu a presunção de culpa do réu, porém, esta culpa é mitigada pelo laudo pericial das fls. 93/95, que estabeleceu, com acerto,

que o veículo da vítima vinha em alta velocidade, pelos danos resultantes da colisão, conforme as leis da Física, pois foi arrancado o rodado dianteiro do veículo do réu e destruído o veículo da vítima.

Note-se que o acidente se deu no perímetro urbano, sendo que o caminhão há pouco havia passado pelos redutores de velocidade e estava carregado, não podendo desenvolver alta velocidade, fatos extremamente verossímeis, que confortam a versão do réu. Além da velocidade excessivamente alta, a vítima não tinha habilitação para a condução de veículos, fatos que, sem dúvida, contribuíram para a ocorrência do sinistro.

Desta forma, as duas condutas, do réu e da vítima, concorreram para o delito, como bem asseverou o Dr. Fabiano Dallazen, no seu minucioso parecer das fls. 126/132: “Logo, tem-se que as duas causas concorreram para o acidente, ou seja, a imprudência do réu em invadir a contramão de direção e a imprudência da vítima em transitar, no trecho de grande movimento e perímetro urbano da cidade (levantamento da fl. 56), em velocidade excessiva e incompatível. Qualquer das condutas, se suprimidas em um processo hipotético de eliminação, poderia ter evitado o acidente. O caso em comento, pois, é de culpa concorrente, e, sob essa ótica, a indenização pleiteada deve ser visualizada. ‘Acidente de trânsito. Culpa concorrente. Comprovado que ambos os motoristas agiram imprudentemente, dando causa ao acidente, os prejuízos reclamados na inicial e custas serão distribuídos em proporção iguais a cada uma das partes, que arca-

rão com os honorários de seus respectivos patronos.’ (TJDF, AC nº 21.181, 2ª TC, Rel. Des. Valêncio Cardoso, DJU, de 25-09-91)”

Quanto ao pedido dos autores. Os requerentes postularam a condenação do requerido ao pagamento de: a) o valor correspondente a 504 salários mínimos por perdas e danos, e mais o valor do veículo, R\$ 3.500,00; b) uma pensão alimentar à parte-autora, na base de 50 salários mínimos mensais, até a data em que a vítima completaria 72 anos de idade; e c) indenização por dano moral, aos autores, no valor de R\$ 50.000,00. Quanto ao pedido de pagamento de perdas e danos, indenização pelos estragos no veículo da vítima e despesas em razão do acidente, entendendo que é devida a indenização pelo réu.

Os autores comprovaram que a vítima era o proprietário do veículo, pois, embora registrado em nome de outrem junto ao DETRAN, conforme documento da fl. 35, a propriedade de bem móvel se transfere pela tradição, e considerando que o bem estava na posse da vítima, e ninguém reclamou a propriedade de tal bem, entendendo que a presunção, não contrariada pelas provas dos autos, é de que o veículo era de propriedade da vítima, impondo-se que o réu indenize a perda de tal veículo, conforme orçamento mais baixo (fl. 48), R\$ 3.500,00, eis que, embora impugnado, nenhuma prova de que o valor pudesse ser inferior foi apresentada pelo réu. Obviamente, tal valor deve ser ressarcido pela metade, em razão da culpa concorrente da vítima.

As perdas comprovadas pelos autores foram as relativas ao veículo e às despesas referentes ao transporte e

depósito do veículo, todas devem ser indenizadas pelo réu, pela metade. Não se provaram outras perdas ou danos durante a instrução.

O dever de indenizar as despesas com o funeral e prestar alimentos a quem o defunto os devia emerge da norma do art. 1.537 do CC. Não ficou provado qual o valor que a vítima percebia de remuneração mensal. Embora a sua companheira tenha referido que ganhava cerca de R\$ 4.000,00, nada ficou provado, nem mesmo que trabalhava como autônomo, vendendo pedras preciosas. Assim, é de se considerar, como valor de remuneração, o mínimo que pela legislação pode receber uma pessoa por seu trabalho, neste caso, na ausência de elementos e qualquer outro critério, considero como remuneração-base para o pensionamento o valor equivalente a um salário mínimo vigente, diminuído da metade em razão da culpa concorrente da vítima.

O réu impugnou o pedido de pensionamento com duração até a data em que o falecido completasse 72 anos de idade. Quanto a esta questão, filio-me ao posicionamento externado pelo Ministério Público, em seu parecer, quando refere que “Embora conhecido o grave dissenso em torno da questão, parece melhor ao caso concreto aplicar-se a regra geral do País, cuja expectativa de vida da população não ultrapassa 65 anos de idade. Isso em face da desregrada vivência da vítima, conforme sobejamente demonstrado nos autos”. (fl. 130)

Os filhos serão beneficiários da pensão até completarem 25 anos de idade, depois a verba reverterá para a compa-

nheira até o termo final da prestação alimentar, isto é, até que a vítima completasse 65 anos de idade, conforme jurisprudência. “Apelação cível. Ação de reparação de danos. Morte do cônjuge-varão. Acidente automobilístico. Recurso parcialmente provido. Recurso adesivo provido parcialmente. A obrigação alimentar deve ser paga, em relação à viúva, até a data em que o cônjuge falecido viesse a completar 65 anos, enquanto que, no tocante ao filho, até a idade de 25 anos, cessando, todavia, antes dos termos acima, no concernente a cada um dos pensionistas, pelo casamento. À viúva é assegurada, finda a condição de beneficiário do filho, a percepção por inteiro da pensão reparatória, até a especificada idade-limite.” (in AC nº 35.764, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Álvaro Wandelli)

Destaca-se que, em nenhum momento, a condição de companheira da vítima pela autora A. C. S. foi impugnada, motivo pelo qual entendo como fato incontroverso.

Quanto ao dano moral. Quanto ao pedido de indenização por dano moral, entendo cabível, pois é indubitável o fato de que a morte da vítima causou dor e sofrimento aos filhos e à sua companheira, ainda mais considerando a morte violenta e imprevista da vítima, que contava com somente 30 anos de idade.

Grau de culpa. Provado ficou que o agente agiu com culpa, pois verificou-se que a sua vontade não estava dirigida ao dano, isto é, não quis prejudicar a vítima, o que ocorreu por imprudência do réu, que desviou para a contra-mão de sua direção. Entendo que a culpa

do réu é em pequeno grau, pois, embora tenha feito manobra imprudente, o fez na expectativa de evitar o acidente, visto que a vítima teria invadido a sua mão de direção antes da manobra do réu. Assim, considerando a velocidade do veículo da vítima, entendo que não houve tempo suficiente para que o réu pudesse ponderar com calma as alternativas para evitar a colisão, tendo optado pelo desvio para a direita, manobra imprudente, devido à iminência do acidente. Deve-se considerar, também, que houve culpa concorrente da vítima.

Das condições do ofendido e do ofensor. Quanto à parte-autora, ficou demonstrado serem pessoas simples, de recursos limitados, não podendo a indenização ser meio de enriquecimento da vítima, pois sua função é satisfativa, para que haja algum consolo, e punitiva, para que seu agente aja com maior prudência, evitando novos acontecimentos danosos. Quanto ao réu, este também não é pessoa de grandes posses, pois à época do fato era motorista de caminhão, tendo sido qualificado na denúncia oferecida pelo Ministério Público como pobre. O caminhão envolvido no acidente era de sua propriedade, e pelo documento da fl. 33 verifica-se que era bastante antigo, sendo modelo e ano de 1966, denotando poucas condições financeiras.

Do valor do dano moral. Para aferir o *quantum* a ser indenizado, deve-se relevar os seguintes pontos: a) houve um dano moral; b) houve um grau de culpa do agente, podendo ser considerado baixo, pela dificuldade de previsibilidade do evento danoso; c) houve culpa concorrente da vítima; d)

as condições financeiras da parte-autora são pequenas; e f) o réu também não goza de situação econômica muito privilegiada.

“Liquidação de sentença. Dano moral. Fixação. Sopesadas as circunstâncias específicas do caso concreto, aliadas aos elementos da prova constituída nos autos, bem como aos desígnios jurisprudenciais desta Corte, a indenização por dano moral pela perda do filho deverá alcançar o montante de 200 salários mínimos. Apelação provida.” (AC nº 196043350, 6ª Câmara Cível do TARGS, São Leopoldo, Rel. Dr. José Carlos Teixeira Giorgis; apelantes: Pedro Ferreira Filho, Martha Magnante Ferreira ou Marta M. Magnante Ferreira; apelado: Município de São Leopoldo; interessado: Osmar Francisco da Conceição; julgada em 13-06-96, unânime)

“Dano moral. Indenização. Critério de quantificação. O critério de fixação do valor indenizatório levará em conta tanto a qualidade do atingido como a capacidade financeira do ofensor, de molde a inibi-lo a futuras reincidências, ensejando-lhes expressivo, mas suportável, gravame patrimonial. Embargos infringentes rejeitados por maioria.” (EI nº 595032442, 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, 1º-09-95)

Desta forma, entendo por fixar o valor do dano moral em 50 salários mínimos, considerando a parcela de culpa da vítima. Isto posto, julgo parcialmente procedente a pretensão dos requerentes, para condenar o réu Marciano Alencar Scherner a proceder ao pagamento de: a) despesas de funeral e despesas de transporte e depósito do veículo da

vítima envolvido no acidente, valores a serem apurados em liquidação de sentença; b) R\$ 3.500,00 pelas despesas com a perda do veículo, conforme o menor orçamento da fl. 48; c) pensão mensal aos requerentes no valor de 50% sobre o equivalente a 01 salário mínimo, desde o evento danoso, 16-08-95, até a data em que a vítima completasse 65 anos de idade, 17-06-30, ou até a morte dos beneficiários, prevalecendo o termo que primeiro ocorrer; e d) 50 salários mínimos a título de indenização pelo dano moral causado, calculado pelo salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente pelos índices oficiais até a data do pagamento, acrescido de juros de mora de 6% a. a., a contar da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

A pensão deve ser atualizada e corrigida monetariamente pelos índices oficiais de reajuste do salário mínimo, nas mesmas épocas em que ocorrerem tais reajustes. Sobre as parcelas devidas e atrasadas, deverá incidir, além da correção monetária, até a data do pagamento, juros de mora de 6% a. a., a contar da data do desembolso, com relação aos gastos com funeral e despesas. Sobre o valor do orçamento da fl.

48, também deverá incidir, além da correção monetária, até a data do pagamento, juros de mora de 6% a. a., a contar da data do evento danoso, 16-08-95, data da perda do veículo. Com relação à pensão alimentar, os juros de mora incidem a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Os filhos serão beneficiários da pensão até completarem 25 anos de idade, depois a verba reverterá para a companheira da vítima até o termo final da prestação alimentar. Deverá o réu constituir um capital para a segurança e cumprimento da obrigação, segundo o art. 602 do CPC, no valor equivalente à condenação.

Sucumbentes, parcialmente, ambas as partes, uma vez que houve culpa concorrente da vítima no evento danoso, condeno cada parte a pagar 50% das custas processuais. No que tange aos honorários, cada parte pagará ao procurador da outra parte 10% sobre o valor total da condenação. Para a fixação dos honorários, considere o disposto no art. 20, § 3º, alíneas *a* e *c*, do CPC.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se. Soledade, 21 de janeiro de 2000.

Vanise Rohrig Monte, Juíza de Direito da 1ª Vara Judicial.

Processo nº 01150669909 – Habilitação de Créditos Impugnada
Comarca de Porto Alegre – Vara de Falências e Concordatas – 1º Juizado
Requerido: Massa Falida de Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda.
Requerente: Banco Itaú S/A
Juiz prolator: Luiz Carlos Gay Serpa Daiello
Data: 20-04-00

Habilitação impugnada. Sistema Financeiro da Habitação – carteira de crédito imobiliário. Promessa de compra e venda de unidade imobiliária adquirida de empresa falida. Taxa de juros limitada para o financiamento imobiliário. Procedência parcial.

Vistos os autos.

O Banco Itaú S/A ajuizou este pedido de habilitação de crédito à vista dos autos onde se processa a falência de Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda., pretendendo ver incluído no quadro próprio o seu crédito no valor de R\$ 1.893.736,68, proveniente de instrumento particular de abertura de crédito para construção de empreendimento imobiliário, financiamento com garantia hipotecária e outras avenças, celebrado em 29-09-93, com respectivos aditivos, a ser classificado como privilegiado hipotecário. Junta documentos, dizendo que os originais do contrato e aditivos se encontram nos autos de execução que promove contra os devedores perante a 6ª Vara Cível desta Comarca.

A Falida apresenta impugnação, afirmando não haver prova de liberação das parcelas do empréstimo contratado, postulando manifestar-se após o Síndico que é o detentor da documentação pertinente. A Massa Falida impugna a pretensão, alegando excessivo o valor pretendido habilitar, sustentando que o

empréstimo tinha destinação específica, que era o de custear a construção do conjunto residencial “*Mansione di Trevi*”, submetendo-se a regime jurídico próprio estabelecido nas normas do Sistema Financeiro da Habitação (Lei nº 4.380/64), que estabelece juros máximos anuais de 10% não-capitalizados. Assim, como cobrados e pagos juros bem mais elevados, indevido o crédito postulado, que deve ser calculado de acordo com as normas legais, abatendo-se os pagamentos feitos a maior. Impugna, pelo princípio da eventualidade, cobrança de juros acima de 12% ao ano, bem como sua capitalização, caso desacolhida a premissa anterior. Pede a realização de perícia contábil para verificação do valor devido, dentro dos parâmetros de juros anuais de 10%, não-capitalizados, correção monetária pelo IGP-M.

O Itaú manifesta-se sobre a impugnação à sua habilitação, dizendo que as parcelas do empréstimo foram liberadas à Falida, conforme documentação acostada à inicial. Diz que o empreendimento financiado não estava sujeito a patamar de juros de 10% anuais, pois feito fora do Sistema Financeiro da Habitação, mas através da Carteira Hipotecária, com juros livres. Afirma que tal sistemática é autorizada por Resolução BACEN nº 1.446/88 e na Circular BACEN nº 1.278/88, legislação com origem nos

arts. 1º da Lei nº 4.380/64 e 9º da Lei nº 4.595/64, que permite ao Governo Federal exercer função normativa, pois o Conselho Monetário Nacional, por Resolução nº 1.236/86 atribuiu ao BACEN o poder de normatização. Nega a limitação dos juros em 12%, pois não estão os bancos sujeitos a tal limite, mas ao estipulado pelo Conselho Monetário Nacional. Acresce não ter havido anatocismo, posto que o sistema adotado para amortização (Tabela *Price*) não contempla cobrança de juros sobre juros. Sustenta, por fim, não ser aplicável a normatização do Código de Defesa do Consumidor ao negócio jurídico estabelecido entre as partes.

A Falida manifesta-se, sustentando não haver prova das efetivas liberações das parcelas do financiamento, tratando-se de documentos unilaterais aqueles juntados à inicial. Adere, por outro lado, aos argumentos da Massa Falida quanto ao excesso do valor do crédito. O Ministério Público postula a comprovação, pelo habilitante, da efetiva liberação das parcelas. Junta o Banco documentos referentes às liberações das parcelas, com nova planilha de cálculos. Manifesta-se a Massa Falida, dizendo não haver menção, no contrato, se tratar de empréstimo pela “Carteira Hipotecária”, refutando os demais argumentos e reiterando o pedido de perícia. Realizada a perícia contábil, com manifestação das partes sobre o laudo. O Ministério Público, em parecer final, opina pela parcial procedência da habilitação, admitida a impugnação da Massa Falida, deferindo o valor de R\$ 625.292,88, conforme apurado na perícia. Relatados, decido.

Saliente-se, de início, que as execuções se encontram suspensas, na forma do

art. 24 da Lei de Quebras, desde o decreto da quebra, ocorrido em 19-02-98, e até o seu encerramento. O prosseguimento, pois somente se daria em relação a eventuais coobrigados, havendo incompetência absoluta de outro juízo, que não o falimentar, para processar e julgar ações e execuções que digam a interesses relativos à Massa Falida (art. 24, *caput*, da Lei de Falências). Inicialmente, incontroverso que os contratos que deram origem à dívida pretendida habilitar tinham destinação específica de possibilitar a construção de empreendimentos para comercialização ao público.

Não há dúvida, de outra parte, que tais contratos tinham e têm regime jurídico próprio, ou seja, regulam-se pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação, basicamente a Lei nº 4.380/64, com posteriores modificações. Mesmo porque, conforme preâmbulo do mencionado contrato, era assim definido e tratava-se de financiamentos com destinação própria à construção de empreendimento imobiliário, denominando-se o credor, Banco Itaú, agir no âmbito de sua Carteira de Crédito Imobiliário, qualificado como agente financeiro integrante do Sistema Financeiro da Habitação (fl. 09). Foi nesta qualidade, pois, que contratou com a Falida.

Não procede o argumento do Banco de que a menção à Lei nº 4.380/64, Lei nº 5.049/66 e Decreto-Lei nº 70/66 fosse apenas para que o instrumento particular tivesse força de escritura pública. Ora, apenas contratos particulares firmados “[...] por entidades que integrem o Sistema Financeiro da Habitação [...]” é que têm o caráter de escritura pública (art. 61, § 5º, da Lei nº 4.380/64). Evidente

que os contratos referidos são aqueles referentes às operações determinadas pela mesma Lei, como disposto no mesmo dispositivo citado. Assim, se contratado na forma da Lei nº 4.380/64, por instrumento particular com força de escritura pública, sem dúvida se tratar de contratação dentro da sistemática de referida Lei.

Não há sentido algum na pretendida diferenciação de um suposto “sistema hipotecário” não previsto naquela normatização legal. Evidente que, para derogar texto legal, necessário outro diploma de mesma hierarquia, não sendo isto possível via resoluções, circulares, portarias, ou outra normas inferiores, como chega a aventar Banco.

O mencionado art. 1º da Lei nº 4.380/64 apenas dispõe que “[...] o Governo Federal, através do Ministro do Planejamento, formulará a política nacional de habitação [...]”, não autorizando que normatize o Sistema Financeiro da Habitação, como sustentado pelo Banco. De qualquer forma, evidente que norma legal, como é o caso da Lei nº 4.380/64, não pode ser “regulamentada” a ponto de ser derogada por qualquer resolução ou circular. O absurdo é tão óbvio que me abstenho de maiores comentários sobre o tema, cuja compreensão é alcançada por qualquer estudante de curso jurídico, por mais medíocre que possa ser.

Sendo assim, aplicável a norma contida no art. 6º, letra *e*, da referida Lei nº 4.380/64 que, expressamente, dispõe que “os juros convencionais não excedam de 10% ao ano”, como imperativo aos contratos com tal finalidade. A norma é cogente, não estando ao dispor das partes contratar além do que a lei

permite: taxa máxima de juros de 10% ao ano.

Não se pode afastar, ainda, se tratar de processo falimentar, onde presente interesse de ordem pública, do Estado pelo Judiciário, em que se visa a averiguar os créditos na sua origem, valor e exatidão (art. 82 da Lei de Quebras), como forma de assegurar a todos os credores tratamento igualitário.

A Massa Falida, em suma, é terceiro em relação ao falido e a cada um dos credores, defendendo interesse próprio da universalidade dos credores, e não de cada credor. Para tanto, não só pode como deve, por seu Síndico, preservar a lisura, correção e origem de cada crédito em habilitação, evitando vantagens ilegítimas ou ilegais a credor em particular.

Evidencia-se, portanto, que não pode ser acolhida pretensão oriunda em contratação contra lei. Deve o crédito ficar restrito ao valor contratado, porém limitada a taxa de juros ao máximo permitido pela legislação incidente no negócio jurídico específico, que é de 10% ao ano.

O laudo pericial, à fl. 274, aponta o crédito do Banco, na data da falência, corrigido monetariamente pelos índices contratados (TR), acrescido de juros de 10% ao ano, como sendo de R\$ 625.292,28.

Interessa salientar que o cálculo levou em consideração os valores efetivamente liberados e as datas de seus créditos em conta da ora falida. Obviamente, correto o critério, pois apenas devido o que efetivamente disponibilizado, não havendo como se pagar aquilo que não foi emprestado. Constatou a perícia, também, que havia a cobrança de

juros sobre juros, o que não é permitido, afastando o argumento do Banco de que assim não fazia.

Importante, ainda, que a perícia constatou que, mesmo pelos critérios do Banco, seu crédito seria de R\$ 1.268.443,80 (fl. 276), e não aquele apontado na inicial (R\$ 1.893.736,68) ou na sua retificação da fl. 241 (R\$ 2.688.217,76).

Diante de todo o exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão contida na inicial para habilitar o crédito do Banco Itaú S/A na Falência de Marsiaj Oliveira Incorporações Ltda., no valor de R\$ 625.292,28 na data da falência (19-02-98). A categoria é de privilegiado (por hipoteca).

Face à procedência da impugnação apresentada pela Massa Falida e Falida, sendo o Banco sucumbente, condeno o habilitante nas custas e despesas processuais, fixando os honorários dos advogados da Massa Falida e da Falida em 20% do valor da diferença entre o pleiteado e o habilitado, na proporção de 2/3 para o primeiro e 1/3 para o segundo, face ao trabalho apresentado. Acolhendo a pretensão do perito, não-impugnada, fixo os honorários em R\$ 6.000,00.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 20 de abril de 2000.

Luiz Carlos Gay Serpa Daiello, Juiz de Direito.

Processo nº 00103691987 – Mandado de segurança

Sentença Cível s/nº

2ª Vara da Fazenda, 2º Juizado – Porto Alegre

Impetrantes [...]

Autoridade coatora: Presidente do Instituto da Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS

Juiz prolator: Clademir Missaggia

Data: 22-05-00

Mandado de segurança. Inaplicabilidade no caso do art. 73 da Lei Estadual nº 7.672/82 que dá direito à pensão para as filhas maiores de 21 anos de idade e com capacidade laborativa do servidor falecido. Aplicação dos princípios da igualdade, da valorização do trabalho e da solidariedade. Norma injusta e contrária ao ideário de emancipação feminina e do gênero humano. Invocação do princípio da boa-fé na concepção ética, cuja aplicação não se impõe por carência de suficiente densidade normativa em face às circunstâncias do caso.

Vistos os autos.

I – Tratam os autos de mandado de segurança proposto por [...] contra ato do Sr. Presidente do Instituto da Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS, qualificados.

Petição inicial. A pretensão da impetrante é no sentido de que o impetrado seja condenado a: a) não cancelar o benefício-pensão da impetrante; b) pagar as parcelas em atraso, pelo período que restou cancelado o recebimento da pensão por morte da autora, devidamente corrigidas.

Disse a impetrante que é pensionista do IPERGS e é beneficiária de pensão previdenciária decorrente do óbito de servidor público estadual, o qual ingres-

sou no Estado antes de 1973, nessa condição recebendo regularmente sua pensão previdenciária até 31-01-00; agora, recebeu comunicação do IPE dando conta de que seu benefício previdenciário fora concedido indevidamente, e será cancelado.

Contra este ato, insurgiu-se a impetrante, argumentando que houve ofensa a diversos princípios constitucionais, em especial o direito adquirido e o ato jurídico perfeito; refere ainda que prescrito está o direito da Administração Pública de rever seu ato, eis que passados mais de 05 anos da concessão. Pede a concessão da segurança. Foi indeferido o pedido de liminar.

Informações da autoridade coatora. Esclarece a autoridade coatora que a impetrante teve sua pensão cancelada em decorrência de, não havendo prova de invalidez, ter implementado a maioria previdenciária na constância da atual Lei nº 7.762/82, que limita a concessão dos benefícios previdenciários às filhas solteiras aos 21 anos, prorrogáveis até 24 anos se estudante de 2º grau ou universitária, ressalvado o direito adquirido daquelas filhas que já houvessem, em 1º-01-74, implementado os 21 anos. Diz, em preliminar, que a impetrante é carecedora de ação, eis que não lhe pode socorrer a via do mandado de segurança, pois não há direito líquido e

certo a resguardar. Pede a denegação da segurança.

Parecer do Ministério Público. O Ministério Público, por seu agente, opinou pela improcedência da ação, com a denegação da segurança, por não ser a impetrante titular do direito que postula. Relatei. Decido.

II – O caso das “filhas solteiras” pensionadas constitui-se, seguramente, num dos mais clamorosos erros jurídicos das autoridades políticas e administrativas deste Estado, erro, inclusive, lamentavelmente, sufragado pelo Poder Judiciário. A repercussão econômico-financeira deste equívoco é extraordinária. A atual tentativa de reversão ocorreu somente porque a concessão de tais pensões revela-se hoje já, na consciência popular, como carecedora de base moral e em razão das pressões financeiras em face da integralidade das pensões.

A inconstitucionalidade de tais pensões é de tal evidência que seria desnecessária até a discussão da excepcionalidade da incidência do art. 73 da Lei nº 7.672/82, por se tratar de regra de transição e mesmo a referência à expressão conservam da mesma disposição que indubitavelmente indica que somente tem – do ponto de vista do texto –, “o

direito às filhas solteiras que, em 1º-01-74, já eram nascidas e possuíam a maioridade” (AC nº 599208261).

Esta discussão, forjada numa exegese conceitualista, deixa em aberto, v. g., que uma alta funcionária pública continue a perceber a pensão. O recomendável, quanto às pensionistas que se enquadram na incidência do art. 73 antes mencionado, é estabelecer uma avaliação casuística em torno da discussão da necessidade e sob a perspectiva das noções da segurança jurídica e boa-fé na concepção ética.

A tese do IPERGS da revogação do art. 73 da Lei nº 7.672/82¹ é absolutamente correta. A norma em questão viola o princípio da igualdade, o princípio da valorização do trabalho, o princípio da razoabilidade–proporcionalidade, bem como o princípio da solidariedade.

Todas as regras protetivas da mulher cada vez mais passam por um processo de inconstitucionalização. As discriminações positivas perdem o sentido quanto houver alteração das bases materiais que as legitimavam. Cada vez mais as mulheres entram no mercado de trabalho. Vejamos os seguintes dados, colhidos até 1980, relativos ao Rio Grande do Sul.

Tabela 2 – PEA e seu crescimento, por participação percentual dos sexos, no RS.

ANO	HOMENS (%)	MULHERES (%)	CRESCIMENTO PEA-RS	CRESCIMENTO PARTICIPAÇÃO MASCULINA	CRESCIMENTO PARTICIPAÇÃO FEMININA
1960	80.31	19.69	100%	100%	100%
1970	75.30	24.70	129%	121%	162%
1980	68.88	31.12	182%	156%	288%

FONTE: Censos Demográficos 1960 a 1980 – FIBGE.

1 – Art. 73: “As filhas solteiras maiores de 21 anos, de segurados do Instituto admitidos no Serviço Público Estadual em data anterior a 1º-01-74, conservam a qualidade de dependentes, para os efeitos desta Lei”.

O jornal *Folha de São Paulo* (Shirley Emerick, Editoria Dinheiro, 05-08-97, pp. 02-06) publicou reportagem que demonstra a efetiva participação no mercado de trabalho atualmente: “A participação da mulher no mercado de trabalho está aumentando historicamente. O número de mulheres que integravam a PEA (População Economicamente Ativa) em 89 era de 35,2%. Em 95, a participação saltou para 40,4%.

“Jorge Jatobá, do Ministério do Trabalho, explica que as causas são a queda da taxa de fecundidade, o crescimento do número de ocupações no setor de serviços e comércio e aumento da produtividade do trabalho doméstico.

“Com novos equipamentos eletroeletrônicos, como freezer e microondas, a mulher tem mais tempo para dedicar-se a uma outra função. Outro fator é a mudança da atitude, principalmente nas regiões mais ricas do país. Elas querem participar do mercado além dos afazeres domésticos. A proporção do número de mulheres que trabalham em relação ao número total de mulheres no país era de 26,5% em 80. Em 95, pulou para 48,1%”.

Os fatos são reveladores de uma realidade que o legislador e os tribunais não mais podem desconhecer, sob pena de pactuar-se com uma injustiça já consagrada.

Afirmar esta posição não significa desconhecer a terrível realidade de discriminação da mulher no trabalho, como é revelado, por exemplo, pelos seguintes dados constantes da resenha do DIEESE, nº 02, de novembro de 1997, (www.rhal.com.br/mulher.htm): “Em 1995, estavam no mercado de trabalho

no Brasil 29.820.663 mulheres, ou 40,1% da força de trabalho brasileira.

“A presença feminina continua concentrada nos setores que tradicionalmente ocupavam o maior contingente, 29,8% ou cerca de 08 milhões, está na prestação de serviços. Outros 06 milhões de mulheres trabalhavam na agricultura, 4,5 milhões nas atividades sociais e cerca de 3,5 milhões no comércio, segundo o IBGE. As atividades industriais ocupavam 2,5 milhões de mulheres.

“No que se refere à ocupação, em 1995, 59,1% das mulheres eram assalariadas no setor público e privado. Das 16 milhões de assalariadas no país, cerca de 4,8 milhões são trabalhadoras domésticas, representando quase 30% do trabalho assalariado ou cerca de 17% da ocupação das mulheres.

“Outras 16,6% encontram-se na categoria de trabalho por conta própria, enquanto 13% trabalham sem remuneração financeira. Outras 9% permanecem nas atividades de subsistência, produzindo para o seu próprio consumo sem estarem incorporadas ao mercado de trabalho, seja ele formal ou informal. Apenas 1,9% das mulheres são empregadoras.

“Nos últimos anos, as taxas de desemprego vêm apresentando crescimento acentuado para ambos os sexos, com elevação mais intensa para os homens. Os dados da PED – Pesquisa de Empregos e Desemprego – relativos às regiões metropolitanas de São Paulo, Distrito Federal, Porto Alegre e Curitiba, demonstram que o desemprego feminino é sempre o maior.

“*As Condições de Trabalho das Mulheres.*

“Os vínculos empregatícios das mulheres são mais frágeis e as condições de trabalho mais favoráveis que as dos homens, embora a recente tendência à precarização do trabalho venha aproximando, pelo lado negativo, ambos os sexos. Segundo dados do IBGE, 54% das mulheres assalariadas, excluídas as funcionárias públicas e militares, trabalhavam sem carteira de trabalho assinada, em 1995. Neste contingente, estão incluídas as empregadas domésticas: somente 2,7% dos trabalhadores desta categoria têm registro em carteira.

“Na região metropolitana de São Paulo, segundo dados da PED-SP, a situação é bastante semelhante: somente 39% das mulheres trabalham com carteira assinada ou como funcionárias públicas, em contraposição a 61% dos homens nesta condição. (*Mulher & Trabalho*, 1997)

“O diferencial de renda dado pela inserção formal no mercado de trabalho (carteira assinada ou emprego no setor público) é mais acentuado no caso das mulheres. Os homens ganham, em média, no mercado formal R\$ 973,00, 30% mais do que nas formas de trabalho com inserção precarizada. Já para as mulheres, a média de rendimentos no setor formal é de R\$ 712,00, valor 72% superior aos R\$ 415,00, recebidos pelas trabalhadoras em inserções precárias (sem carteira e autônomas).

“As mulheres ganham menos do que os homens, independentemente da situação: desempenho da economia, escolaridade, função ou cargos exercidos. No ano de 1996, as mulheres que trabalhavam no setor de serviços tinham remuneração média de R\$ 721,00, o que

equivale a 70% dos rendimentos dos homens, de R\$ 1.042,00.

“Na indústria, as diferenças salariais são ainda maiores: as mulheres receberam, em média, 56% do valor real pago aos homens. Na média geral, os rendimentos das mulheres situam-se em R\$ 585,00, cerca de 60% do R\$ 995,00 recebidos pelos homens, na Grande São Paulo.

“Para atingir o mesmo patamar salarial de seus companheiros do sexo masculino, as mulheres precisam estudar mais. Em todas as situações, com o mesmo grau de instrução, as mulheres têm rendimentos inferiores aos dos homens. Como exemplo, pode-se observar que, completando o 2º grau, as mulheres atingem uma remuneração média de R\$ 4,99 a hora, a mesma quantia recebida pelos homens com 1º grau completo.

“Ainda hoje a ascensão profissional da mulher encontra obstáculos. Das mulheres ocupadas em 1996, somente 13% exerciam funções de direção e planejamento na região metropolitana de São Paulo. Das restantes, 27% encontravam-se nas atividades de apoio (como serviços de escritório e serviços gerais) e a grande maioria, 60%, trabalhando nas atividades de execução.

“Nestes postos, as mulheres recebem R\$ 429,00 e os homens, R\$ 728,00, ou seja, 70% mais. Nas atividades de apoio, ocorre a menor das diferenças, 20% entre os R\$ 516,00 das mulheres e os R\$ 617,00 dos homens. Nas atividades de direção e planejamento, os homens recebem 60% a mais.

“As dificuldades já apresentadas são as mais visíveis e diretamente mensuráveis,

embora muitas vezes não reconhecidas na sociedade. Os problemas relacionados às relações de trabalho e à intersecção entre o ambiente doméstico, a infra-estrutura pública e o trabalho nem sempre são tão claramente visíveis ou mesmo passíveis de serem transformados em números ou porcentagens que quantifiquem a dificuldade, o esforço adicional ou a discriminação.

“Nessa relação podem ser citadas, no que se refere ao ambiente e às relações de trabalho; as dificuldades de ascensão profissional; discriminação explícita ou implícita na contratação de mulheres casadas ou com conflitos; exigências de exames de gravidez antes de contratação; abusos e/ou discriminação por parte de chefias, encarregados ou outros; assédio sexual; punições por faltas e atrasos para cuidados dos filhos; condições ambientais e de saúde adversas; trabalho repetitivo ou penoso, entre outras”.

Aos fatos que ora se expõe há de se estabelecer uma nova normatividade. É preciso resgatar, na linha ilustrada, o *sapere aude* kantiano, a ética da responsabilidade, a noção de autonomia.

Immanuel Kant² responde a pergunta “*o que é ilustração?*” nos seguintes termos: “*La Ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad*. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su próprio entendimiento sin la guía de outro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside

en la carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de outro. *Sapere aude!* Tem valor de servirte de tu próprio entendimiento!, he aquí el tema de la Ilustración. La pereza y la cobardía son las causas de que una gran parte de los hombres permanezca, gustosamente, en minoría de edad a lo largo de la vida, a pesar de que hace ya tiempo la naturaleza los liberó de dirección ajena (...); y por eso es tan fácil para otros el erigirse en sus tutotes. *!Es tan cómodo ser menor de edad!*”.

A ilustração requer unicamente liberdade e concorda com Kant no sentido de que é preciso *ousar saber* e por isso indica uma razão que propôs romper todas as tutelas (religiosas, sexistas, de raça, de classe, etc.). Este legado indica que é preciso romper com todas as instâncias (materiais e psicológicas) que promovam a infantilização do ser humano, “impedindo a realização do ideal maior da ilustração, a maioridade, a *Mündigkeit*”³. O ideal de maioridade pressupõe autonomia intelectual, política e econômica. Interessa para o caso apenas a análise da dimensão da autonomia econômica. Só o trabalho é capaz de levar à autonomia econômica.

A ilustração, na linha iluminista de emancipação do ser humano, propôs um ideal de autonomia econômica, sem o qual o ser humano não sairia de sua menoridade culpada (e “gostosa”) e não

2 – Qué es Ilustración? Tradición de Agapito Maestre Romagosa. Madrid, Tecnos, 1993, pp. 17-18.

3 – ROUANET, Sérgio Paulo, As Razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 1992, p. 35”

seria um verdadeiro indivíduo. A ilustração, no que concerne a mulher, por seus intelectuais, propôs as bases teóricas de sua emancipação, mas, por outro lado, a reduziu, na prática, através da reprodução de uma cultura despótica acolhida pela legislação, a um ser puramente *biológico*, cuja síntese é a seguinte: *mulier tota in utero est*. Negou-se-lhe o direito ao trabalho e legislativamente deferiu-se-lhe a compensação econômica. A minoridade é compensada pela tutela econômica que apequena e a coisifica.

Hoje, no entanto, estão postas as bases reais de emancipação, mas ainda uma certa corrente feminista, ao adotar o discurso machista, procura ressaltar o particularismo opressor das “diferenças” biológicas. Retoma-se a ideologia da diferença, do sexo frágil, num verdadeiro elogio às especificidades femininas, responsável pela minoridade e opressão.

Vale a máxima: o oprimido assume a ideologia do opressor. Em nome de um machismo opressivo assumido por um certo feminismo pretende-se, por exemplo, o *impeachment* do Presidente dos EUA. É o medo da liberdade, da emancipação.

A noção de *assédio sexual*, forjada nas lutas femininas e libertárias e que constitui um patrimônio de grande valia, passa a ser vulgarizada através de campanhas opressivas, com a complacência e incentivo de um certo feminismo, contra homens dignos por mulheres inescrupulosas em razão de uma lógica economicista, perdendo a validade universal. Corre-se o risco de perder-se, assim, uma arma valiosa em defesa da mulher com o sexismo de quem

detém o poder (econômico ou não) e procura arrancar “favores” sexuais.

A jurisprudência brasileira assumiu, em Direito de Família, um discurso de proteção à mulher que encontrava uma justificativa material e histórica. Progressivamente, com a crescente e efetiva emancipação da mulher, entretanto, este discurso tornou-se anacrônico e opressivo, promovendo a minoridade feminina ao invés de sua autonomia.

Em nome da “fragilidade” da mulher, para não dizer “inferioridade”, justifica-se o pensionamento indefinido de mulheres jovens, mascarando-se o verdadeiro fundamento ideológico do protecionismo exagerado, um certo complexo de culpa e superioridade e o sentimento de que o investimento afetivo frustrado deve ser indenizado. As relações são coisificadas, e os seres humanos desumanizados.

Apresso-me em dizer, para evitar ininteligências, que me reporto a tais fatores para justificar a invalidade ético-jurídica da regra que permite o pensionamento de mulheres maiores de 21 anos e capazes para o trabalho. Nada mais.

O reconhecimento da validade de citada regra implica expor a mulher a um gueto de minoridade. Implica dizer que é incapaz de autonomia, de responsabilidade ética pela sua própria emancipação e que, por isso, precisa ser tutelada economicamente.

A consideração de sua validade permitirá que a regra sirva de paradigma para, em nome da isonomia, homens maiores passem a reivindicar o pensionamento, desde que solteiros. Ou bem se considera a hipótese da invalidade, ou, por outro lado, opta-se por

sua validade e autoriza-se também a pensão para os homens na mesma situação, pena de frustrar-se um dos pilares do sistema jurídico, que são os postulados da coerência e da não-contradição.

Vista a questão sobre o aspecto da invalidade da regra na perspectiva da *isonomia* e da *valorização do trabalho*, resta agora a análise sobre a ótica do *princípio da solidariedade*. Para tanto, é de ser mais uma vez convocada para depor neste processo a Sociologia. Não se pretende aqui a imposição de uma normatividade fática, mas uma consideração da ordem fática para que não se imponha uma solução axiológica e normativa contra o direito e a justiça.

Um simples cálculo atuarial será o bastante para reforçar a idéia da invalidade da regra, pois a distribuição hoje de um quinhão excessivo e desproporcional para alguns, poderá significar na implosão do sistema com prejuízos para todos. Veja que os homens e as mulheres, em nome da igualdade, reivindicam a inscrição nos órgãos previdenciários de seus companheiros, companheiras (casais homossexuais ou não) e cônjuges, e já têm seus pleitos atendidos, sem qualquer comprovação da dependência econômica! Normatiza-se à revelia da racionalidade econômica.

Invoco, nesta perspectiva, a lúcida avaliação de Reinhold Stephanes (in *Folha de São Paulo*, de 13-03-95, pp. 01-03, *O que é Preciso Saber sobre a Reforma da Previdência*), e dispenso-me de maiores considerações quanto a conclusões já evidentes:

“– As pessoas estão-se aposentando cedo demais, 64,5% com menos de 54

anos e vivendo uma média de 18/20 anos com as aposentadorias. Isto, na média. Há categorias que atingem 30 anos.

“– Determinadas categorias profissionais, com melhor qualidade de vida e de renda, podem ter várias aposentadorias.

“– 40% das aposentadorias no país não trazem o tempo ideal de contribuição exigido pelo mais simples mandamento atuarial. Há pessoas que se aposentam com 06 anos de contribuição. Outras passam longo tempo contribuindo pelo mínimo e, na reta final, dos 36 meses, aumentam suas contribuições.

“– As aposentadorias por tempo de serviço só existem no Brasil e em alguns países árabes. Aposentadoria é seguro social e o conceito de seguro exige a contrapartida da contribuição, muito embora seja justo que o Estado assegure a proteção social para os desafortunados.

“– As aposentadorias por tempo de serviço não beneficiam os pobres. São poucos os pobres que foram contemplados. A maioria absoluta se aposenta por idade. Portanto, os pobres acabam financiando os ricos, enquanto contribuem para o sistema ao longo de 35 anos e 40 de trabalho. Isto é perverso e injusto. Só os ricos se fartam com tais aposentadorias.

“– Em termos demográficos, não há justificativas para distinção de urbanos e rurais e entre homens e mulheres. Está comprovado que aos 60 anos a esperança de vida dos urbanos e rurais é a mesma. A sobrevivência das mulheres é 20% maior do que a dos homens.

“– O direito de sucessão nos benefícios, especialmente pensões, não podem

perpetuar-se. Da mesma forma que pessoas não devem receber duas pensões de valores elevados, mesmo que sejam em outros regimes.

“– O crescimento, além do normal dos benefícios rurais, no rastro da contagem recíproca do tempo de serviço, sem contribuição, fez com que passassem de 02 milhões em 80 para 04 milhões em 90 e para 06 milhões em 94, triplicando em 15 anos. Com efeito, a contribuição não responde por 5% das despesas realizadas. Além disso, começaram a surgir fraudes e facilidades. A contagem recíproca ensejou distorções muito grandes, pois pessoas que não contribuíram no passado passaram a exercer atividades públicas e hoje recebem aposentadorias elevadas. (Grifos meus) [...]

“– Na União, os pagamentos com os aposentados e pensionistas se aproximam aos dos trabalhadores ativos. Há Estados e Municípios em que a folha dos inativos supera a dos ativos, agravando as contas públicas. Muitos Governadores e Prefeitos são, efetivamente, chefes de departamento de pessoal. Poucos recursos sobram para investimentos em saúde, educação, rodovias, segurança, saneamento, energia, etc. (...)

“Certamente, muitos brasileiros de boa-fé jamais pensaram que a legislação – por seus inúmeros furos e ralos – tornou o Brasil um paraíso previdenciário, para poucos. Uma nação de jovens senhores cinqüentões aposentados. Isto seria muito bom se fosse justo, mas o que nos causa vergonha é que os mais pobres estão pagando e vão continuar pagando a conta.”

O mesmo autor, no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 08-11-96 (Pers-

pectivas da Reforma da Previdência), traz dados e faz considerações significativas: “Um dado preocupante em relação à Previdência, que reforça a necessidade de reformar o sistema, é o rápido envelhecimento da população. Até o ano 2020, o país terá 33 milhões de idosos dependentes da Previdência.

“Os indicadores demográficos e de mercado de trabalho são igualmente inquietantes. Na década de 50, 08 contribuintes financiavam 01 aposentado. Em 70, essa relação era de 4,2 para 01. Nos anos 90, são 2,3 trabalhando para 01 aposentado. Portanto, o que se desenha para o futuro é a inviabilidade total do sistema. No ano 2020, mantidas as condições atuais, a proporção será de 01 por 01.

“Mudar o sistema previdenciário é trazer de volta a capacidade de investimento a Estados e Municípios. Se todos os recursos são utilizados com a folha de pessoal, o que sobra para ser aplicado em benefícios para a população? Todos os regimes do setor público juntos já gastam mais que o regime do INSS, embora representem apenas 10% da população previdenciária. Este ano, a previsão de gastos no INSS chega a R\$ 43 bilhões. Nos outros regimes, deve chegar a R\$ 45 bilhões.

“As projeções para os próximos anos mostram que alguns Estados estarão gastando 40% da receita total apenas para pagar inativos. Nos outros países, os gastos com a aposentadoria do setor público só podem corresponder a 20% do máximo gasto no setor privado, enquanto no Brasil essa proporção é de mais de 100%.

“As razões para a reforma são incontestáveis por todos, especialmente

pelos demógrafos, atuários e especialistas em previdência social. Todos os estudos produzidos também no âmbito internacional apontam para este caminho e mostram os seguintes objetivos: dar segurança aos que já estão aposentados e aos que vão se aposentar de que os seus direitos serão respeitados; proporcionar maior justiça e maior equidade, tornando os brasileiros menos desiguais; evitar que Estados e Municípios se tornem insolventes e percam totalmente sua capacidade de atender os cidadãos; e estimular a poupança e o desenvolvimento por meio dos fundos de pensão”.

“É relevante lembrar que atualmente o pagamento de pensionista e aposentados consome cerca de 40% do total folha de pagamento do Estado do Rio Grande do Sul (R\$ 140 milhões por mês – dados publicados no *Jornal Zero Hora*, edição de 09-04-98).

“De qualquer modo, alega-se agora os institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Não havendo decisão judicial, não há que se

falar em coisa julgada. Não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito baseados em lei inconstitucional ou mesmo, como é a hipótese dos autos, em direito inexistente (não havia lei para a concessão do direito), pois sequer é possível invocar o argumento da interpretação razoável para justificar tamanho equívoco.

“Um argumento possível seria o do princípio da boa-fé na concepção ética que concretizaria, em circunstâncias especiais, a idéia de segurança jurídica e de justiça. São idéias-força, cuja densidade axiológico-normativa, não se impõem como um padrão para” justificar a procedência da ação, pois, como já disse, as atuais pressões fiscais sobre os institutos previdenciários não podem onerar toda a sociedade para o privilégio de poucos.

III – Isso posto, *julgo improcedente* a ação. Custas pela impetrante. Sem honorários (Súmulas n^{os} 105 do STJ e 512 do STF).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Porto Alegre, 22 de maio de 2000.

Clademir Missaggia, Juiz de Direito.

Processo nº 01193217948 – Ação Ordinária

Comarca de Porto Alegre – 13ª Vara Cível – 2º Juizado

Autores: Federação do Comércio Varejista do Estado do Rio Grande do Sul e outros

Réu: Sindicato dos Microempresários do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIMICRO

Processo nº 01193286703 – Ação Ordinária

Autor: Sindicato do Comércio Varejista de Bagé

Réu: Sindicato dos Microempresários do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIMICRO

Processo nº 01193177597 – Ação Cautelar Inominada

Autor: Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre – SINDILOJAS/POA

Réu: Sindicato dos Microempresários do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIMICRO

Juiz prolator: Régis de Oliveira Montenegro Barbosa

Data: 13-06-00

Ação cautelar inominada. Representação sindical de mesma categoria econômica. Princípio da unicidade sindical. Recolhimento de contribuições.

Vistos, etc.

Federação do Comércio Varejista do Estado do Rio Grande do Sul e outros, qualificada na inicial, propuseram ação ordinária contra Sindicato dos Microempresários do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIMICRO, também qualificado, sob alegação de que são entidades sindicais regularmente constituídas e registradas, sendo-lhes afeta, com exclusividade, a representação sindical das respectivas categorias econômicas. Só que o réu, em violação ao princípio da unicidade sindical, sagrado constitucionalmente, vem assediando os microempresários das categorias econômicas representadas pelos autores, para

que recolham para ele as contribuições sindicais obrigatórias. Como houve entrega de guias pelo réu, muitos efetivamente recolheram os valores a este. Está o sindicato-réu, portanto, a praticar atos de representação sem que detenha entretanto a representatividade das respectivas categorias profissionais. Fundamentam sua pretensão no princípio da unicidade sindical, expresso na Constituição, tendo esta recepcionado, outrossim, as normas contidas nos arts. 511 a 570 da CLT.

O registro do réu foi feito sob a égide da Instrução Normativa nº 05, já revogada, por ilegal, através da Instrução Normativa nº 09, que tornou sem efeito os registros até então expedidos. Por outro lado, a inclusão de entidade sindical no AESB não confere personalidade jurídica, não legitimando de per si o Sindicato para representar determinada

categoria. Foram apresentadas e recebidas pelo MTPS várias impugnações ao registro do SINDIMICRO no AESB. Não perfectibilizou o réu seu registro junto ao Ministério do Trabalho, como também não registrou seus atos constitutivos no Ofício do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, como estabelece a Súmula nº 15 do TJ. O réu, de forma ilegal e ferindo direito adquirido dos autores, pretende representar as microempresas do Estado, independentemente da atividade econômica que desenvolvem, o que também fere o princípio da unicidade sindical. O Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho da 4ª e 2ª Região já julgaram o sindicato-réu como parte ilegítima para representar categoria econômica em processo de dissídio coletivo. Houve, portanto, usurpação da representatividade sindical dos autores.

Requereram a procedência da ação, para que seja declarada a ilegitimidade do réu para representar sindicalmente os microempresários integrantes das categorias econômicas representadas pelas entidades-autoras, bem como seja determinado que o réu se abstenha, definitivamente, da prática de atos privativos de sindicato, tais como cobrança de contribuições, participação em negociações coletivas de trabalho e utilização da denominação “sindicato”. Postularam, ainda, seja determinada a devolução aos autores das contribuições arrecadadas pelo réu dos microempresários integrantes das categorias econômicas representadas pelas entidades demandantes, depositando-as em conta mantida no UNIBANCO, agência 0553, código 100194.8, com a condenação do réu nos ônus da sucumbência.

Citado, o réu ofereceu contestação, sustentando carência de ação por ilegitimidade de parte e falta de interesse de agir dos autores. Alude que jamais exerceu atos de usurpação da representatividade dos autores, sendo que conta com o apoio de várias microempresas. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconheceu a representatividade do réu em relação às microempresas. No mérito, menciona que se originou da Associação Gaúcha de Pequenas e Microempresas – ASPEME, constituída em 24-04-84, tendo nascido e evoluído da necessidade de defender os interesses das microempresas do Estado do Rio Grande do Sul, que se encontravam dispersas em 200 sindicatos diferentes, sem qualquer expressividade. Obteve o réu a manutenção e ampliação de vantagens junto ao poder político. A categoria sindical das microempresas é indissolúvel nos termos da legislação vigente e una em suas obrigações e benefícios legais, evidenciando-se a necessidade de um sindicato único para os microempresários.

O réu possui legitimidade para representar a categoria dos microempresários. O direito do réu está assegurado pelos arts. 170, inc. IX, e 179 da CF, nas Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 47, inc. I, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e pela Lei nº 7.256/84. De outro lado, existindo benefícios e obrigações estipuladas em leis federal, estadual e municipal, torna-se necessário um sindicato para a defesa desses interesses. A Instrução Normativa nº 09, invocada pelos autores, foi revogada pelo item 08 da Instrução Normativa nº 01, de 27-08-91. Os autores não impugnaram o registro do réu

no Ministério do Trabalho, estando preclusa, pois, a matéria. O Tribunal de Justiça do Estado já decidiu que o registro dos sindicatos deve ser feito no Ministério do Trabalho e não no Cartório dos Registros Especiais. Pleiteou o acolhimento das preliminares ou, no mérito, a improcedência da ação, com as cominações de praxe.

Replicaram os autores às fls. 562/576. Ingressou o réu com reconvenção, por intermédio da qual afirma que está devidamente registrado no Ministério do Trabalho, sendo que os autores-reconvindos estão impedidos, por lei, de representarem microempresários. Através de publicações na imprensa, os autores-reconvindos atingiram moralmente o réu reconvinte, infringindo norma constitucional, com o que praticaram ato ilícito, a par de ocasionar dano moral ao réu. Pugnou pela procedência da reconvenção, com a condenação dos autores-reconvindos ao pagamento de indenização por ato ilícito e dano moral, autores das publicações acostadas aos autos, bem como seja declarado que as grandes empresas, seus sindicatos e federações não têm legitimidade para representar as microempresas e também para cobrar qualquer contribuição dos microempresários, como também seja declarada a legitimidade do registro do SINDIMICRO no Ministério do Trabalho, efetivado em cumprimento de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em contestação à reconvenção, os autores-reconvindos alegam, em preliminar, ausência dos pressupostos de admissibilidade da reconvenção, nos termos do art. 315 do CPC, inépcia da

inicial e ilegitimidade de parte. No mérito, refutam as alegações do réu-reconvinte, aduzindo acerca da possibilidade de as federações impugnarem o registro do sindicato-réu. Os sindicatos-autores vêm representando os microempresários no âmbito de sua localidade e categoria profissional respectiva. O réu-reconvinte não possui personalidade jurídica, para o que é necessário o registro no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não sendo suficiente aquele feito perante o Ministério do Trabalho, o qual não foi realizado a contento pelo demandado. Sendo assim, não tem legitimidade para a prática de atos sindicais. Inocorreu a prática de qualquer ato ilícito por parte dos autores-reconvindos, sendo que as publicações referidas foram lícitas, inexistindo, pois, dano a reparar. Requereram o indeferimento da reconvenção e, caso examinado o mérito, a improcedência desta.

Nova manifestação do réu-reconvinte às fls. 332/339. Em audiência, foi tomado o depoimento pessoal do representante da primeira autora. Declarada encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais em substituição aos debates, oportunidade em que as partes reafirmaram suas teses. O réu procedeu à juntada de documento aos autos, a respeito do qual foi dada vista aos autores.

Em 02-06-93, o Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre – SINDILOJAS/POA, ajuizara medida cautelar inominada contra o réu, valendo-se basicamente dos mesmos argumentos expendidos na presente ação. Postulou a concessão de liminar para determinar que o réu se abstenha da prática

de atos privativos de sindicato, tais como a cobrança de contribuições (sindical, assistencial e confederativa), participação em negociações coletivas de trabalho e a utilização privativa da denominação “sindicato”, como também seja determinado o bloqueio dos valores arrecadados pelo réu, e, ao final, seja julgada procedente a ação, tornando definitiva a liminar, com os consectários legais. A liminar foi deferida em parte (fls. 135/136 dos autos em apenso).

Citado, o réu contestou a demanda, sustentando, em preliminar, inépcia da inicial e ilegitimidade de parte do autor e inépcia do pedido. No mérito, assevera, em apertada síntese, que a criação do demandado está revestida de legalidade e legitimidade, tendo sido obedecidos os critérios legais. Refutou todas as argumentações do autor. Pleiteou a revogação da liminar concedida.

As fls. 713/718, foi postulada a admissão da Federação do Comércio Varejista do Estado do Rio Grande do Sul e demais autores da ação principal no pólo ativo da lide, na qualidade de litisconsortes do autor. Replicou o autor às fls. 1.500/1.507. Sobrevieram novas manifestações das partes.

Em 24-08-93, o Sindicato do Comércio Varejista de Bagé promoveu ação ordinária também contra o ora réu, contendo o mesmo objeto e causa de pedir em relação à ação ora examinada, onde tece basicamente os mesmos argumentos. Requereu a procedência da ação, com formulação dos mesmos pedidos encartados na demanda principal à ação cautelar e aplicáveis a si. Em contestação, o réu também aduz preliminares de ilegitimidade e falta de interesse do autor,

sustentando os mesmos argumentos e deduções daqueles expostos em contestação, nas demandas principal e cautelar, tendo postulado a improcedência da ação, com as cominações de estilo. Réplica do autor às fls. 229/236. A respeito da réplica e de documentos juntados, manifestou-se o réu. O autor juntou novo documento nos autos, a respeito do qual foi dada vista ao réu. É o relatório. Passo a fundamentar.

Cabe, inicialmente, o exame do pedido formulado às fls. 713/718 dos autos da ação cautelar, pendente ainda de apreciação pelo juízo, o qual vai deferido, para o fim de incluir a Federação do Comércio Varejista do Estado do Rio Grande do Sul e demais autores da ação principal à cautelar (Proc. nº 01193217948) no pólo ativo da lide, na condição de *litisconsortes* da parte-autora, com os efeitos daí decorrentes. Apreço desde logo as preliminares argüidas na contestação à presente ação e concluo pela improcedência. As federações-autoras são partes legítimas para impugnar a entidade-ré, na medida em que detêm elas representação residual nas localidades em que as categorias econômicas ou profissionais não estejam organizadas em sindicato.

Por outro lado, possuem elas interesse de agir, visto que são destinatárias das contribuições respectivas. É o que se extrai à luz dos arts. 591 e 857 da CLT. A decisão do STJ trazida à colação pelo réu não se afeiçoa ao caso dos autos. Por outro lado, possuem os sindicatos atacadistas interesse de agir, sendo, outrossim, partes legítimas para figurarem no pólo passivo da lide, já que a circunstância de as empresas

atacadistas serem intermediárias no comércio não lhes retira o caráter de microempresas, enquadrando-se elas no respectivo Estatuto (Lei nº 7.256/84), o qual lhes dispensa tratamento de microempresa, que por sua vez são representadas pelos sindicatos-autores.

Também inócorre ilegitimidade ou falta de interesse de agir por parte dos sindicatos de representantes comerciais, do Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas do RGS e do Sindicato dos Salões de Barbeiros, Cabeleireiros e Institutos de Beleza de Porto Alegre, já que englobam microempresas no universo de seus representados, sendo que a lei dispensa aos representados das entidades sindicais nominadas tratamento diferenciado de microempresa. Este também é o caso dos autores Sindicato do Comércio Varejista de Material Óptico, Fotográfico e Cinematográfico do RS, Sindicato do Comércio Varejista de Veículos e Peças e Acessórios para Veículos do RS e Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do RS. Aliás, é a própria entidade-ré que, em *antinomia* com o ora alegado, arrola alguma das empresas ligadas a tais ramos de atividade como sendo microempresas e suas representadas. Vão rejeitadas, pois, as prefaciais.

Com razão os autores-reconvindos, quando, em sede de preliminar na contestação à reconvenção, sustentam que o pleito reconvenicional não é passível de ser estendido a terceiros que não integrem o pólo ativo da relação processual. Para este rumo aponta a jurisprudência, vedando a ampliação subjetiva da relação processual em sede de

reconvenção (RT nºs 637/87 e 639/83). Neste caso, uma vez que, dentre os autores das matérias jornalísticas juntadas às fls. 309/310 e 314, somente o Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre – SINDILOJAS/POA figura como autor na ação principal à ação cautelar, apenas contra ele poderia ser direcionada a reconvenção.

Não vejo, contudo, tal circunstância como causa de indeferimento da inicial, devendo pleito reconvenicional prosseguir somente contra o SINDILOJAS/POA, restando excluídos os demais autores das notas publicadas em jornal, por ilegitimidade de parte, inócorrendo, neste caso, hipótese de sucumbência. Também não vislumbro tenha o réu-reconvinte extrapolado os limites do pleito reconvenicional, haja vista que agitou matéria conexa à ação principal, não resultando vulnerado, a meu ver, o art. 315 do CPC.

Por último, desserve para tornar inepta a inicial ou conduzir à extinção da reconvenção por ilegitimidade de parte o fato de o réu-reconvinte ter feito a afirmação de que os autores-reconvindos são grandes empresas ou entidades sindicais de grandes empresas, sem que isto possa ter correspondência com a realidade. Desacolho, pois, as prefaciais agitadas na contestação à reconvenção.

Outro não é o destino a ser dado às preliminares suscitadas pelo réu nos autos da ação cautelar em apenso. A petição inicial da ação cautelar não se afigura inepta, porquanto contém todos os requisitos do art. 282 do CPC. De outro norte, vê-se que os autores fizeram alusão ao fato de que ingressariam

com futuro processo de conhecimento, desnecessitando que viessem a nominar a demanda principal a ser oportunamente intentada. Também não se afigura inépta a inicial porque no pedido não foram declinados quais são os atos privativos de sindicato, o que se torna despciendo, em vista de que tais atos vêm expressamente previstos em lei. Tais circunstâncias são insuficientes a caracterizar inépcia da inicial

O fato de o autor, que inicialmente figurou solitário na petição inicial da cautelar, ter base territorial menos abrangente do que o réu não afeta de modo algum sua legitimidade, já que o interesse do autor se planteia no fato de que o réu estaria a praticar atos sindicais privativos daquele em sua base territorial. Por outro lado, a medida cautelar postulada não é satisfativa, a qual, dependendo de como decidido o mérito da ação principal, já ajuizada, poderá ser cassada ou tornar-se definitiva. Por outra e por último, inexistente impossibilidade jurídica no pedido consistente em se furtao réu de utilizar a expressão “sindicato”, o que resta na dependência do posicionamento a ser adotado quanto ao mérito da ação. Restam afastadas, também, estas preliminares.

Improcede, outrossim, a preliminar argüida pelo sindicato-réu nos autos da Ação Ordinária nº 01193286703, porquanto o autor é o legítimo representante sindical da categoria econômica do comércio varejista, estando legitimado, outrossim, para representar as microempresas, o que se diz calcado nos mesmos argumentos já esposados retro, pelo que desacolho, outrossim, tal prefacial.

Passo, agora, a examinar o mérito das três ações em conjunto. Tenho por procedente a pretensão dos autores relativamente às três ações intentadas. De fato, o art. 570 da CLT estabelece as bases em que constituir-se-ão os sindicatos, dispondo que o farão por categorias econômicas ou profissionais específicas. Já o art. 511, § 1º, da CLT, dispõe que a “*solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica*”. E abro aqui um parêntese para afirmar que tais normas foram recepcionadas pela novel Constituição Federal. Vê-se, pois, que estas categorias econômicas ou profissionais caracterizam-se e *classificam-se* por intermédio do *ramo de atividade* em que atuam. Dizem necessariamente com o *objeto social* da respectiva empresa.

Pretender, agora, a par da existência dos sindicatos-autores, os quais representam as categorias econômicas ou profissionais das respectivas empresas filiadas, criar sindicato que reúna empresas em razão de sua magnitude ou porte econômico, ou seja, a qualidade de micro e pequenas empresas, como pretende o réu-reconvinte, é, sem dúvida alguma, ferir de morte o *princípio da unicidade sindical* insculpido no art. 8º, inc. II, da CF, que veda a criação de outro sindicato de representação da mesma categoria, na mesma *base territorial*.

Haverá, necessariamente, mais de um sindicato para uma única categoria econômica ou profissional, o que só se faria possível caso nosso ordenamento jurídico adotasse o princípio do *pluralismo*

sindical, o que sabidamente não ocorre. A agasalhar a tese esboçada pelo réu, estar-se-á admitindo a possibilidade de que futuramente também sejam criados sindicatos das médias e das grandes empresas!

E a quem precisamente caberá a representatividade de determinada categoria econômica ou profissional? Ao sindicato que as representa pelo ramo de atividade ou àquele que as classifica pelo porte? Não há como deixar de inferir que pensar como quer o réu-reconvinte importa ferir o princípio da organização de sindicatos representativos de categoria econômica ou profissional! É aos autores que cabe, *com exclusividade*, a defesa dos direitos e interesses das categorias respectivas, bem como a titularidade do crédito de taxas ou contribuições sindicais destas.

Não há, pois, como sobreviver o sindicato-réu no atual ordenamento jurídico, não estando, pois, legitimado a praticar atos de representatividade de empresas de categoria econômica ou profissional diversas, as quais já se encontram representadas pelos autores, nem a receber a respectiva contribuição sindical. Eventual necessidade de defesa de interesses das micro e pequenas empresas, levando em consideração seu *potencial financeiro*, conforme sustentado pelo réu, não se erige em circunstância capaz de revestir de *legalidade* sua criação, à luz do ordenamento jurídico. Poderia a pretensão até mesmo ser *legítima*, mas não *legal*.

A tal conclusão se chega independentemente da perquirição acerca da existência ou não de *personalidade jurídica* do réu. Vale dizer, a *contrario*

sensu, que mesmo estivesse o réu dotado de personalidade jurídica, tal circunstância não se erigiria em óbice ao acolhimento das ações ora em exame, com o que poderia ainda ser manejada futura ação objetivando à anulação do respectivo registro. Ainda que assim não fosse, como já frisado, tenho que o réu não está dotado de personalidade jurídica. É que não é suficiente o registro no Ofício Civil das Pessoas Jurídicas, fazendo-se necessário o registro no Ministério do Trabalho, mais precisamente perante a AESB.

De outro quadrante, a carta sindical acostada aos autos pelo réu-reconvinte desserve para tal fim, já que, como asseverado com propriedade pelos autores-reconvindos, tal documento foi expedido quando em vigor a Instrução Normativa nº 05, que resultou revogada pela Instrução Normativa nº 09, por considerada aquela ilegal, com o que restaram revogados os registros efetivados nas circunstâncias pretéritas. Digase, de outra banda, que eventual revogação da Instrução Normativa nº 09, o que se teria dado através da Instrução Normativa nº 01, de 27-08-91, não teria efeito *repristinatório* em relação à Instrução Normativa nº 05.

Por outra, eventual ausência de impugnação à época da inscrição do réu no Ministério do Trabalho, por parte dos autores-reconvindos, jamais importará em qualquer espécie de preclusão ou prescrição do direito alegado pelos autores, conforme equivocadamente afirmado pelo réu-reconvinte. A legislação invocada pelo réu-reconvinte quando da contestação à ação principal não lhe socorre a ponto de lhe conferir a pre-

tendida legitimidade, já que esta esbarra na legislação até aqui referida.

De tal argumentação, corolário lógico é a improcedência da reconvenção, sendo que as publicações nos jornais, à vista da ilegitimidade e até da ilegalidade do réu-reconvinte, não se constituem atos ilícitos a ensejar indenização por quaisquer danos moral ou material. Com mais razão desprocedem os demais pedidos do pleito reconvenicional.

Consigne-se, por derradeiro, não constar nos autos comprovação de qualquer provimento judicial no sentido de, modo expresso e teleologicamente falando, ter considerado o demandado legítimo representante das micro e pequenas empresas, paralela e concomitantemente à representatividade dos sindicatos das respectivas categorias econômicas e profissionais, como afirmado pelo réu-reconvinte. Merecem prosperar, pois, as ações intentadas.

Em face do exposto: a) Julgo improcedente o pedido reconvenicional e procedentes os pleitos formulados nas ações ordinária e cautelar inominada (Processos nºs 01193217948 e 01193177597) que a Federação do Comércio Varejista do Estado do Rio Grande do Sul e outros moveram contra o Sindicato dos Microempresários do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIMICRO, para, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida, declarar a ilegitimidade do réu para representar sindicalmente os microempresários integrantes das categorias econômicas representadas pelos autores, condenando-o à obrigação de não fazer, consistente em abster-se da prática de atos privativos de sindicatos, tais como cobrança de contribuições

(sindical, assistencial e confederativa), participação em negociações coletivas de trabalho, bem assim da utilização da denominação “sindicato”.

Condeno o réu-reconvinte, ainda, a proceder à devolução aos autores-reconvindos das contribuições arrecadadas até agora dos microempresários integrantes das categorias econômicas representadas pelas entidades-autoras, cujas importâncias deverão ser depositadas junto ao UNIBANCO, agência 0553, código 100194.8.

b) Julgo procedente o pedido encartado na ação ordinária que o Sindicato do Comércio Varejista de Bagé moveu contra o Sindicato dos Microempresários do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIMICRO para declarar a ilegitimidade do réu para representar sindicalmente os microempresários integrantes da categoria econômica representada pela entidade-autora, condenando-o à obrigação de não fazer, consistente em abster-se da prática de atos privativos de sindicato, tais como cobrança de contribuições (sindical, assistencial e confederativa), participação em negociações coletivas de trabalho, bem assim da utilização da denominação “sindicato”.

Condeno o réu, ainda, a proceder à devolução ao autor das contribuições arrecadadas até agora dos microempresários integrantes da categoria econômica representada pela entidade-autora, cuja importância deverá ser depositada junto ao UNIBANCO, agência 0553, código 100194.8.

Face à sucumbência, e em razão de que as três demandas foram promovidas pela mesma Banca de Advogados,

condeno o réu-reconvinte ao pagamento das custas processuais das ações e reconvenção, bem como dos honorários dos advogados dos autores-reconvindos, que arbitro, relativamente às três ações e reconvenção, em conjunto, em 20 URHs, levando em conta a natureza das

demandas e trabalho desenvolvido (art. 20, § 4º, do CPC).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 13 de junho de 2000.

Régis de Oliveira Montenegro Barbosa, Juiz de Direito Substituto em regime de exceção.

Processo nº 2878/107 – Pedido de Falência

Palmares do Sul – Vara única

Requerente: Boa Noite – Ind. e Com. de Colchões Ltda.

Requerido: Piragibe Comércio e Representação Ltda.

Juíza prolatora: Inajá Martini Bigolin

Data: 27-06-00

Falência. Não-aceitação do cargo de síndico pelos credores da massa. Aplicação do art. 75 da LF. Encerramento da falência.

Vistos, etc.

Piragibe Comércio e Representação Ltda. teve sua falência requerida por Boa Noite – Indústria e Comércio de Colchões Ltda., que se diz credora da importância de R\$1.820,16, representada por duplicatas, acompanhadas de notas fiscais, comprovantes de recebimento das mercadorias e protestos. Procedeu-se à citação pessoal do representante do requerido (fl. 56-v.), o qual se manteve silente.

Foi decretada a falência, em sentença datada de 04-01-99, sendo nomeada síndica a credora, que, imediatamente declinou da nomeação (fl. 99). Foram nomeados síndicos dativos, que renunciaram à nomeação (fls. 100, 109, 114 e 119/120). O Oficial de Justiça certificou a inexistência de bens da massa falida (fl. 126-v.).

Manifestou-se o Ministério Público (fl. 127-v.). Foram publicados os editais, na forma do art. 75 e parágrafos, do Dec.-Lei nº 7.661/45, não tendo havido nenhuma postulação de credores (fls. 130/135). Nomeou-se síndica dativa, a qual requereu o encerramento da falência (fls. 141/142). É o breve relatório. Passo a decidir.

No presente processo, como nas demais falências que tramitam nesta Comarca, depreende-se a tormentosa questão com que defrontam os magistrados no tocante a não-aceitação do cargo de síndico pelos credores habilitados na falência.

O que se vislumbra, com frequência, é o credor tentar a cobrança pela via rápida do requerimento de falência para, depois da quebra, declinar do “honroso cargo de síndico”, sob os mais variados pretextos ou sem justificativa nenhuma. Diante disso, vê-se o Juiz forçado à nomeação de síndico dativo, solução injusta, porque os maiores interessados, os credores, não assumem o cargo de síndico, na defesa de seus créditos.

Não é razoável que os Juízes nomeiem advogados para o exercício do cargo, pois acabam estes aceitando o ônus e toda a responsabilidade dele emergente sem nada receber, na maioria dos casos, apenas pela gentileza de atender ao juízo.

Ilógica a facilidade de os interessados diretos, que se mostram indiferentes ao prosseguimento da ação especial, depois de frustrada a expectativa de recebimento imediato de seus créditos, deixarem todas as obrigações aos Juízes, curadores e síndicos dativos, estes cada vez mais sacrificados.

Ora, se a falência é a execução por meio da qual se busca pagar os credores pela liquidação do patrimônio do devedor insolvente, fica difícil entender porque os Juízes, curadores e síndicos dativos devam sustentar interesses dos credores desinteressados, prosseguindo em todos os atos até o dia em que, vendidos os eventuais bens da falida, sejam eles convocados para entregá-los a parte apurada no rateio.

A melhor solução, sobretudo nas falências em que não há a arrecadação de bens e nas quais os credores se mostrem desinteressados, como no caso dos autos, é a aplicação do disposto no art. 75 da Lei de Falências, com o encerramento puro e simples do processo falimentar, atalhando o caminho que conduziria ao mesmo resultado e evitando-se, assim, o suceder de atos inúteis.

Na hipótese em tela, como os credores declinaram do cargo de síndico, foi nomeada síndica dativa, a qual, em nobre auxílio à Justiça, peticionou requerendo o encerramento da falência, em face da certidão do Senhor Oficial de Justiça que noticiou a inexistência de bens da

massa falida. Foi atendido ao preceituado no art. 75 e parágrafo da Lei Falimentar, sendo procedida à publicação dos editais, não tendo nenhum credor se manifestado.

Destarte, não há outro caminho jurídico a seguir, senão o encerramento da falência, visto que o seu prosseguimento somente implicaria despesa material e pessoal para o próprio Judiciário, que estaria trabalhando em um processo, sem colaboração dos credores e sem nenhuma probabilidade de êxito.

Ante ao exposto, *declaro encerrada* a presente Falência de Piragibe Comércio e Representação Ltda., que continuará responsável por seus créditos na forma da lei. Publique-se esta decisão e aguarde-se o decurso do prazo para a interposição de recurso, nos termos do art. 132, § 2º, do Dec.-Lei nº 7.661/45. Após, certifique-se o trânsito em julgado e archive-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Palmares do Sul, 27 de junho de 2000.

Inajá Martini Bigolin, Juíza de Direito.

Processo nº 00104369377 – Ação declaratória c/c condenatória
3ª Vara da Fazenda Pública – 1º Juizado
Autores: Edegar Hugo Lersch e outros
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Juiz prolator: Pedro Luiz Pozza
Data: 10-11-00

Ação declaratória c/c condenatória. Diferenças remuneratórias que expungiram da aplicação da conversão em URV.

Vistos, etc.

Cuida-se de ação declaratória, c/c condenatória, aforada por Edegar Hugo Lersch, Edison Getúlio Pinto Martins, Edite E. Velten, Edmundo C. Mendonça, Eduardo Gil de Lima, Eduardo G. da Silva, Edy dos Santos, Efidelia S. Carmanin, Elcy S. de Oliveira, Elga L. dos Santos, Eliana Mobus, Eliane M. F. dos Passos, Eliane Pelegrini, Elisa D. O. Escopelli, Elizete M. Davoglio, Elvidio S. de Barros, Eny Maas, Erena L. F. Thomas, Erna M. Scheid, Eunice C. da Silva, Eva C. L. da Silva, Francisco S. Fernandes, Fredolino C. de Oliveira e a Associação dos Servidores da Justiça do Rio Grande do Sul contra o Estado do Rio Grande do Sul, objetivando a condenação ao pagamento das diferenças relativas às diferenças remuneratórias que exsurgiram da aplicação da conversão em URV.

Asseveram que, por ocasião da implementação do denominado Plano Real, os servidores do PJRS tiveram seus vencimentos/proventos convertidos de Cruzeiros Reais para URV – em 30-04-94, quando deveria ter sido realizada pelo valor da URV do dia do efetivo pagamento do mês de fevereiro de 1994,

como preceitua o inc. XV do art. 37 c/c o art. 168, ambos da CF/88.

Em pedido sucessivo, requerem que os vencimentos e proventos sejam corrigidos pela aplicação da URV do dia 20-02-94, na razão de 11,98%, e que a conversão seja em percentual de 6,11%, pelo valor da URV de 24-02-94 ou, ainda, que o valor da URV seja aquele do dia 20-04-94 (percentual de 13,17%). Qualquer deles como fator de conversão. Juntam documentos.

Primeiramente, determinada a correção do valor atribuído à causa, sobreveio agravo, ao qual foi agregado efeito suspensivo, conforme decisão da fl. 327. Prosseguindo o feito, foi indeferida a antecipação de tutela (fl. 328), e determinada a citação do réu. Citado, contesta o réu. Alega, em preliminar, a prescrição nos termos do art. 1º do Dec. nº 20.910/32, eis que o ato atacado pelos autores data de 30-04-94 e, assim, já decorreram mais de 05 anos até o ajuizamento da demanda.

No mérito, sustenta improceder a demanda uma vez que não se pode atribuir a conversão do padrão monetário como simples troca de moeda, posto realinharam-se salários, contratos, preços e tarifas, etc. Ademais, por um lapso de tempo, conviveu-se com a URV e o Cruzeiro Real – o primeiro sem poder liberatório, o segundo com limitações

impostas pelo Plano Real, mas com poder pleno de moeda. De outro lado, as normas legais de conversão dos salários e vencimentos vêm fixadas nos arts. 18 a 21 da Lei nº 8.880/94. Requer a improcedência.

Houve réplica (fls. 371/381). Parecer do Ministério Público pela procedência da demanda. Conclusos os autos, relatei. Passo a fundamentar.

Motivação. A lide merece julgamento antecipado, eis desnecessária a produção de outras provas, incidente, na espécie, o disposto no art. 330, inc. I, do CPC. Afasto a preliminar de prescrição do fundo de direito, na medida em que o Ato nº 17/94 da Presidência do Tribunal de Justiça gaúcho não decorreu de requerimento de qualquer dos autores. Não houve, assim, até hoje, manifestação da Administração acerca de eventual postulação dos autores. Ocorreu, isso sim, requerimento administrativo de várias associações de servidores, entre elas a que representa os autores, à Administração do Tribunal de Justiça, protocolado em 26-03-98 (fl. 77), e que veio a ser indeferido pelo Órgão Especial da Corte, por decisão que se tornou definitiva em 22-06-98, após o improvimento de pedido de reconsideração. (acórdão das fls. 288 e ss.)

A respeito do assunto, cumpre referir acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE nº 70.882, da 2ª Turma, em que foi Relator para o acórdão o Min. Eloy da Rocha (julgado em 11-06-76, *in DJU*, de 17-10-77), ocasião em que não foi reconhecida a prescrição da pretensão à readmissão de servidor público do Estado de Pernambuco, decorrente da Lei

Federal nº 1.810/53, art. 1º, embora ajuizada a pretensão mais de 13 anos depois da promulgação daquele diploma legal.

Em seu voto, o eminente Min.-Rel. Eloy da Rocha bem resume a divergência a respeito do assunto, que grassava à época na jurisprudência. Vejamos: “Não é pacífica a orientação do Supremo Tribunal Federal, a propósito da tese em discussão. Tenho afirmado que a relação de função pública, que se estabelece entre o Estado e os servidores, ou qualquer dos direitos que a integram, não se sujeitam à prescrição quinquenal. Os efeitos produzidos, traduzidos nas prestações, as irradiações de caráter patrimonial, é que caem na prescrição quinquenal – RE nº 60.338, de 09-06-67, no qual fui voto vencido (*RTJ* nº 46/107-111), RE nº 58.953, de 10-08-67 (*RTJ* nº 46/44-45), RE nº 64.262, de 17-11-69 (*RTJ* nº 53/532-535). Proclamaram o mesmo princípio os julgados da 2ª Turma, relatados pelo eminente Min. Thompson Flores, no RE nº 61.385, de 07-04-69 (*RTJ* nº 50/639-640) e RE nº 68.080, de 08-06-70 (*RTJ* nº 54/119-121). A mesma Turma, em caso de aplicação do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1947, do Estado de São Paulo – RE nº 62.592, de 06-08-70 (*RTJ* nº 56/167-169) –, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, para julgar não-prescrita a ação. [...]

“Ruy Cirne Lima, depois de assinalar que ‘nem todos os direitos contra a União, Estados e Municípios estão sujeitos à prescrição, como nem todos os direitos prescritíveis estão sujeitos à prescrição quinquenária’, acrescenta,

referindo-se a direitos que, prescritíveis, não prescrevem em 05 anos: 'Estão neste caso todos os direitos faltos de conteúdo patrimonial, que, por isto mesmo, evidentemente não poderão se considerar incluídos no número dos direitos contra a Fazenda Pública'. (*Princípios de Direito Administrativo*, 4ª ed., p. 101)

"Pontes de Miranda ensina que 'A palavra *direito*, no art. 1º do Dec. nº 20.910, está em vez de pretensão que seja decorrente de dívida contra a Fazenda Pública – não o que não é relativo a interesse pecuniário (*verbis* "direito ou ação contra a Fazenda Pública"). Em face dos termos do art. 2º adverte sobre a limitação de seu campo de incidência às matérias nele especificadas e assevera: Assim, o direito à promoção, ou à nomeação, ou à aposentadoria, ou à disponibilidade, ou aos vencimentos adicionais, escapa ao art. 2º'. (*Tratado de Direito Privado*, Tomo VI, 2ª ed., § 714, nº 05, pp. 394-396)

"Pelo art. 2º do Dec. nº 20.910, prescrevem em 05 anos todo o direito e as prestações correspondentes, por exemplo, ao montepio civil e militar. Adotada interpretação ampla ao dispositivo, decorridos 05 anos, não haveria mais cogitar de direito ao montepio. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já declarou que 'O direito ao montepio é direito alimentar, que não pode ser alcançado pela prescrição. Esta alcança somente as prestações mensais, vencidas mês a mês'. (RE nº 29.882, de 25-11-58, *RF* nº 194/147-149) Não se extingue o direito, pela prescrição quinquenal. Que, no tocante à pensão, não prescreve o direito, e somente a prestação, não há dúvida. Nem se poderia conceber que direito,

dessa natureza, prescrevesse. Na previdência social, serviço público descentralizado da União, vige a regra de que não prescreverá o direito ao benefício, prescrevendo as prestações respectivas, não-reclamadas no prazo de 05 anos (art. 57 da Lei nº 3.807, de 26-08-60).

"Poderão considerar-se, no exame da questão, três hipóteses: a) pretensão à prestação periódica, sem controvérsia sobre o direito; b) controvérsia sobre um dos direitos que consubstanciam a relação de função pública; c) controvérsia sobre a existência, ou a formação, da relação de função pública. Se prescrevessem quaisquer direitos integrantes da relação de função pública, e não somente as prestações, não se compreenderia a regra do art. 3º do Dec. nº 20.910, de que, 'quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto'. Quando as prestações são sucessivas, com o vencimento de cada uma delas, recomeça o prazo de prescrição.

"É verdade que se tem feito distinção, quando há, de parte da Administração, apenas, ato omissivo da prestação, ou ato de negação expressa da prestação, com a recusa do direito a que ela correspondente. É distinção acolhida na Súmula nº 443. Admitida a prescrição de qualquer direito, ou de quaisquer direitos, dos que constituem a relação de função pública, e não somente da percepção de seus efeitos, admitir-se-ia a existência, dentro dos quadros da Administração, de relação jurídica mutilada, quanto a este ou aquele

funcionário, em confronto com os demais. Os direitos e obrigações, que se inserem, essencialmente, na relação de função pública, não se extinguem senão com esta.

“Propõe-se questão maior, quando não se nega, exclusivamente, uma prestação ou um dos direitos da relação de função pública, mas a existência da relação, ou a sua formação, o chamado fundo do direito. Valem, ainda, nessa hipótese, os ensinamentos de Pontes de Miranda e Ruy Cirne Lima. O recorrente não pretendeu a anulação do ato de demissão, mas o benefício decorrente da Lei nº 1.810, de 21-12-53, que se assemelha à readmissão. Não se argüiu que, antes de 05 anos, tivesse sido negado o direito reclamado ou a situação jurídica de que ele haja resultado (Súmula nº 443). Ainda por essa razão, não é de ser reconhecida, na espécie, a prescrição. *Data venia* do eminente Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento, a fim de que, afastada a preliminar da prescrição, se examine, na instância ordinária, o pedido”.

Ainda, trago à baila o voto do eminente Min. Thompson Flores no julgado referido, quando diz que “tenho proferido votos considerando que a relação entre funcionário público e o Estado, por sua própria índole, é imprescritível. Prescritíveis são, por vezes, as vantagens alcançadas pelo reconhecimento, quando já exigidas após o quinquênio, sem que ocorra interrupção. Sempre segui a lição de Pontes de Miranda, Cirne Lima e outros que prelecionam neste sentido”. Destarte, afasto a isagoge, reconhecendo incidente, tão-somente, a Súmula nº 85 do STJ.

Quanto ao mérito, entretanto, a pretensão dos autores não merece acolhida. Inicialmente, é de observar que se equivocam os autores quando sustentam que a medida provisória que instituiu a URV teria criado nova moeda, cuja utilização seria obrigatória por todos. Certo, é da União a competência de legislar, com exclusividade, sobre o Sistema Monetário Nacional (*ut* CF, art. 22, *caput*, inc. VI).

Todavia, a URV, como consta do art. 1º, *caput*, da Medida Provisória nº 434, de 27-02-94, não se tratava de uma nova moeda, mas, sim, de um novo padrão de valor monetário, permanecendo o *Cruzeiro Real*, nos termos do § 1º do mesmo artigo, como o único *meio de pagamento dotado de poder liberatório*. Aliás, seria absurdo que uma Nação tivesse de conviver, ao mesmo tempo, com duas moedas. Tanto é que o art. 2º, *caput*, da citada medida, dispunha que a URV passaria a ter poder liberatório em data futura, quando de sua transformação em *Real*.

Fica claro, assim, que a URV não era uma nova moeda, mas apenas outra forma de padrão monetário, que passou a conviver com o *Cruzeiro Real* até a instituição do *Real*, mantida aquela moeda, todavia, como o único meio de pagamento dotado de poder liberatório, pelo que não se pode dizer que a utilização da URV era obrigatória. De outra banda, o contido no art. 21 da mesma Medida, por dispor sobre a remuneração de servidores públicos, só poderia atingir, em respeito ao princípio federativo, e sob pena de atingir a autonomia dos Estados, insculpida na CF, art. 18, *caput*, a remuneração dos servidores públicos federais.

Desta forma, conclui-se, primeiro, que a conversão dos vencimentos dos servidores do Poder Judiciário Estadual gaúcho não era compulsória; segundo, que ela não precisaria, obrigatoriamente, obedecer aos critérios fixados pela referida medida provisória, e que depois se transformou na Lei nº 8.880/94, promulgada em 27-05-94. Em assim sendo, só teriam direito os autores à conversão de seus vencimentos para o *Real* a partir da criação da nova moeda, eis que a contar de 1º-07-94 o *Cruzeiro Real* foi substituído pela nova moeda.

Bem ou mal, todavia, a Administração do Tribunal de Justiça gaúcho entendeu de proceder à conversão dos vencimentos de seus servidores, considerando para tanto o valor da URV em 30-04-94, valendo a conversão para os vencimentos de maio/94 em diante. Isso através do Ato nº 17/94, sem qualquer base em diploma legal estadual, e destoando, obviamente, do que constava da Medida Provisória nº 434/94 (que, no particular, não sofreu alterações pela Medida Provisória nº 482/94).

Entretanto, tivesse feito a conversão na forma prevista nas referidas Medidas Provisórias, art. 21, critério que se seguiu na Lei nº 8.880/94, art. 22, a conversão teria resultado em valor ainda menor, como bem demonstrado no parecer do eminente Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa (fls. 180/187 – especialmente fls. 184/185), o prejuízo dos autores teria sido ainda maior, na medida em que a conversão levada a efeito pelo Ato nº 17/94 da Presidência do Tribunal de Justiça resultou em valor 15,86% maior. Não se pode olvidar, ainda, que dessa conversão não resultou

valor inferior ao que foi pago aos servidores em fevereiro/94, conforme dispôs expressamente o art. 21, § 2º das referidas Medidas Provisórias (art. 22, mesmo parágrafo, da Lei nº 8.880/94).

De outra banda, sem razão os autores quando pretendem que seja considerado, para fins de conversão em URV, o dia em que perceberam seus vencimentos em fevereiro, ou, então, o dia 20 do referido mês (ou, ainda, no dia 20 do mês de abril, imediatamente anterior à vigência do Ato nº 17/94), na medida em que a legislação atinente à espécie dispôs expressamente que, para fins de conversão, seria considerado o valor da URV do último dia dos meses de novembro e dezembro/93, janeiro e fevereiro/94.

Note-se, como bem salientou o réu em sua defesa, que não há nenhuma disposição legal ou constitucional que assegure aos servidores ativos e inativos do Poder Judiciário Estadual perceber seus vencimentos/proventos antes do final do mês, o que ocorre por mera liberalidade da Administração Pública, sempre no antepenúltimo dia útil de cada mês. O fato de o Poder Judiciário, por força de sua autonomia financeira, receber seus recursos até o dia 20 de cada mês não significa, com a devida vênia dos que pensam em contrário, que esse dia deve servir, como serviu para os servidores do Poder Judiciário Federal, como data para o cálculo da conversão de seus vencimentos em URV.

Acolher a pretensão dos autores significaria privilegiá-los em detrimento dos demais servidores estaduais, que não tiveram a conversão da URV pela data do pagamento dos vencimentos/proventos,

muito menos com base na URV do dia 20, e que resultaria, em verdade, em um tratamento desigual, ofensivo não só à legislação que regulou a espécie, mas, também, ao art. 5º, *caput*, da CF.

Dispositivo. Isso posto, julgo improcedente a demanda aforada por Edegar Hugo Lersch contra o Estado do Rio Grande do Sul. Condene os autores ao

pagamento das custas processuais, bem assim verba honorária em favor do réu, que arbitro em 02 URHs para cada autor, em vista dos comemorativos do art. 20, §§ 3º e 4º.

Registre-se e intímese, primeiro o Ministério Público.

Porto Alegre, 10 de novembro de 2000.

Pedro Luiz Pozza, Juiz de Direito.

**Processo nº 9040/260 – Processo de Conhecimento. Ação Condenatória
Comarca de Campo Novo, Vara Judicial Única**

Autor: Nicanor José de Lima

Réu: Cooperativa Triticola Mista Campo Novo Ltda.

Juiz prolator: Luís Antônio Saud Teles

Data: 16-11-00

Ação condenatória. Restituição de quota-parte. Sociedade cooperativa. Direito de decesso.

Vistos, etc.

Nicanor José de Lima, brasileiro, casado, agricultor, domiciliado no Município de Humaitá-RS, ajuizou a presente ação condenatória contra Cooperativa Triticola Mista Campo Novo – COTRICAMPO, pessoa jurídica de direito privado, com sede administrativa na cidade de Campo Novo, na Rua Sete de Setembro, 217. O autor postulou o reconhecimento do seu direito e a conseqüente condenação da ré na restituição do valor de sua quota-parte, acrescida de correção monetária, créditos replicados para aumento do capital de giro e das sobras líquidas operacionais de cada exercício. Aduziu que diversas foram as integralizações realizadas durante o período em que permaneceu associado e que o aumento do capital social da sociedade representa o respectivo aumento do valor da quota-parte de cada associado.

Recebida a inicial, a ré foi citada e apresentou contestação nas fls. 18/31. Em defesa, a ré alegou a carência de ação em razão da ausência de lide quanto ao pedido de demissão e a impossibilidade jurídica do pedido de pagamento imediato do valor da quota-

-parte. No mérito, discorreu acerca da natureza jurídica da sociedade cooperativa e concluiu pela improcedência da pretensão do autor, porque não amparada pelas normas estatutárias. Juntou os documentos das fls. 32/65.

Houve réplica nas fls. 67/76, onde o autor repisou as teses apresentadas na inicial e rebateu as preliminares invocadas pela ré. Houve a produção de perícia contábil, sendo o laudo acostado nas fls. 91/119. Encerrada a fase instrutória, as partes apresentaram suas alegações finais nas fls. 138/40 e 142/6. Vieram os autos conclusos. Relatei. Decido.

Carência de ação. A questão relativa ao pedido de demissão restou absolutamente superada quando o autor, pelo documento da fl. 81, cumprindo as disposições legais e estatutárias, manifestou perante a cooperativa a sua intenção de abandonar o quadro cooperativo. O direito de decesso do cooperativado alinha-se dentre aqueles classificados pela doutrina como direitos formativos, pois não permite uma resistência por parte do sujeito passivo da relação. Basta que uma das partes manifeste a sua vontade para que o ato jurídico seja modificado em seus efeitos ou extinto com a conseqüente exclusão da órbita jurídica. Dessa forma, é mais que evidente a carência de ação do autor

quanto ao pedido de demissão, entretanto, como há cumulação de pedidos, e como houve a demissão espontânea do autor durante o tramitar do processo, reconheço a perda do objeto da ação quanto a este ponto e limito a análise do processo à discussão relativa ao *quantum* e forma de cálculo do valor da quota-parte do cooperado que sai da sociedade.

Natureza jurídica da sociedade cooperativa. A natureza jurídica da sociedade cooperativa é *sui generis*, pois não se identifica com as sociedades mercantis em geral e tampouco com as chamadas associações civis. A relação entre a cooperativa e os cooperados é bastante ambígua, pois, conforme á [sic] assinado por Georges Ripert¹, a um só tempo, os cooperados são os sócios da cooperativa e os destinatários finais de sua atividade, ou seja, num só tempo, os cooperados são associados e clientes da cooperativa. Para Pontes de Miranda²: “A sociedade cooperativa é sociedade em que a pessoa do sócio passa à frente do elemento econômico e as conseqüências da personalidade da participação são profundas, a ponto de torná-la espécie de sociedade”.

Entre nós, é a Lei nº 5.764, de 16-12-71, que discorre sobre o tema das sociedades cooperativas e, no seu art. 4º, lê-se que “as cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e nature-

za jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados”. Portanto, no ordenamento jurídico nacional, a sociedade cooperativa possui regras e características próprias e não se confunde com as sociedades comerciais ou civis propriamente ditas, pois a relação entre a cooperativa e o cooperado sustenta-se na *mutualidade*. Não é à toa que a única referência que se encontra na Lei nº 5.764/71 às sociedades mercantis é a do art. 53, quando equipara a responsabilidade criminal dos administradores das cooperativas àquela dos administradores das sociedades anônimas.

Salutar é a definição trazida no art. 3º da Lei do Cooperativismo quando dispõe que “celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”. Disto decorrem alguns princípios próprios das sociedades cooperativas, sendo que, como bem observado por Arnaldo Wald³ sua natureza e o regime jurídico próprios “fazem com que nelas o capital social não tenha a mesma importância do que nas sociedades comerciais em geral, não sendo a participação do cooperado no capital o critério de distribuição de lucros e podendo o estatuto estabelecer, na matéria, regras próprias [...]”

1 – Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 9ª ed., revista por René-Roblot, vol. 2, nº 1.644, p. 964.

2 – Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 49/429, Rio, Borsóí, 1965, § 5.247, 1.

3 – Arnaldo Wald, *Da Natureza e do Regime Jurídico das Cooperativas e do Sócio Demitido ou que se Retira da Sociedade*, RT nº 711/63.

Prossigue o Prof. Arnaldo Wald doutrinando que assim “o patrimônio cooperativo não equivale, nem formal, nem substancialmente, ao patrimônio das demais sociedades, até porque os direitos dos sócios ao patrimônio cooperativo não se aferem pelos parâmetros comuns do ordenamento societário. Em outras palavras, a participação do associado não gera direito de crédito ao recebimento periódico de lucros. A respeito, observe-se a vedação impressa no art. 24, § 3º, da Lei nº 5.764/71, que realça, nessa espécie *sui generis* de sociedade, a inexistência de objetivo de lucro, afinando com a própria definição do contrato de sociedade cooperativa, constante no art. 3º do mesmo diploma legal”.

Para uma sociedade mercantil, cada sócio *vale* segundo aquilo que possui, sendo que a sua força é diretamente proporcional ao capital social que dispõe e inexistente vedação legal à aquisição das quotas sociais pelos sócios. Em outro extremo, em uma sociedade cooperativa, cada cooperado possui idêntico poder de voto e decisão (princípio do voto único; *una testa – un voto*); e mais, por expressa vedação legal, nenhum cooperado pode subscrever mais de 1/3 do total das quotas-partes (art. 24, § 1º, da Lei) da cooperativa.

Pelo princípio da *porta aberta*, o cooperado adere voluntariamente à cooperativa e, por via de consequência, pode dela desligar-se também a qualquer tempo. O ato de entrada do sócio dá-se por adesão, pois, a ele cabe apenas sujeitar-se àquelas regras predefinidas na lei e no estatuto social. Ainda quanto à natureza jurídica, há que se salientar que o capital social não per-

tence integralmente aos cooperados e basta a leitura do art. 68, VI, da Lei para ver-se a solidez desta afirmação. Se o capital social pertencesse aos cooperados, no momento da extinção da cooperativa – uma vez quitado o passivo – o restante deveria ser rateado proporcionalmente entre todos os cooperados, pois estes seriam os *donos* desta sobra, *entretanto, não é isto que ocorre*.

Segundo o disposto no inc. VI do art. 68 da Lei das Cooperativas, no caso de dissolução da sociedade, é obrigação do liquidante “realizar o ativo social para saldar o passivo e reembolsar os associados de suas quotas-partes, destinando o remanescente, inclusive os fundos indivisíveis, ao Banco Nacional de Crédito Cooperativo S/A”.

Dessarte, ao contrário do que algum incauto poderia afirmar, inexistente enriquecimento ilícito da sociedade quando se diz que o aumento do capital social não corresponde a proporcional aumento do valor das quotas-partes dos cooperados. Deixo também em destaque a circunstância de que o cooperado possui tão-somente uma quota-parte, e não uma fração ideal do patrimônio global da cooperativa.

Direito de decesso. Valendo-me mais uma vez dos ensinamentos de Arnaldo Wald, “como a natureza institucional (não-contratual) e civil (não-empresarial) das cooperativas se sobressai”, o ato de ingresso ou desligamento do cooperado deve obedecer estritamente às normas estatutárias, em razão da característica de contrato de adesão já acima referida. Portanto, no momento da saída, nada mais pode o cooperado invocar além das normas estatutárias que livremente aderiu.

Mal comparando, a sociedade cooperativa, em sua constituição, possui gênese semelhante àquela proposta por Tomas Hobbes em *O Leviatã*, porque, para a criação de uma cooperativa, os sócios abrem mão de parcela dos seus direitos para possibilitar o surgimento daquele ente que possui a finalidade precípua de buscar o bem social, mesmo com o prejuízo de interesses particulares. É inegável que toda cooperativa possui o máximo interesse em sua autopreservação e este *instinto de sobrevivência*, ditado pelo caráter suprapessoal da sociedade cooperativa, tem de conviver com o direito formativo do cooperado na sua demissão. Como a cooperativa é uma sociedade de pessoas, o decesso de um sócio agride a sua própria existência, e é por esta razão que a Lei e, via de regra, o estatuto social, se preocupam com tal fato.

No caso da ré, o seu estatuto prevê (art. 11) que a restituição da quota-parte será realizada em até 03 anos após o exercício financeiro que se seguir ao que se deu o desligamento do cooperado; sendo que este prazo foi estendido para até 08 anos pela decisão do Conselho Deliberativo (ata nº 01/97, acostada nas fls. 87/8). Este parcelamento faz diluir no tempo os efeitos funestos que as demissões causam à saúde financeira da sociedade cooperativa que, como já bastante salientado, sobrevive por todos e em razão de todos os seus cooperados.

Pedidos do autor. O autor requer: “seja julgado procedente o pedido, condenando a ré a restituir o valor das quotas-partes pertencentes ao autor, devidamente corrigidas, com os créditos replicados para aumento do capital de

giro, o que veio aumentar a quota-parte individual; as sobras líquidas operacionais de cada exercício, que se não distribuídos foram apropriados pela própria cooperativa, para aumento de capital social”. O documento acostado na fl. 80 permite uma perfeita visualização da conta capital do autor como cooperado da ré, sendo que, em 30-08-99, o valor integral alcançava R\$ 642,78.

Para finalizar, ainda apresento a conclusão do perito contábil na resposta aos quesitos de nºs 11 e 12 formulados pelo autor (fl. 102): “11. Qual o valor da quota-parte do requerente que a COTRICAMPO pretende restituir? R.: A COTRICAMPO pretende restituir o valor de R\$ 642,78. 12. Queria o senhor perito efetuar a correção monetária pelo IGP-M, acrescendo juros de 6% ao ano, sobre todas as integralizações de quotas-partes firmadas pelo requerente, desde a origem até a demissão? R.: O autor subcreveu o valor, em 13-03-77, de Cr\$ 1.200,00. Somente integralizou parte de suas quotas, ou seja: em 13-03-77 – Cr\$ 200,00, em 28-02-78 – Cr\$ 200,00, em 28-02-79 – Cr\$ 200,00. Observa-se que o restante de Cr\$ 600,00, o autor não integralizou, segundo os registros da contabilidade da COTRICAMPO. O valor do capital efetivamente realizado corrigido pelo IGP-M mais juros de 6% totaliza, para 29-02-00, o valor de R\$ 493,31”. Portanto, pelas conclusões do experto, na realidade a ré efetuou os cálculos da forma mais favorável ao autor.

Direito ao pagamento imediato desta quota-parte e em parcela única o autor não possui, pois, conforme já salientado, o estatuto social estabelece o pagamento de forma parcelada, e cabe

ao autor sujeitar-se àquelas regras estatutárias. Como inexistente vinculação direta entre o valor da quota-parte dos cooperados e o capital social da cooperativa, desprovida de suporte legal se apresenta a pretensão da restituição dos créditos replicados para capital de giro ou apropriados pela cooperativa para acréscimo ao capital social, porque o fim não-lucrativo ou especulativo da sociedade cooperativa impede a pretendida vinculação entre quota-parte e capital associativo. Por derradeiro, também padece de suporte legal a pretensão do autor na correção monetária dos valores que lhe devem ser restituídos, pois tal pedido é vedado pelo disposto no pa-

rágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.249/95.

Isso posto, porque inexistente o direito invocado na inicial, julgo improcedente a ação movida por Nicanor José de Lima contra a Cooperativa Trítícola Mista Campo Novo – COTRICAMPO. Condeno o autor no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da ré que arbitro em 10% sobre o valor da causa.

Com o trânsito em julgado, archive-se com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Campo Novo, 16 de novembro de 2000.

Luís Antônio Saud Teles, Juiz de Direito.

Processos nºs 00101075803 e 103795705 – Indenizatória
3ª Vara da Fazenda Pública – 1º Juizado
Autores: OPEN – Obras, Projetos e Engenharia Ltda. e outras
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Juiz prolator: Pedro Luiz Pozza
Data: 22-11-00

Indenizatória. Rescisão unilateral de contrato administrativo. Lucros cessantes limitados ao lucro líquido.

Cuida-se de ações indenizatórias por danos materiais e morais aforadas por OPEN – Obras, Projetos e Engenharia Ltda., R. Corrêa Engenharia Ltda., J. Martins da Silva & Cia. Ltda., Construtora Cimento Cousandier S. A. e Cótica Engenharia e Construções Ltda. contra o Estado do Rio Grande do Sul. No que releva consignar, aduzem ter firmado contratos com o requerido para construção de CIEPs em diversas localidades. Entretanto, tais contratos foram suspensos com a edição do Decreto Estadual nº 35.791/95, primeiramente, pelo prazo de 90 dias. Por último, foi editado o Decreto nº 35.959/95, que suspenderia o prazo até a data de 05-08-95. Atendidos que foram os ditos da Lei nº 8.666/93, decorrido o prazo de suspensão, nada fez a Administração. Idas e vindas, restaram rescindidos, unilateralmente, os contratos, via edital no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul. Daí a presente ação, buscando ressarcimento pelos lucros cessantes, prejuízos sociais e morais.

Citado o réu, oferta a contestação das fls. 201/220. Aduz, preliminarmente, ausência de representação processual, impossibilidade jurídica do pedido, inép-

cia da petição inicial. No mérito, a improcedência da demanda, tanto considerada contrária ao interesse público a construção da obra em razão de modificação de situação de fato. A rescisão unilateral é ato próprio da Administração, independente de ordem ou decisão judicial, sendo uma de suas várias prerrogativas. Pede a improcedência. Réplica – fls. 249/251. Parecer do Ministério Público pela instrução.

Na primeira demanda, foi saneado o feito, com a rejeição das preliminares, determinando-se a realização de perícia, apresentando as partes seus quesitos. Os autos foram ao perito, com pretensão honorária, impugnada pelas autoras. Conclusos, houve dispensa da prova pericial, reiterando o Ministério Público o parecer já constante dos autos. Ressalto, ainda, o ajuizamento de demanda (nº 103795705) em momento posterior, conexa com a já em andamento, onde as alegações das partes são idênticas. Conclusos os autos, relatei. Passo a fundamentar.

Motivação. As lides merecem julgamento antecipado, eis desnecessária a produção de outras provas, incidente, na espécie, o disposto no art. 330, inc. I, do CPC. O julgamento deve ser conjunto, eis manifesta a conexão entre as duas lides, onde a causa de pedir e o pedido são exatamente idênticos. Não

há necessidade da prova pericial requerida e já deferida, eis que a questão posta em julgamento é exclusivamente de Direito, sendo os fatos relevantes incontroversos. Poderá ser necessária na liquidação, em caso de procedência da demanda.

Não há, de outra banda, cerceamento de defesa pela dispensa de prova pericial já deferida, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Improcedência da demanda, em julgamento antecipado da lide, com dispensa de perícia deferida no saneador. Confirmação da sentença pelo Juízo de 2º Grau. Alegação, em recurso extremo, de divergência com a Súmula nº 424 do STF. Tendo a sentença e o acórdão, com base na prova, considerado tratar-se de venda *ad corpus* e não *ad mensuram*, poderia ser dispensada a perícia anteriormente autorizada. A norma do art. 473 do CPC, alusiva à preclusão das ‘questões já decididas’, dirige-se às partes, não ao Juiz, máxime em matéria probatória, e sob o amparo inclusive do art. 130 do mesmo Código. Súmulas nºs 279 e 454 do STF, tornando defesa a revisão do aresto. Recurso especial improvido. Votos vencidos”. (Recurso Especial nº 13-SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator para o acórdão o Min. Athos Carneiro, julgado em 14-08-89, in *LEX/STJ* nº 4/94)

Com respeito às preliminares argüidas pelo réu nos Autos nº 103795705, rejeito-as, adotando como fundamentos os contidos na decisão da fl. 266 e verso destes autos.

Quanto ao mérito, impõe-se registrar, de início, ser incontroverso, primeiro, que todas as autoras, apesar de te-

rem contratado com o réu a construção de CIEPs, não deram início à execução de nenhuma das obras, nem efetuaram qualquer mobilização de pessoal ou máquinas, eis que, no particular, nada foi alegado nas peças vestibulares. Da mesma forma, é incontroverso que a rescisão foi unilateral, sem culpa das contratadas e, ainda que não tenha sido devidamente justificada, não postulam as autoras a continuação dos contratos, mas, simplesmente, a indenização decorrente da rescisão, que lhes assegura, aliás, o art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

De ressaltar que o Estado, embora refira na sua defesa a ocorrência de vícios nos contratos, às fls. 208 e 210/211, nenhuma prova faz a esse respeito. Aliás, fosse assim, não seria o caso de rescisão unilateral dos contratos, mas de sua anulação ou revogação, precedida, obviamente, do devido processo legal, em que às autoras fosse assegurada ampla defesa e contraditório. Todavia, optando o réu pela simples rescisão unilateral, sem culpa das contratadas, obviamente que têm as autoras direito à indenização pela rescisão unilateral dos contratos, sem que tenham obrado com culpa, incide o disposto no art. 79, § 2º, da Lei referida, que consiste em *ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido*, além do que consta dos itens previstos nos incs. I, II e III do art. 79, § 2º, a respeito do que, porém, as autoras nada postulam.

Esses prejuízos, previstos no § 2º do art. 79, estão restritos aos *lucros cessantes*, conforme fl. 19 (fl. 18 nos autos em apenso) e consistiram, segundo a inicial, no que as autoras deixaram de ganhar com a execução dos contratos,

além de dano moral pela perda de credibilidade junto a fornecedores, instituições financeiras, etc., em virtude da rescisão unilateral imotivada, bem assim pela diminuição da capacidade financeira absoluta, o que as prejudicou em diversos procedimentos licitatórios.

Com respeito ao dano moral, nenhuma demonstração há por parte das autoras no sentido de sua ocorrência, pois limitaram-se a meras alegações. Nada de concreto veio aos autos acerca da perda de credibilidade junto a fornecedores e instituições financeiras, especialmente quanto à alegação de que compras normalmente pagas a prazo passaram a ser feitas apenas à vista. Do mesmo modo, não veio aos autos qualquer documento demonstrando que as autoras tiveram seu crédito restrito junto a instituições financeiras.

Do mesmo modo, a simples publicação na imprensa oficial dos termos de rescisão unilateral não implica demérito às autoras, na medida em que nada nesse sentido constou das publicações, como se vê de um dos exemplares juntado aos autos por cópia à fl. 95. Além disso, como bem referiu o *Parquet* em seu parecer, à fl. 265, “a rescisão de contrato administrativo é direito da Administração, inexistindo, aprioristicamente, qualquer ilícito”.

Quanto aos lucros cessantes, eles estão, ao revés do alegado pelo Estado, previstos no art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93, onde está dito que o contratante inocente “será ressarcido dos prejuízos regulamentares comprovados que houver sofrido”. Prejuízos é o mesmo que perdas e danos que, segundo o art. 1.059 do CC, abrangem, além do que

efetivamente perdeu, *o que razoavelmente deixou de lucrar*.

Marçal Justen Filho, na obra referida pelas autoras e Ministério Público (7ª ed., 2000, p. 592), diz que “Ao extinguir o contrato por razões de conveniência, a Administração tem de respeitar estritamente os direitos do outro contratante. Está obrigada a indenizá-lo integralmente pelas perdas e danos acarretados. Deverá ser determinado o montante dos gastos e despesas praticados pela outra parte e estimar os lucros que apuraria na execução. O valor deve ser ressarcido ao particular”. Aliás, em seu voto no REsp nº 190.354-SP, assim escreveu o Min. Humberto Gomes de Barros: “Como se percebe, reconheceu-se ao contratante inocente o direito de ressarcimento por prejuízos sofridos e regularmente comprovados. Vale dizer: os prejuízos sem comprovação regular não serão ressarcidos. Tais prejuízos abrangem, evidentemente, danos emergentes e lucros cessantes (Lei nº 8.666/93, art. 54, e art. 1.059 do CC)”. (1ª Turma, julgado em 09-11-99, *in DJU*, de 14-02-00, p. 21)

De salientar, ainda, disposição do art. 54, *caput*, da Lei de Licitações, que aos contratos administrativos se aplicam, supletivamente, princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de Direito Privado, entre as quais o direito à indenização ampla, na forma do art. 1.059 do CC. Assim, os lucros cessantes só poderiam ser excluídos se houvesse disposição expressa na Lei nº 8.666/93. Devidos aos lucros cessantes, cumpre apreciar as pretensões das autoras. A primeira diz respeito à diminuição da capacidade financeira absoluta, o que

as teria impedido de participar de outras licitações, por força do Decreto Estadual nº 36.601/96. Isso, todavia, como bem salientado pelo réu em sua defesa, não restou demonstrado. As autoras, em momento algum, declinaram qualquer licitação da qual tenham sido impedidas de realizar, ao menos referindo o número do certame, entidade promotora e objeto. Improcede, pois, essa pretensão.

Entretanto, prospera a pretensão no que diz respeito ao lucro que as autoras aufeririam se levassem os contratos ao final, prejuízo, obviamente, que se presume (desnecessário que seja demonstrado, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 190.354-SP), cabendo apenas a apuração do *quantum debeatur* em liquidação de sentença, despendendo a prova, na fase de conhecimento, da ocorrência do [*sic*]

Logicamente, toda construtora, como as autoras, que participam de uma licitação, fazem-no para obter lucro. Isso é ínsito a toda a atividade econômica. Desta forma, têm as autoras direito à indenização consistente em lucros cessantes, limitados, tão-somente, ao lucro líquido (abatidos inclusive todos os tributos) que apurariam se levassem a bom termo os contratos firmados com o réu, destinados à construção de vários CIEPs, todos nominados na inicial. O valor da indenização devida a cada uma das autoras será apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Dispositivo. Isso posto, julgo *parcialmente procedentes* as demandas aforadas

por OPEN – Obras, Projetos e Engenharia Ltda. e outras contra o Estado do Rio Grande do Sul, para *condenar* o réu a pagar às autoras *indenização por lucros cessantes*, consistentes no lucro líquido (abatidos todos os *tributos*) que elas apurariam se levassem a termo os contratos firmados com o réu, visando à construção dos CIEPs referidos nas iniciais, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, além de juros de mora de 6% ao ano, contados da citação.

Tenho que cada parte sucumbiu à razão de 50%. Assim, suportarão (autoras e réu) metade das custas processuais, com correção monetária pelo INPC a contar do desembolso. Outrossim, *condeno* o réu ao pagamento de honorários em favor das autoras, que arbitro em 2% sobre o valor da condenação, conforme o CPC, art. 20, §§ 3º e 4º, cabendo às autoras pagar, cada uma, honorários à razão de 50 URHs para o réu. Com compensação da verba honorária, nos termos do CPC, art. 21, *caput*. A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, consoante dispõe o CPC, art. 475, inc. II. Assim, decorrido o prazo para o recurso voluntário pelo réu, interposto ou não, remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça.

Registre-se e intimem-se, primeiro o Ministério Público.

Porto Alegre, 22 de novembro de 2000.

Retardei, em virtude do invencível acúmulo de trabalho.

Pedro Luiz Pozza, Juiz de Direito.

Processo nº 00106430508 – Pedido de autorização judicial de aborto necessário

1ª Vara do Júri, 1º Juizado – Porto Alegre

Requerente: M. A. G.

Juiz prolator: Dr. Nereu José Giacomolli

Data: 26-03-01

Interrupção da gravidez. Autorização judicial. Juízo competente. Tutela jurisdicional necessária diante da provocação e da lesão/ameaça de um direito, nos termos do art. 5º, XXXIV, a, XXXV da CF. O legislador outorga licitude à interrupção da gravidez nas hipóteses de perigo de vida à gestante e da gravidez resultante de estupro. As duas são causas excludentes da ilicitude. Enquanto o aborto necessário prescinde do consentimento da gestante, no sentimental é um dos requisitos essenciais. Nas duas hipóteses, para que haja exclusão da ilicitude específica, deverá ser realizado por médico. O médico não necessita de autorização judicial para interromper a gestação nas hipóteses do art. 128, I e II, do CP. A gravidez resultante de atentado violento ao pudor íntegra, por analogia, a exclusão do art. 121, II, do CP. A demonstração da infração criminal pode ser feita por qualquer meio idôneo de prova, tais como exames médicos, declarações de testemunhas, etc. É de aplicação a excludente geral de ilicitude do estado de necessidade, na hipótese do art. 128, I, do CP. Nas hipóteses da interrupção da gestação por critério eugênico, o médico necessita de autorização judicial, tanto se admitirmos que é uma espécie de aborto necessário, como se adotarmos a inexigibilidade de outra conduta como tese, na medida em que se faz mister

uma apreciação jurídica do caso, o qual não está previsto expressamente em lei. Ao Poder Judiciário compete prestar a jurisdição quando for provocado, independentemente da hipótese sustentada para interromper a gravidez, diante da lesão ou ameaça de um direito, nos termos do art. 5º, XXXIV, a e XXXV. Não é qualquer anomalia fetal que induz à interrupção da gravidez, mas aquela que inviabiliza a vida extra-uterina. O juízo criminal é o competente para apreciar os pedidos de interrupção da gestação, em face da matéria sub judice.

Vistos.

Trata-se de requerimento para autorização de aborto necessário em favor de M. A. G. A requerida é portadora de doença mental e encontra-se internada no Hospital Presidente Vargas, em crise psicótica, por não poder tomar a medicação necessária em face de sua gravidez, que conta agora com 08 semanas. O Ministério Público opinou pela procedência do pedido, com a conseqüente interrupção da gravidez, para não causar riscos maiores para a vida gestante. É o relatório. Decido.

A interrupção da gravidez tanto de forma espontânea – natural –, ou acidental, não gera problemas, além de não receber reprovação moral ou social.

Portanto, é impunível. As preocupações e discussões dizem respeito ao abortamento criminoso – arts. 124 a 127 do CP –, e ao legal – art. 128 do CP –, também denominado de permitido ou consentido. Com isto, a lei pretende tutelar a formação embrionária, “a vida intra-uterina, ou seja, desde a concepção até momentos antes do início do parto¹.”

O legislador brasileiro somente permite o aborto em duas hipóteses: quando o médico entender que não há outro meio para salvar a vida da gestante – aborto necessário ou terapêutico –, (art. 128, I, do CP), e quando a gravidez resulta de estupro – aborto sentimental, humanitário ou ético – (art. 128, II, do CP).

Na primeira hipótese, o abortamento se justifica no estado de necessidade, por não ser possível a preservação da vida da gestante, exceto com a interrupção da gravidez, segundo critério médico. Diante da situação de perigo, e da impossibilidade de salvar os dois bens jurídicos, preserva-se a vida da gestante, optando-se pela certeza e não pela mera probabilidade², independentemente da vontade desta, nos termos do art. 146, § 3º, do CP.

Na segunda situação, o abortamento se justifica na violência ou grave ameaça determinantes de uma gravidez que

não foi querida³. É uma causa especial de exclusão da ilicitude penal, com supedâneo na indesejada gravidez resultante de um fato delituoso. Assim, a existência de anomalias fetais, por si só, dentro de uma interpretação literal dos permissivos legais, não autoriza a interrupção da gravidez.

Além da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça – estupro, art. 213 do CP –, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal também podem engravidar – atentado violento ao pudor, art. 214 do CP. A norma do art. 128, II – aborto em caso de estupro –, possui um comando permissivo, motivo por que comporta uma exegese extensiva, *in bonam partem* para ser aplicada também à gravidez gerada por atentado violento ao pudor. Cabe observar-se que na interrupção da gravidez resultante de estupro ou de atentado violento ao pudor, se faz mister o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

No abortamento sentimental, além do consentimento da gestante ou de seu representante legal nos casos de incapacidade, é necessário haver demonstração segura da existência, em tese, da infração criminal – estupro ou atentado violento ao pudor –.

1 – Vide BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal – Parte Especial*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 157.

2 – Segundo ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, São Paulo, RT, 1997, p. 594, “o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor entidade que a lesão a um bem jurídico que corria perigo de sofrer. Em termos mais sintéticos, mas também menos precisos, afirma-se que o estado de necessidade é justificante quando o mal que se causa é menor do aquele que se evita”.

3 – Vide DA COSTA JÚNIOR, Paulo José, *Aborto Eugênico ou Necessário?*, in *RJ*, nº 229, p. 27.

A prática do crime não enseja, necessariamente, um juízo de condenação, motivo por que não é exigível uma sentença judicial que declare o agente responsável criminalmente pelo estupro ou pelo atentado violento ao pudor; basta a prova da existência do fato, a qual poderá ser feita por qualquer meio idôneo, por exemplo, a *notitia criminis* ou as declarações da interessada, de testemunhas, etc.

A interrupção da gravidez envolve a discussão sobre o bem jurídico mais valioso na natureza, ou seja, a vida, protegido pelo art. 5º, *caput*, da CF, e também a saúde física e mental. Entretanto, sempre que em conflito – gestante/feto –, os bens jurídicos merecem uma consideração valorativa global⁴ e ponderativa⁵.

No art. 124, o Código Penal pune o auto-aborto numa dupla perspectiva: provocação do abortamento pela gestante ou admissão que outrem lho pro-

voque. Já o art. 125 do CP pune o aborto quando provocado sem o consentimento da gestante. Esse dissentimento, tanto pode ser real – com emprego de violência, por exemplo –, como presumido – gestante menor de 14 anos ou débil mental, por exemplo –. A outra hipótese punível é a da provocação do aborto com o consentimento expresso ou circunstancial da gestante – aborto consensual –, previsto no art. 126 do CP.

Os dois permissivos legais excluem a ilicitude da conduta, pois a norma legal refere que são impuníveis o aborto necessário e o sentimental. Na hipótese do aborto necessário – não há outro meio para salvar a vida da gestante –, as normas gerais da excludente de ilicitude pelo estado de necessidade autorizam a conduta, independentemente da existência do permissivo específico do art. 128, I, do CP.

Entretanto, as normas gerais do estado de necessidade podem não resolver

4 – Segundo JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Granada, Comares, 1993, p. 324, “a ponderação global dos interesses contrapostos deve revelar que o interesse protegido supera essencialmente ao desprezado pela ação realizada no estado de necessidade”. Nessa ponderação, o valor dos bens e a magnitude dos danos que se produzem aparecem como fatores importantes, mas não como momentos únicos e decisivos da valoração. Também devem considerar-se a proximidade e gravidade do perigo que ameaça o bem protegido, o significado funcional dos bens em jogo, etc.

5 – O Tribunal Supremo Espanhol, em 05-07-93, fazendo referência ao Acórdão nº 53/1985, de 11 de abril, do Tribunal Constitucional, assentou que “O TC declarou expressamente que a vida do nascituro é um bem jurídico constitucionalmente protegido no art. 15 da CF; como tal, pode entrar em conflito com outros direitos relativos e valores constitucionais como podem ser a vida e a dignidade da mulher, conflitos que não podem ser valorados de forma unilateral, desde o ponto de vista do direitos da mulher ou da exclusiva proteção da vida do feto em formação. Na medida em que nenhum desses bens em conflito pode afirmar-se com caráter absoluto, impõe-se uma ponderação e uma harmonização. Esta valoração não pode ser subjetiva ou parcial, isto é, de uma das partes em conflito, mas segundo critérios objetivos e neutros, estabelecidos por quem tem a faculdade legislativa e a capacidade de impor por via geral e imperativa.”

a problemática do aborto sentimental – estupro –, nem do aborto eugênico, na medida em que, nessas duas hipóteses, em princípio, não temos dois bens jurídicos numa situação de perigo, e da discussão da razoabilidade do sacrifício do bem ameaçado.

É de se dizer em princípio, pois a mesma situação fática concretizada pode abarcar, ao mesmo tempo, a hipótese do perigo de vida da gestante e da deformidade fetal. Esta foi a situação enfrentada pela Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça na Apelação nº 70002111508, e no AI nº 70002099836, cujo Relator foi o Des. Carlos Cini Marchionatti.

Além do diagnóstico de malformação do feto, gravemente comprometido por problemas que ocasionariam sua morte,

ainda durante a gestação, ou logo após a seu nascimento, ficaram demonstrados os riscos à gestante, inerentes à manutenção da gravidez.

No caso do aborto sentimental, não sendo possível o reconhecimento da excludente típica especial, poderia ser reconhecida uma excludente supralegal de culpabilidade, ou seja, da inexigibilidade de conduta diversa⁶. Esta escusativa de terceiro patamar⁷, poderia ser aplicada também nas hipóteses do abortamento eugenésico⁸, sempre que se entender em não aplicar a causa supralegal de exclusão da ilicitude, dentro de uma aceção material do conceito.

Não é exigível da mulher que mantenha a gestação de um feto que não chegará à vida extra-uterina, ou que a venha perder logo após ao nascimento⁹.

6 – Vide COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *op. cit.*, p. 27, quando diz que no caso de aborto necessário, a norma específica até poderia ser suprimida, sem nenhuma problema, tendo em vista as regras gerais do Código Penal, o que não ocorre em relação ao aborto no caso de gravidez resultante de estupro, “a menos que viesse a inseri-la na análise da exigibilidade da conduta conforme o dever, no âmbito da culpabilidade.”

7 – Num primeiro patamar, são analisadas as excludentes de tipicidade; num segundo, as de ilicitude e, num terceiro, as de culpabilidade.

8 – De *lege ferenda* defendemos a previsão legal para a interrupção da gravidez em casos de anomalias graves e incuráveis do feto que inviabilizem a vida extra-uterina. Segundo BITENCOURT, César Roberto, *op. cit.*, p. 169, o CP não legitima a realização do chamado aborto eugenésico, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustenta que a gestante que provoca o auto-aborto ou consente que terceiro lho pratique está amparada pela inexigibilidade de outra conduta. Vide PINHEIRO FRANCO, Geraldo Francisco, *Impossível a Sobrevida do Feto, Deve ser Autorizado o Aborto*, em *Boletim do IBCCrim* nº 11, 1993, p. 01, defende que o aborto eugenésico pode ser enquadrado nas hipóteses do art. 128, I, do CP.

9 – Segundo o Acórdão nº 212/1996, de 19 de dezembro, do Tribunal Constitucional Espanhol, os embriões ou fetos que não têm condições de viver, são embriões ou fetos abortados no sentido mais profundo da expressão, isto é, frustrados, já no que diz respeito à dimensão que faz dos mesmos um bem jurídico, cuja proteção tem guarida constitucional (o art. 15 da Constituição Espanhola reza que todos têm direito à vida e à integridade física e moral).

Isto significa dar um tratamento desumano e cruel à gestante, em prejuízo de sua saúde física e mental, também garantida na Constituição Federal, art. 196. Ademais, a estes embriões ou fetos não cabe outorgar-lhes a condição de nascituro¹⁰.

Partindo-se do conceito material de ilicitude, uma das conseqüências é a admissão de causas supralegais de exclusão do ilícito, podendo ser integralizado o critério eugênico no art. 128, I, do CP. É de ser dito que o princípio de legalidade penal se aplica às normas incriminadoras, limitadoras da potestade punitiva, mas não às permissivas, eis que protetivas dos direitos e das liberdades fundamentais¹¹.

Não é qualquer anomalia fetal que induz à interrupção da gravidez, mas aquela que inviabiliza a vida extra-uterina, isto é, que oferece um grau de certeza de que não haverá sobrevida.

Isto ocorre, por exemplo, nos casos de anencefalia¹² – ausência da abóboda craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base –, e acrania – ausência total ou parcial do crânio¹³.

Os modernos métodos para apurar a situação do embrião ou feto, nos faz pensar sobre a origem biológica do ser humano e sobre o conteúdo substancial do direito à vida¹⁴.

Na impossibilidade espacial ou temporal para que o médico realize o procedimento, terceiras pessoas, como, por exemplo, uma enfermeira, um farmacêutico, poderão interromper a gravidez nos casos de iminente perigo de vida à gestante, diante da norma geral prevista no art. 24 do CP.

Contudo, no caso do aborto sentimental, em princípio, não existe norma permissiva da parte geral que o autorize,

10 – Neste sentido, o Acórdão n° 212/96, de 19 de dezembro, do Tribunal Constitucional Espanhol.

11 – Vide GIACOMOLLI, Nereu José, *Função Garantista do Princípio da Legalidade*, em *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* n° 0, maio/agosto de 2000, p. 47.

12 – O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na AC n° 98003566-0, 2ª Câmara Criminal, julgado em 05-05-88, Rel. Des. Jorge Mussi, em *RT* n°s 756/798, deu provimento ao recurso interposto pela interessada e autorizou o abortamento mediante alvará, pois houve demonstração de que o feto era portador de anencefalia e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevida extra-uterina. Em depoimento prestado nos autos deste processo, o companheiro da gestante declarou que, caso fosse negado o pedido, ao invés de preparar o enxoval, teria que preparar o caixão e o velório. Consigna-se que havia laudo médico e psicológico nos autos.

13 – Segundo PINHEIRO FRANCO, Geraldo Francisco, *op. cit.*, p. 01, insistir no prosseguimento de uma gravidez sem possibilidade de êxito, como no caso da acrania, poderá causar risco potencial e grave comprometimento psicológico da gestante.

14 – Ver, neste sentido, o Acórdão n° 304/1996, de 02 de outubro, do Tribunal Constitucional Espanhol.

devendo ser realizado exclusivamente por médico¹⁵ – requisito subjetivo específico necessário –. Tanto a enfermeira como o farmacêutico, ou terceira pessoa, poderiam atuar sob o abrigo da inexigibilidade de outra conduta, causa excludente da culpabilidade¹⁶.

A principal preocupação do médico é com a saúde do ser humano, devendo sempre atuar em benefício do paciente¹⁷, indicando a este o procedimento correto¹⁸, ainda que possa recusar-se à realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência¹⁹.

Ao mesmo tempo em que é vedado ao médico descumprir a legislação específica sobre o abortamento²⁰, lhe é proibido efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento do paciente ou de seu responsável legal, exceto quando o pacien-

te estiver em iminente perigo de vida²¹. Esta última circunstância, inclusive, permite ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas²².

Nesta esteira, o nosso Código Penal, no art. 146, § 2º, diz que não se compreende nas disposições do constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, nas hipóteses de iminente perigo de vida. A presença dessas circunstâncias excluem a própria tipicidade da conduta do médico. Necessita o médico de autorização judicial para interromper a gravidez da paciente?

Na doutrina, encontramos abalizadas manifestações de que o médico pode interromper a gravidez da paciente, independentemente de autorização

15 – É possível que o próprio médico o realize ou que coordene o procedimento realizado por um especialista.

16 – BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, pp. 167 e 171. Sublinha este renomado autor que, “como em qualquer crime, pode haver alguma excludente de culpabilidade, legal ou supralegal quando, por exemplo, apresentar-se a gravidez e a necessidade ou possibilidade de aborto, mas faltar algum dos requisitos legalmente exigidos pela excludente especial, não houver médico disponível”.

17 – *Vide* a Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, a qual aprovou o Código de Ética Médica, arts. 2º e 6º.

18 – *Vide* art. 21 do Código de Ética Médica.

19 – *Vide* art. 28 do Código de Ética Médica.

20 – *Vide* art. 43 do Código de Ética Médica.

21 – *Vide* art. 46 do Código de Ética Médica.

22 – *Vide* art. 56 do Código de Ética Médica.

judicial²³. Ocorre que não se pode fazer uma interpretação única das diferentes causas da interrupção da gravidez.

Em se tratando de aborto terapêutico, seja o necessário ou o sentimental, o médico não necessita de alvará judicial para realizar o procedimento, pois a própria lei outorga licitude ao abortamento praticado por médico, nessas duas situações. Aplica-se também esta regra quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor.

Ocorre que a lei não faz referência expressa à não-punição do aborto eugênico, mesmo que praticado por médico. Nessa hipótese, exceto se a situação também for enquadrável no art. 128, I, do CP, a lei não autoriza o procedimento ao médico. Portanto, nos casos de interrupção da gravidez por anomalia do feto, a paciente ou seu representante legal deverão provocar a jurisdição para obter o alvará judicial que autorizará o médico a realizar a interrupção da gravidez.

Evidentemente que o médico, nos casos de dispensa de autorização judicial, art. 128, I e II, do CP, deverá munir-se de provas da ocorrência das situações fáticas, evitando discussões posteriores. Assim, no caso do aborto necessário, deverá obter ou elaborar um laudo em que demonstre que a interrupção da gravidez foi o único meio para salvar a vida da gestante. Em se tratando de aborto sentimental, as precauções aumentam, pois a lei exige, ademais da motivação da gravidez, o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Diante das situações de risco e da gravidade das circunstâncias, não é de se exigir, mesmo em se tratando de estupro com violência real, o auto de exame de corpo de delito, direto ou indireto, realizado por dois peritos oficiais, conforme arts. 158 e 159 do CPP.

Esta exigência se destina à prova da existência do ilícito para fins de sentença condenatória. Embora o consentimento da gestante ou de seu representante legal, nas hipóteses em que a mesma não tenha capacidade para consentir, possa ser dado verbalmente, o prestado por escrito outorga maior segurança ao médico.

Nos casos de grave ameaça ou de violência presumida, sempre que não haja vestígios constatáveis por laudo pericial, a demonstração do estupro será feita por prova testemunhal para os fins de autorizar a interrupção da gravidez.

Também, não é exigível, nos casos de estupro ou de atentado violento ao pudor, o indiciamento do suspeito, a formalização de uma pretensão acusatória ou a condenação do acusado. Basta o consentimento da gestante ou de seu representante legal e a demonstração da existência do fato por exame pericial ou mediante declarações de testemunhas, conforme já referido.

A absolvição do autor do estupro ou do atentado violento ao pudor, em princípio, não implica responsabilidade criminal automática do médico, da gestante ou do terceiro. Deverão ser analisados os motivos da absolvição e a conduta específica do médico e a da gestante.

23 – BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 169; DE JESUS, Damásio Evangelista, *Direito Penal – Parte Especial*, São Paulo, Saraiva, 1997, 2º vol., p. 125.

Quando o médico toma todas as cautelas necessárias, independentemente da autorização judicial, nos casos do art. 128 do CP, não há como se inferir qualquer responsabilidade criminal. Incidirá a excludente do erro de tipo, de forma plena, pois não há aborto culposo. No caso da gestante, poderá, em tese, responder pelo art. 124, segunda hipótese, do CP. Entretanto, à gestante também são aplicáveis as excusativas que podem eliminar a tipicidade, a ilicitude ou a culpabilidade.

A Constituição Federal assegura ao cidadão a tutela judicial de seus direitos, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito – art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV.

O processo, ademais de instrumento de realização do direito material, está a serviço das partes e da jurisdição, a qual se destina à satisfação jurídica de pretensões²⁴ e de resistências processuais²⁵.

Portanto, mesmo diante da autorização legal para que o médico realize a interrupção da gravidez, nos casos de aborto necessário e sentimental, a paciente ou seu representante legal têm direito à tutela jurídica. É admissível, no plano abstrato, um provimento jurisdicional sobre o pedido de autorização para que o médico interrompa a gravidez, pois o Código Penal permite o aborto necessário e o sentimental, sempre que realizado por médico.

Ora, se o médico não o realiza espontaneamente, é de se admitir o exame da questão pelo Juiz. Mesmo que a situação fática concretizada não encontre respaldo no ordenamento legal, sempre que este não a vede, quem se sentir lesado ou ameaçado tem assegurado o direito a um pronunciamento judicial, o que torna o pedido legítimo tanto do ponto de vista do interesse processual²⁶, quanto da possibilidade jurídica²⁷.

24 – Vide GUASP D., Jaime. *La Pretensión Procesal*, Madrid: Civitas, 1985, p. 45.

25 – Segundo FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *El Proceso como Función de Satisfacción Jurídica*, em *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* nº 01, 1960, p. 44, a função material ou causal do processo (finalidade) estará em obter a satisfação de interesses jurídicos, em condições progressivas, e a pretensão e a resistência são objetos do conflito. Ver HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *Un Siglo de Derecho Procesal*, em *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* nº 46, Janeiro-Abril de 1999, pp. 149-157, os conceitos básicos de jurisdição, ação e processo.

26 – Está presente o interesse de agir, tanto na concepção da necessidade de obtenção da autorização judicial para a interrupção da gravidez, como no sentido da utilidade do provimento jurisdicional para a solução do problema concretizado.

27 – Segundo MONIZ DE ARAGÃO, Egar Dirceu, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 538, a possibilidade jurídica “não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido”.

Assim, a autorização judicial encontra plausibilidade mesmo nos casos de aborto eugênico, entendido aquele praticado quando as anomalias informem a inviabilidade da vida extra-uterina²⁸.

Os fatos deverão ser demonstrados cabalmente²⁹, não sendo exigível a aplicação das regras da prova pericial, nas hipóteses de violência real e de anomalia fetal, ante as situações de perigo e da gestação indesejada, as quais comportam apreciação imediata. Isto não significa a dispensabilidade de qualquer prova – laudo médico, psiquiátrico, prova testemunhal, documental, etc. –, ou que a decisão possa ser fundamentada somente nas alegações da interessada.

A apreciação dos pedidos de interrupção da gravidez deve revestir-se não só das cautelas probatórias, senão da apreciação global dos bens jurídicos protegidos. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul indeferiu o pedido de uma menor, assistida por

seu pai, que pretendia interromper a gravidez resultante de estupro, pois o laudo pericial dizia que a interrupção da gestação com idade gestacional de 22 semanas apresenta risco obstétrico materno maior do que uma interrupção em uma paciente com gestação a termo, além de poder ocasionar “o nascimento de um recém-nascido vivo”, gerando uma situação de risco à própria gestante, em face do tempo da gestação³⁰.

Qual o juízo competente para analisar o pedido de interrupção da gravidez? Há manifestações de que seria o Juiz de Família ou da Infância e Juventude³¹. Ocorre que a interrupção da gravidez, em tese, se constitui em um delito, mas que comporta exceções, cuja avaliação está afeta ao juízo criminal.

Havendo vara especializada competente para processar e julgar os delitos dolosos contra a vida, ou seja, Varas de Tribunal do Júri³², a estas incumbe analisar o pedido.

28 – Na AC nº 597017102, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Demétrio Xavier Lopes Neto, julgada prejudicada em 20-02-97, em face do abortamento espontâneo, o pedido se fundamentava na sorologia positiva para rubéola, a qual poderia acarretar deficiência física permanente.

29 – O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação nº 70001010446, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgada em 03-05-00, não deu provimento ao recurso, em face da ausência de elementos seguros de convicção acerca da ocorrência de violência sexual, destacando que merece maior proteção o interesse do nascituro em viver, conforme art. 227 da CF.

30 – AI nº 70000899625, 7ª Câmara Cível, julgado em 03-05-00, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. *Vide também*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 45, as objeções sobre os prazos, e a discussão sobre embrião/feto.

31 – Ver SUANNES, Aduino, *Autorização para o Abortamento*, em *Boletim do IBCCrim* nº 46, setembro de 1996, p. 02.

32 – Neste sentido foi o entendimento do Dr. Marcelo Ribeiro, Promotor de Justiça que atua junto à 2ª Vara do Tribunal do Júri de Porto Alegre, no parecer que originou a Apelação nº

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar um conflito, decidiu pela competência da Vara Criminal, a qual está afeta o julgamento dos crimes dolosos contra a vida³³.

Diante do exposto, com fulcro no art. 128, I, do CP, *defiro* a interrupção da gravidez, a ser feita por médico, em M. A. G. Expeça-se alvará.

Porto Alegre, 26 de março de 2001.
Nereu José Giacomolli, Juiz de Direito.

70002111508 e o AI nº 70002099836, já referidos. Segundo o Relator, Des. Carlos Cini Marchionatti, muito considerou a opinião do *Parquet* e consignou em seu voto que a competência é da Justiça criminal, porque assim o recomenda a matéria, na medida em que o Código Penal incrimina o aborto, assim como dispõe quando não seja punível.

33 – Conflito de competência entre juízo criminal e direção do foro para apreciação de pedido de autorização para aborto em decorrência de estupro – competência da Vara Criminal para exame, inclusive sobre o conhecimento, ou não, da matéria. Conflito de competência nº 70000310300, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 20--10-99.

Processo nº 68127 – Ação Civil Pública

1ª Vara Cível – Ijuí

Autor: Ministério Público

Réus: Câmara Municipal de Ijuí, Jorge Luiz Martins, Marco Antônio Schirmer, Nilo Rubem Leal da Silva, Paulo Ivan da Costa, Pedro Cichorski, Sérgio Terra Burmann, Valmir Elton Seifert, Valmir Pedroso Jung, Valmor Luís Krysczun, Ismar Darley Kummer, João Batista Lucchese, Maurício Michaelsen, Mauro Luís Dresch, Adelar Celso de Oliveira, Cleonir Luiz Valentini, Rubem Carlos Jagmin, Joel Bitencourt Serra, Paulo Gilberto Costa, João Pedro Fagundes, Sérgio Luiz Fernandes Pires, Júnior Carlos Piaia, Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores

Juiz prolator: Pio Giovani Dresch

Data da Sentença: 19-07-01

Ação civil pública. Fixação do número de Vereadores. Competência da Justiça Estadual. Representatividade mínima. Princípio da soberania do voto.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra a Câmara Municipal de Ijuí. Afirmou que, tendo a Constituição Federal atribuído à Lei Orgânica do Município a fixação do número de Vereadores, que deve ser proporcional à população e situar-se, em Municípios com até um milhão de habitantes, entre o mínimo de 09 e o máximo de 21 Vereadores, no exercício dessa competência exige-se a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contudo, sustentou, ao fixar em 21 o número de Vereadores deste Município, fez prevalecer um verdadeiro critério de desproporcionalidade, incompatível com o voto de igual valor assegurado no art. 14 da CF e com o princípio de igualdade de todos perante a lei. Disse que os políticos têm preferido o número máximo, assim não observando o princípio da economicidade.

Sustentou que o critério mais adequado, porque observa a proporcionalidade exigida na Constituição Federal, é o que atribui 09 Vereadores para os Municípios com população de até 1/21 de um milhão e mais 01 Vereador para cada acréscimo populacional de até 1/12 sobre a diferença entre um milhão e 1/21 de um milhão, com o acréscimo de uma cadeira se o número resultar par.

Por isso, concluiu, é flagrantemente inconstitucional o art. 8º da Lei Orgânica de Ijuí, Município de 78.458 habitantes, por fixar em 21 o número de Vereadores. Transcreveu decisões judiciais em defesa de sua tese. Afirmou que a ação civil pública é o meio processual adequado para postular a redução do número de Vereadores. Pediu fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica Municipal do Município de Ijuí e fosse determinada a imediata redução da composição da Câmara Municipal para 11 Vereadores.

Requeru a intimação, para que tomassem conhecimento da ação, do Município de Ijuí, dos partidos políticos

integrantes da Câmara Municipal e dos Vereadores que compõem a atual legislatura. Recebida a petição inicial, foram deferidas a citação e intimações requeridas, exceto as intimações dos Vereadores, dos quais foi determinada a citação.

Ocorreu a citação da Câmara Municipal e dos Vereadores Jorge Luiz Martins, Marco Antônio Schirmer, Nilo Rubem Leal da Silva, Paulo Ivan da Costa, Pedro Cichorski, Sérgio Terra Burmann, Valmir Elton Seifert, Valmir Pedroso Jung, Valmor Luís Krysczun, Ismar Darley Kummer, João Batista Lucchese, Maurício Michaelsen, Mauro Luís Dresch, Adelar Celso de Oliveira, Cleonir Luiz Valentini, Rubem Carlos Jagmin, Joel Bitencourt Serra, Paulo Gilberto Costa, João Pedro Fagundes, Sérgio Luiz Fernandes Pires e Júnior Carlos Piaia. Foram procedidas as intimações do Município e dos partidos. Vieram as contestações.

A Câmara Municipal de Ijuí, Cleonir Luiz Valentini, Ismar Darley Kummer, Joel Bitencourt Serra, Jorge Luiz Martins, Marco Antônio Schirmer, Nilo Rubem Leal da Silva, Paulo Gilberto Costa, Paulo Ivan da Costa, Pedro Cichorski, Valmir Elton Seifert, Valmir Pedroso Jung e Valmor Luís Krysczun (fls. 299-381) argüiram em preliminar o direito adquirido, pela diplomação e posse, de permanecerem no cargo, a incompetência absoluta da Justiça Comum para apreciar a matéria, e a impossibilidade jurídica de se operar a redução do número de Vereadores na atual legislatura.

No mérito, sustentaram que o preenchimento e efetivação do número de vagas na Câmara Municipal é de estrita competência municipal, e que devem

ser seguidos, além do critério da proporcionalidade aritmética, o da soberania popular e o da representatividade política. Afirmaram que o número de Vereadores não guarda relação necessária com os gastos do Poder Legislativo, que inclusive são limitados pela Constituição. Sustentaram que, maior o número de Vereadores, maior é a representação política e maior a efetividade da soberania popular.

Afirmaram a autonomia e auto-organização do Município, decorrentes da Constituição de 1988, e a importância da Câmara de Vereadores, que tem competência para, pela Lei Orgânica, fixar sua composição, conforme seus próprios critérios, disso decorrendo que esta ação caracteriza uma invasão da sua competência constitucional.

Assim, concluíram, a fixação arbitrária do número de Vereadores pelo Poder Judiciário atentará contra os princípios da ordem democrática, do estado de direito e contra a própria Constituição, afrontando ainda o princípio da harmonia e independência dos Poderes.

Requereram o acolhimento das preliminares. No mérito, pediram fosse declarado constitucional o art. 8º da Lei Orgânica do Município de Ijuí e fosse em decorrência mantido em 21 o número de Vereadores. Requereram a suspensão do processo até decisão em mandado de segurança impetrado perante o Tribunal Regional Eleitoral.

Sérgio Terra Burmann (fls. 442-69) argüiu em preliminar seu direito adquirido ao exercício do cargo, porque, para ele, eleito, diplomado e empossado, e, em decorrência, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, fundou sua tese na autonomia municipal, em face

da qual os Municípios têm liberdade para fixar o número de Vereadores. Questionou a possibilidade de se definir os critérios de proporcionalidade e disse que maior número de Vereadores aumenta a representação da sociedade no legislativo municipal. Requereu a extinção da ação, ou a improcedência.

João Pedro Fagundes, Júnior Carlos Piaia, Maurício Michaelsen, Mauro Luiz Dresch, Rubem Carlos Jagmin, Sérgio Luiz Fernandes Pires, Partido Comunista do Brasil e Partido dos Trabalhadores (fls. 472-79) disseram que o pedido abrange duas dimensões: a redução do atual número de Vereadores, e a decretação da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município, havendo neste ponto o ataque à lei em tese.

Sustentaram que a perda de mandato por 10 Vereadores ofenderia cláusula pétreia, porque haveria uma perda parcial de direitos políticos fora das hipóteses constitucionalmente aceitas, e que, dessa forma, a ação atenta contra o estado democrático de direito. Disseram que todo o processo eleitoral transcorreu sem que fosse questionado o número de Vereadores, e que agora já não é o momento para fazê-lo.

Defenderam o entendimento de que, em restando a pretensão de redução para o futuro, já não se poderá falar em controle incidental, mas em controle direto de constitucionalidade, do que resultará a impossibilidade jurídica do pedido. Afirmaram que o texto constitucional que trata da composição do legislativo municipal deixa margem para inúmeros contextos, e que a Lei Orgânica de Ijuí se manteve dentro dos limites da letra *a* do inc. IV do art. 29 da CF.

Levantaram a hipótese de que a imprecisão do texto constitucional tem por fim que cada comunidade possa, de acordo com sua tradição, buscar atender às necessidades de participação da cidadania.

Segundo os contestantes, um maior número de Vereadores permitirá uma melhor representação da comuna, evitando a concentração do poder nas mãos de poucos e o prevalecimento do elitismo, da força do poder econômico e da subserviência do Poder Executivo. Requereram a improcedência.

João Batista Lucchese (fls. 490-526) apresentou contestação em que, com pequenas alterações formais, utilizou os mesmos argumentos da primeira das contestações acima relatadas e concluiu com os mesmos requerimentos e pedidos.

O Município de Ijuí manifestou-se nos autos (fl. 440) para dizer que não tem interesse em figurar como litisconsorte nesta ação. Manifestando-se em réplica, afirmou o autor que não há direito adquirido contra texto da Constituição Federal e que esta deve ser protegida no estado democrático de direito, o que é dever do Poder Judiciário.

Em apenso, os réus, cujas contestações estão em primeiro, em segundo e em quarto lugar nos autos, e que nessa ordem foram relatadas, apresentaram exceção de incompetência em razão da matéria, dizendo competente a Justiça Eleitoral, para onde requereram fossem remetidos os autos. O autor afirmou competente a Justiça Estadual, e as exceções foram desacolhidas. É o relatório.

Passo a fundamentar.

As arguições de incompetência, mal deduzidas como exceções, e assim processadas, já foram rejeitadas. Contudo,

também argüidas como preliminar, e embora idênticos os fundamentos, apenas reitero aqui o entendimento de que a competência do Juiz Eleitoral se limita às matérias constantes do art. 35 do Código Eleitoral, entre elas a do inc. VIII – dirigir os processos eleitorais –, e que é este o limite que se impõe à Justiça Eleitoral também nos Tribunais.

A pretensão do autor em ver reduzido o número de Vereadores se funda na idéia de que é inconstitucional o art. 8º da Lei Orgânica do Município, e a postulação pela perda de mandato nada mais é que decorrência de seu pedido de ver reduzida a composição da Câmara Municipal, com a conseqüente extinção de cargos. A matéria não é, portanto, eleitoral.

Sobre isso, e havendo profusão de decisões sobre a matéria, apenas transcrevo, pela clareza, a lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 10ª ed., 1998, p. 93): “Com a diplomação, ou seja, com o reconhecimento formal dos eleitos, encerra-se a competência da Justiça Eleitoral, porque as questões que surgirem quanto à posse e ao exercício do mandato são pertinentes a *incompatibilidades e impedimentos* (e não a *inelegibilidades* ou a *vícios da eleição*), questões, essas, que escapam à sua alçada, por versarem matéria tipicamente administrativa, e não eleitoral.

“Desde a posse, toda controvérsia relacionada com mandato de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador fica sujeita ao julgamento do Tribunal de Justiça (no caso do Prefeito) e do Juiz de Direito com jurisdição no Município, e não do Juiz Eleitoral que presidiu as eleições,

embora possam ser a mesma pessoa, com funções distintas.”

Não pode ser igualmente acolhido o argumento de que a presente ação deve aguardar julgamento de mandado de segurança impetrado perante o Tribunal Regional Eleitoral. Primeiro, nem há como conhecer do argumento, porque há mera alegação de ajuizamento de ação, sem nenhuma prova e sem referência ao seu conteúdo. Além disso, se aqui afirmo a competência da Justiça Comum Estadual, não há razão para aguardar decisão da Justiça Eleitoral acerca de pedido cujo conteúdo ignoro.

Rejeito também a tese de que o pedido é juridicamente impossível. É certo que nosso ordenamento jurídico não confere ao Juiz de 1º Grau a possibilidade de apreciar em abstrato a constitucionalidade de leis em face da Constituição Federal.

Essa tarefa foi atribuída com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, razão pela qual chegou mesmo a ser afastado o dispositivo inserido no art. 95, XII, *d*, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que dizia competente o Tribunal de Justiça do Estado para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal.

Entretanto, o autor não se limita a buscar afastar o art. 8º da Lei Orgânica; pelo contrário, o que move a ação é sua pretensão de ver imediatamente reduzido o número de Vereadores. Ademais, parece-me claro que, não acolhido pedido assim formulado, resta a pretensão para a redução na próxima legislatura, que, mesmo não explicitado, está por certo dentro do leque de possibilidades

que se apresentam em face do pedido formulado.

Por isso, o argumento, constante da terceira contestação, de que, acolhida a preliminar do direito adquirido ao exercício de mandato, e restando somente a pretensão à redução futura do número de Vereadores, perderia a ação a possibilidade de ter o pedido juridicamente apreciado, porque passaria a ser veiculado apenas o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade em tese, não tem sustentação.

Em subsistindo o pedido somente em relação à legislatura que se instalará em 2005, nem por isso deixará de se referir a um evento, que, embora futuro, é certo. De outra forma, nem haveria momento possível para o ajuizamento de ação como a presente, porque antes das eleições haveria a impossibilidade jurídica, e depois das eleições o direito adquirido, também alegado nas diversas contestações, e que adiante apreciarei, como matéria de mérito. Dessa forma, sempre haveria uma razão para impedir o ajuizamento de ação tendente a reduzir a composição do legislativo municipal. Enfrento o mérito.

Início assinalando que, ao contrário do que pretende o autor, a matéria não se resolve pelo princípio geral da igualdade, insculpido no art. 5º da CF, nem pelo princípio da igualdade do voto, constante de seu art. 14. O equívoco de se colocar a questão por esta ótica pode ser desde logo identificado na inicial, na comparação que faz entre o valor do voto em alguns Municípios.

Quando é dito, por exemplo, que em Caxias do Sul um Vereador repre-

senta 17.152 habitantes e em Jaguarão um Vereador representa 3.343 habitantes, o raciocínio baseado nesses princípios leva a concluir que Jaguarão tem número excessivo de Vereadores, ou que em Caxias seu número é demasiado pequeno.

Num exemplo ainda mais marcante, se poderia tomar o Município de menor população do Estado, André da Rocha, localizado a pequena distância de Caxias, e que conta com 1.112 habitantes, portanto, 124 por Vereador. Não parece todavia razoável afirmar que o voto do eleitor de André da Rocha vale 138 vezes mais do que o de Caxias do Sul, mesmo porque levada ao absurdo essa idéia se concluiria que André da Rocha não pode ter Vereadores.

Contudo, o número de Vereadores de Jaguarão e de André da Rocha não pode ser reduzido, porque já se encontra no mínimo, nem o de Caxias do Sul pode ser aumentado, porque já se encontra no máximo. Mas, a se aplicar o cálculo apresentado pelo autor, o número de Vereadores deste Município, o maior do interior do Estado, deveria ser reduzido para 13, tornando ainda maior a desproporção. Dessa forma, o exemplo trazido se volta contra a própria tese defendida.

O mesmo acontece se compararmos os Municípios da 23ª Zona Eleitoral. Ijuí, com 75.732 habitantes, já excluídos os 2.345 habitantes da recém-emancipada Bozano e mais algumas centenas de moradores de Boa Vista do Cadeado, tem um Vereador para 3.606 habitantes, enquanto Ajuricaba, Bozano, Coronel Barros e Nova Ramada têm, respectivamente, um para 856, 261, 273 e 303

habitantes. No entanto, mesmo com mais habitantes por cadeira que nos demais Municípios, está sendo proposta a redução do número de Vereadores em Ijuí.

Afora o equívoco matemático do raciocínio, há nele um equívoco político, que reside em comparar o valor do voto de eleitores que elegem os legislativos de diferentes Municípios. Não há sentido em atribuir valores a votos que não se destinam à mesma unidade.

Por isso, é inadequado invocar José Afonso da Silva, na sua pertinente crítica ao art. 45, § 1º, da CF, este sim em flagrante contradição com o art. 14 da nossa Carta, porque, ao estabelecer as representações por Estado na Câmara dos Deputados, fixa a Constituição o limite mínimo de 08 e máximo de 70 deputados federais. Por força desse dispositivo, cada deputado de Roraima corresponde a 40.519 de seu total de 324.152 habitantes, cada deputado de São Paulo corresponde a 528.093 de seu total de 36.966.527 habitantes, e cada deputado do Rio Grande do Sul corresponde a 328.381 de seu total de 10.179.801 habitantes.

A crítica de José Afonso da Silva faz sentido, porque a eleição de que trata é para a composição de um único órgão, a Câmara dos Deputados, e a regra consagra a desigualdade na representação, sobre-representando os eleitores dos pequenos Estados em detrimento dos grandes.

Porém, assim como é criticável, embora consagrado pela Constituição, que o eleitor de Roraima valha muito mais do que o eleitor do Rio Grande do Sul no voto para a Câmara dos Deputados, não faz nenhuma diferença o peso dos votos dos eleitores de Uiramutã e

de Xuí para as respectivas Câmaras de Vereadores.

Isso é tão certo quanto ser inadmissível a idéia de cobrança de alíquotas diferenciadas de Imposto de Renda para os cidadãos de Roraima e do Rio Grande do Sul, mas sem significância eventual diferença de alíquotas de IPTU ou ISSQN na legislação tributária dos Municípios de Uiramutã e Xuí. No primeiro caso, o princípio da igualdade estaria sendo quebrado; no segundo, não existe parâmetro para se pretender aplicá-lo.

Porém, mesmo que não se pudesse dessa forma criticar o entendimento constante da inicial, não se chegaria, com a fórmula preconizada, a uma relação rigorosamente proporcional entre número de Vereadores e população.

Com efeito, a única fórmula capaz de estabelecer uma proporcionalidade matemática precisa, que assegure um peso semelhante aos votos dos eleitores, é a que divide o intervalo entre zero e um milhão de habitantes em espaços iguais que oscilem entre zero e 21, resultando na seguinte equação, na qual v corresponde ao número de Vereadores e p à população: $v/p=21/1000000$ ou, isolando na equação o número de Vereadores, $v=21p/1000000$.

Fique claro, todavia, que essa fórmula, fiel ao conceito matemático de que proporcionalidade é a igualdade entre duas razões, levaria, pela disposição que impõe um número mínimo de 09 Vereadores, à impossibilidade de sua aplicação no Rio Grande do Sul, porque até o limite de 428.571 habitantes, superior à população de todos os Municípios do interior, a composição da Câmara seria necessariamente de 09 Vereadores.

Note-se, então, que, em se tomando ao pé da letra o comando da proporcionalidade, se chegaria a uma situação de proporcionalidade nenhuma, porque seriam atingidos todos os Municípios pela ressalva do mínimo de 09 Vereadores.

E o problema não é só do Rio Grande do Sul, porque, em toda a Região Sul, apenas Londrina, com 446.822 habitantes, e Joinville, com 429.004 habitantes, superam esse limite, e mesmo assim não teriam mais de 09 Vereadores, se desprezadas as frações inferiores a 0,5, porque atingiriam índices de, respectivamente, 9,38 e 9,01.

No Brasil inteiro, o número de Municípios com menos de 1.000.000 de habitantes que teriam mais de 09 Vereadores ficaria em torno de 20, correspondendo quase metade a Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro e 1/3 a capitais.

Não chega por isso a espantar que Esteio, com população de 80.025 habitantes, superior à de Ijuí, tenha visto reduzida a representação de sua Câmara de Vereadores, pela sentença transcrita na inicial, para 09, mesmo número que busca ação recentemente ajuizada em Cruz Alta, Município cuja população ficou, com as emancipações, em 67.330 habitantes.

É, provavelmente, por esse motivo que, ingressando o Ministério Público, em muitas cidades brasileiras, com ações que têm por finalidade a redução do número de Vereadores, o faz alterando a fórmula que permitiria alcançar a proporcionalidade rigorosa, de modo a, partindo da população zero, lhe atribuir desde logo 09 Vereadores.

A idéia, na sua forma simplificada, pode ser expressa com a seguinte equa-

ção: $v = 12p / 1000000 + 9$. Contudo, aplicada essa fórmula, Ijuí teria direito a no máximo 10 Vereadores, visto que na equação se chegaria a 9,91.

Não é muito diferente o critério proposto na presente ação: mantendo os mesmos intervalos, reduziu a inicial a amplitude do primeiro para 1/21 de 1.000.000 e aumentou a dos demais para 1/12 do restante, ou seja, de 1.000.000 - (1.000.000/21). Essa pequena variação, pela qual o número de Vereadores fica limitado a 09 nos Municípios com população de até 47.619 habitantes, corresponde à seguinte equação: $v = [(p - 1000000/21) \cdot (21 \cdot 12) / (20 \cdot 1000000)] + 9 + 0,5$. Chega-se aqui ao resultado 9,85, e por esse raciocínio Ijuí teria direito igualmente a 10 Vereadores.

Opta o autor, em face desse resultado, por propor a redução para 11 Vereadores na Câmara Municipal, para lhe assegurar composição em número ímpar. Note-se, em breve digressão, que nada, exceto o juízo de conveniência, determina deva ser ímpar o número de Vereadores.

É certo que a composição ímpar permite maior facilidade para se obter maiorias absolutas, via de regra, necessárias para aprovar leis; contudo, para alterações na Lei Orgânica são melhores as composições com múltiplos de 03, de modo que, pensando-se em composição que facilite a aprovação de emendas, não seria adequado proceder o aumento de 12 para 13 ou de 18 para 19 Vereadores. Lembre-se ainda que, em face da disposição do art. 27 da CF, a maior parte das Assembléias Legislativas do País tem número par de membros.

Voltando, todavia, à matéria em análise, conclui-se que a proporcionalidade aritmética resta prejudicada pela regra da representação mínima e que, por isso, é apresentada uma proposta que, já não perseguindo uma proporcionalidade rigorosa, tenta solucionar a questão com o estabelecimento de intervalos regulares entre zero e um milhão, tendo como ponto de partida 09 Vereadores. A questão é saber se, já sacrificado o conceito matemático de proporcionalidade, esta é a solução juridicamente mais correta e politicamente mais adequada para a questão.

E, nesse ponto, identifico o que considero ser um segundo equívoco da tese reducionista: ao mesmo tempo em que não vacila em afirmar que “a intenção do legislador constituinte foi a de conferir liberdade ao Município para que estabeleça o número de membros a compor a Câmara Municipal, a fim de melhor atender suas conveniências” (fl. 72, em transcrição da sentença da Dra. Deise Fabiana Lange Vicente), diz que “o sistema proposto para se chegar ao cálculo exato que deve corresponder ao número de Vereadores em cada Município, mediante operações aritméticas de regra de três simples, é adequado para se observar com exatidão a proporcionalidade” (fl. 77, *idem* – no entanto, já se viu acima que o proposto, pelo menos nesta ação, não é uma regra de três simples, como pelo contrário ocorre com a representação dos Estados para a Câmara dos Deputados).

Aqui reside um equívoco hermenêutico, consistente em, da análise de duas locuções aparentemente contraditórias, fazer-se a opção por uma delas e des-

cartar a outra, ignorando o princípio interpretativo, segundo o qual, a lei não utiliza palavras supérfluas. Se, interpretando o art. 29, IV, *a*, da CF, concluir-se que ele impõe seja rigorosa a proporção entre Vereadores e população, com o uso de fórmula matemática precisa, disso decorrerá o esvaziamento da liberdade conferida à Lei Orgânica para a fixação do número de Vereadores.

Desse entendimento, assim ler-se-á o dispositivo constitucional: “A Lei Orgânica do Município de Ijuí fixará o número de Vereadores, que será de nove (ou 10, ou 11, porque nem ao menos se chega a acordo matemático)”. Ora, nestas condições, a Lei Orgânica do Município de Ijuí nada mais fixará, porque o número já estará fixado pela Constituição.

Por isso, é mais razoável a interpretação da alínea *a* do inc. IV do art. 29 da CF que, reconhecendo a prerrogativa da Lei Orgânica para a fixação do número de Vereadores, lhe exige a observância do critério da proporcionalidade em relação à população, numa concepção todavia mais maleável de proporcionalidade – lembre-se, ainda uma vez, que nem ao menos as ações que visam à redução do número de Vereadores postulam a adoção de um critério rigoroso de proporcionalidade.

Essa solução decorre também da interpretação sistemática da Constituição, que visivelmente não quis impor amarras para a fixação do número de Vereadores. Com efeito, poderia – e assim teria evitado toda a polêmica sobre a matéria – ter, como o fez com as Assembléias Legislativas, fixado um número certo de membros, conforme a população,

apenas incumbindo à Justiça Eleitoral de cuidar para que ocorresse a observância rigorosa da regra.

Porém, sintomaticamente, deu aos Municípios uma liberdade que não deu aos Estados. Essa opção é significativa, e juridicamente relevante. Ademais, foi também clara a Carta, no art. 30, I, quando atribuiu aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local. No entanto, e é este o ponto que deve ser bem observado, não deu aos Municípios uma liberdade absoluta para legislar, visto que mandou que a composição da Câmara de Vereadores fosse proporcional à população.

A restrição se ilustra bem com artigo do jurista, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard de Souza Pinto, publicado em *Zero Hora* de 11-05-92, p. 04: “Como os Municípios de mais de 05 milhões se contam nos dedos da mão, e como os de mais de 1 milhão não são muitos, o grande número tem menos de 1 milhão de habitantes e cai sob a regra da letra *a*, mínimo de 09 e máximo de 21, na proporção de sua população. Ou seja, um Município de 50 mil habitantes não terá, nem poderá ter, o mesmo número de Vereadores que um de 950 mil, por exemplo.

Com efeito, também a idéia de que, ao classificar os Municípios por faixas populacionais, prevendo para cada faixa uma representação mínima e uma representação máxima, já teria o próprio inc. IV do art. 29 se encarregado da função de estabelecer representações proporcionais à população, esgotando-a, é equivocada.

Se assim a Constituição quisesse, novamente haveria nela uma palavra

supérflua, porque não precisaria ter dito que a representação deve ser proporcional à população, bastando que fixasse os limites. Ao emitir o comando da proporcionalidade e, ao mesmo tempo, fixar limites, quis o constituinte duas coisas: quis que houvesse a proporcionalidade e que esta se manifestasse dentro dos limites que fixou.

Não há, portanto, uma liberdade ilimitada, e o constituinte municipal não foi autorizado a consagrar discrepâncias que tornem letra morta a outra das locuções antinômicas do art. 29, IV, *a*, da nossa Carta. Levando ao extremo a comparação de Brossard, penso que ninguém vacilaria em dizer flagrantemente inconstitucional artigo da Lei Orgânica do recém-emancipado Município de Bozano, com seus 2.345 habitantes, que fixasse em 21 o número de Vereadores.

Por isso, a questão deve ser analisada com prudência e, como preconizado pelo Ministério Público, com a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, agora já considerada a proporcionalidade jurídica, e não matemática.

Nesse ponto, abro um parêntese, para enfrentar um aspecto que poderia ter sido analisado como preliminar: a afirmação de que o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário ofende a autonomia dos Poderes, por invadir esfera de competência privativa do legislativo, e que é por isso um atentado à ordem democrática e ao estado de direito.

Este argumento encontra forte sustentação teórica no texto que, embora se volte contra a tese do autor, foi por ele juntado nas fls. 222-7 [Soares, Fabiana

de Menezes. *Número de Vereadores das Câmaras Municipais: Interpretação do art. 29, inciso IV (princípios, autonomia, conteúdo e critérios)*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, nº 134, abr./jun., 1997]. Ali se lê (p. 319, fl. 224 dos autos – onde consta “grifo nosso”, o grifo consta do texto transcrito): “[...] a proporcionalidade da fixação do número de Vereadores, que não constitui, de forma alguma, rígido critério matemático, porque se trata de aplicação de norma numa realidade de milhares de Municípios com características peculiares, mas, sim, a votação do princípio da razoabilidade como norteador da atividade legislativa de competência do Município, ente político.

“Essa discricionariedade do legislador insere-se dentro do que Bachof denomina de ‘espaço de livre apreciação’, ou seja, cabe à função legislativa determinar o número de Vereadores dentro dos limites fixados pela Constituição. Entretanto, a fixação, dentro desses limites, não é possível de ser *controlada*, sob pena de subversão da divisão das funções no Estado moderno e violação do princípio constitucional da operacionalização dos Poderes em qualquer esfera política.

“Para Canotilho, o princípio da separação dos Poderes, princípio fundamental das estruturas organizatório-funcionais, significa a ‘correspondência entre órgãos e funções, e só admite exceções quando *não for sacrificado seu núcleo essencial*’ (grifo nosso). Essa concepção é acrescida da repartição vertical de funções, que surge ao lado da clássica repartição horizontal (executiva, legislativa e judiciária), ou seja: ‘Uma das formas de manifestação da separação de Poderes e

funções é a que se reconduz aos princípios do Federalismo, da autonomia regional e *autonomia local*’ (grifo nosso).

“E mais, para Canotilho, a ordenação constitucional de funções é mecanismo de defesa e garantia da própria Constituição. Desse modo, a interferência de qualquer órgão, *in casu*, no exercício da função legislativa municipal é, antes de tudo, um atentado à Constituição.”

Contudo, considero que a questão não pode ser vista exclusivamente por esse prisma, embora, como adiante exporei, entenda deva ser valorizada na análise a autonomia conferida ao Município pela Constituição. Com efeito, se há uma hierarquia de normas, e a Lei Orgânica deve observar o comando constitucional, não se pode afirmar a autonomia municipal contra um preceito constitucional.

E, quando o Município legisla contra a Constituição, é não só legítimo como também necessário o controle da constitucionalidade pelo Judiciário. Em se dizendo que o Judiciário não pode interferir na fixação do número de Vereadores, se terá igualmente de dizer que a locução “proporcional” do art. 29, inc. IV, não tem relevância no contexto em que foi produzida, ou que já está devidamente contemplada no interior de cada uma das alíneas que fixam limites mínimos e máximos. Mas aí a matéria já é de mérito.

Voltando agora para a hipotética disposição da Lei Orgânica de Bozano, que estabelece 21 Vereadores para um Município de pouco mais de dois mil habitantes, parece-me claro que a norma pode ser submetida à apreciação e possível rejeição pelo Poder Judiciário.

Em não se admitindo essa hipótese, necessariamente há de concluir-se que há disposições insuscetíveis de apreciação pelo Poder Judiciário, e aí sim se poderá afirmar que foi vulnerado o princípio da separação e da especialização dos Poderes.

Por isso, adoto aqui entendimento distinto ao do Min. Marco Aurélio Mello, cujo voto no MS nº 1.957, julgado no TSE em 17-08-93, que negou a possibilidade de intervenção do Judiciário na matéria, advertia: “Postura diversa alcança em última análise não a colocação de lei inconstitucional em plano secundário, mas, sim, a prática de verdadeiro ato político de opção, somente passível de ser implementado pelo Município”.

Cabe, é certo, apreciar-se a questão com cautela, para evitar uma açodada e subjetiva intervenção do julgador numa matéria que é de competência privativa do Legislativo municipal, mas não se pode colocá-la fora de sua apreciação. E é com essa ressalva que analiso a composição da Câmara Municipal de Ijuí.

A questão não é simples: pretendendo o autor seja o número fixado pela sentença em 11, o eventual acolhimento de sua tese traz nova dificuldade, visto que, afastando norma inconstitucional, o Juiz apenas cumpre seu papel jurisdicional, mas, ao dispor que, no lugar da norma afastada, vigore outra disposição, nascida da própria sentença, estará ele legislando, e assim usurpando a função legislativa, que não lhe incumbe, em face do princípio da separação dos Poderes.

Por outro lado, do simples afastamento de norma essencial ao funcionamento do Município, sem que haja dis-

posição, ainda que provisória, que a substitua, decorrerá um vácuo legislativo intolerável, porque faltará à Lei Orgânica disposição que estabeleça o número de Vereadores, e portanto a composição de um dos Poderes constituídos no plano municipal.

Considero que a solução, nessa hipótese, seria o estabelecimento de um número provisório, que vigorasse apenas enquanto o próprio legislador municipal não aprovasse definitivamente, no uso de suas prerrogativas constitucionais, o número de Vereadores que comporia a Câmara Municipal. De qualquer maneira, cabe primeiro a análise da situação concreta deste Município com 75.732 habitantes, para que se conclua se é razoável e proporcional que tenha 21 Vereadores.

De início, ressalto, novamente considerando os Municípios de população extrema no interior do Rio Grande do Sul, que Ijuí tem 74.620 habitantes a mais que André da Rocha e 284.475 habitantes a menos que Caxias do Sul. Está, portanto, mais próxima de André da Rocha. Tem, todavia, 68,10 habitantes para cada habitante de André da Rocha e um habitante para cada 4,76 habitantes de Caxias do Sul.

Por isso, embora seja certo que Ijuí é muito maior que André da Rocha e muito menor que Caxias do Sul – e já que se está a tratar de proporcionalidade –, é interessante saber se Ijuí está mais para André da Rocha ou está mais para Caxias do Sul.

Consideremos a economia dos Municípios. O Produto Interno Bruto de André da Rocha correspondeu em 1999 a US\$ 4.406.223, o de Ijuí a US\$ 333.031.605 e o de Caxias do Sul a US\$

3.230.845.017 (Klering, Luís Roque. *Análise do Desempenho Econômico dos Municípios do Rio Grande do Sul em 1999*, em www.terraGaúcha.com.br).

Assim, embora o PIB de Caxias do Sul seja quase 10 vezes maior que o de Ijuí, o de Ijuí é 75 vezes maior que o de André da Rocha. André da Rocha é um Município agrícola: 64,09% de sua renda provém da agropecuária, e apenas 0,30% da indústria e 35,60% dos serviços. Ijuí mantém uma agropecuária forte, correspondendo a 14,53% de sua economia, mas tem o setor industrial mais desenvolvido, com 18,80% e um setor de serviços com bastante força: 66,67%.

Já os diferentes setores respondem em Caxias do Sul por respectivamente 3,96%, 58,13% e 37,90% (dados do *Anuário Estatístico do Rio Grande do Sul 1998*, da FEE – Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, edição eletrônica).

Aqui já se percebe que a diferença não é apenas de volume, mas igualmente de complexidade, porquanto a maior diversidade da economia demonstra exatamente isso. E esses Municípios que tomei por paradigma não são casos excepcionais; pelo contrário, são a regra, apenas excepcionalmente quebrada, tanto no volume (Triunfo, sede do pólo petroquímico, é exemplo de população pequena e PIB elevado), quanto na diversidade (pequenos Municípios do eixo Porto Alegre–Caxias têm indústria desenvolvida).

Assim, e voltando à 23ª Zona Eleitoral, Ajuricaba, Coronel Barros e Nova Ramada apresentam PIB de US\$ 28.526.232, US\$ 9.550.477 e US\$

12.857.057 (Klering) e têm na agricultura 45,72%, 49,46% e 61,27% de sua economia (FEE).

Por outro lado, mesmo comparada com os maiores Municípios do Noroeste do Rio Grande do Sul, vários dos quais com população semelhante, Ijuí novamente demonstra uma economia relativamente forte. Seu PIB de US\$ 333.031.605 em 1999 foi superior ao de US\$ 247.885.367 de Cruz Alta, ao de US\$ 159.541.716 de Santo Ângelo, ao de US\$ 287.375.356 de Santa Rosa e ao de US\$ 205.007.290 de Panambi (Klering).

Essa diversidade não significa, todavia, que a população do Município seja mais rica, visto que o PIB *per capita* de Panambi e Santa Rosa é superior (US\$ 6.334,42 e US\$ 4.461,66 contra US\$ 4.284,69). Além disso, se em Ijuí e nos demais Municípios de seu porte é comum uma maior circulação de riqueza, ocorre também, via de regra, uma concentração de renda superior à dos pequenos Municípios, cuja economia está centrada na agricultura.

Assim, embora com economia mais pujante e mais diversificada, têm igualmente mais pobreza, o que torna mais complexa sua gestão, seja no plano econômico, seja no plano social, disso decorrendo um aumento da demanda política, com uma diversidade de interesses muito mais variada do que a que existe nos pequenos Municípios.

Isso significa que o orçamento municipal de Ijuí, cuja receita arrecadada em 1999 foi de R\$ 26.474.421,91 (dados da FAMURS – Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul), o que exige uma estrutura administrativa muito mais complexa que a

reclamada pelos orçamentos de Ajuricaba, Coronel Barros e Nova Ramada, que no mesmo ano foram R\$ 3.959.442,08, R\$ 2.217.791,63 e R\$ 2.234.973,60 (idem), tende a ser objeto também de disputa mais acirrada, em face das demandas sociais e dos grupos de interesse existentes.

E isso decorre não apenas do maior grau de complexidade do Município e das suas disparidades sociais, mas, também, porque, seguindo a regra de arrecadação *per capita* inferior dos grandes Municípios em relação aos pequenos, a de Ijuí foi, considerada a população apurada em 2000, antes das emancipações, de R\$ 337,43 por pessoa, enquanto a dos outros três Municípios, foi de R\$ 513,68, R\$ 903,75 e R\$ 818,67. Isso significa que há menos recursos para maiores dificuldades, circunstância que tende a acirrar a disputa entre os diversos setores da sociedade.

Além disso, parece claro que também como cidade as dificuldades de Ijuí se potencializam, se comparada com cidades menores, visto que, por seu porte, é necessário organizar o trânsito, o transporte coletivo, resolver problemas como os do déficit habitacional, do saneamento deficiente, das vilas pobres sem estrutura urbana, do desemprego, da maior criminalidade, e assim uma série de problemas urbanos que praticamente inexistem nas pequenas cidades.

Não se pode esquecer também que, sendo maior que os Municípios que a cercam, Ijuí é uma cidade-pólo, para a qual confluem regularmente moradores de outras cidades próximas, como Augusto Pestana, Coronel Barros, Catuípe, Ajuricaba, Nova Ramada e Bozano, e

também habitantes de cidades não tão próximas, que para ela são atraídos não só pelo comércio mais desenvolvido, mesmo se comparado com os Municípios de igual porte, mas, também, pelos hospitais, notadamente o Hospital de Caridade, e pela UNIJUÍ e COTRIJUÍ, que são destaques entre as universidades e cooperativas do Estado.

Essa maior complexidade e a resultante multiplicidade de interesses têm, em cidades com iguais características, efeitos também no plano da representação política, visto que no mercado político há espaço para a disputa entre maior número de ideologias, que buscam levar ao parlamento suas visões de mundo e as concepções particulares acerca da política municipal e também da política nacional.

Isso pode ser facilmente constatado pelo número de partidos e chapas (assim consideradas as coligações e os partidos que concorreram individualmente) que, nos diferentes Municípios, disputaram as eleições para as Câmaras de Vereadores no Rio Grande do Sul nas eleições de 2000.

Com efeito, divididos os Municípios por faixas populacionais, veremos que o número de partidos e chapas aumenta na medida em que aumenta a população. Utilizados os dados do TRE, e agrupados os Municípios por número de eleitores, índice que de regra acompanha a evolução da população, o número médio de partidos e chapas que disputaram as eleições parlamentares em 2000 foi de, respectivamente, 4,67 e 3,62 para Municípios com até 5.000 eleitores; de 5,60 e 3,94 para 5.001 a 10.000 eleitores; 6,34 e 4,26 para 10.001 a 15.000 eleito-

res; 7,71 e 4,58 para 15.001 a 20.000 eleitores; 7,74 e 4,95 para 20.001 a 30.000 eleitores; 8,89 e 5,83 para 30.001 a 50.000 eleitores; 11 e 7,36 para 50.001 a 100.000 eleitores; e 14,18 e 8 para Municípios com mais de 100.000 eleitores.

O mesmo ocorre se considerado o número de cadeiras nas Câmaras de Vereadores. Nos Municípios em que existem 09 cadeiras, o número médio de partidos e chapas que disputaram a eleição foi de 5,01 e 3,37; naqueles em que há 11 cadeiras, a média foi de 7,06 e 4,36; onde há 13, foi de 7,82 e 5,53; onde há 15, foi de 8,40 e 5,80; onde há 17, foi de 8,25 e 5,75; onde há 19 cadeiras, foi de 9,00 e 6,00; e onde o número é de 21 cadeiras, foi de 12,14 e 8,46 partidos e chapas, respectivamente.

Dada a circunstância de que, como regra geral, o número de vagas no Legislativo aumenta na mesma medida em que aumenta a população, poderia restar alguma dúvida sobre relacionar-se o maior número de partidos com a maior complexidade das grandes cidades ou então com a maior oferta de cadeiras.

Os dados das eleições de 2000 parecem indicar que ambas as relações estão corretas, porque em Municípios com a mesma faixa populacional costuma haver mais partidos naqueles em que há mais cadeiras na Câmara de Vereadores e em Municípios de diferentes faixas populacionais e idêntico número de cadeiras há mais partidos nas cidades maiores.

Percebe-se, assim, que o número de partidos aumenta rapidamente na mesma medida em que aumenta a população, mas igualmente é estimulado a

crescer quando há um maior oferecimento de vagas. E a explicação para isso é clara, uma vez que partidos que não conseguem obter representação parlamentar têm dificuldade muito maior para sobreviverem.

Também por esse prisma, é importante a existência de número razoável de vagas nas Câmaras de Vereadores, que são um eco das demandas populares e um local de discussão política como dificilmente se encontra no plano municipal. Quanto mais vagas houver, maior será a possibilidade de haver uma mais adequada representação no Parlamento dos interesses que encontram expressão na sociedade.

Veja-se que, considerada a incidência da regra do quociente eleitoral, como prevista nos arts. 106 e 109, § 2º, do Código Eleitoral, a votação necessária por chapa para obter representação no Parlamento é, para Câmaras com composição respectiva de 9, 11, 13, 15, 17, 19 e 21 Vereadores, de 11,11%, 9,09%, 7,69%, 6,67%, 5,88%, 5,26% e 4,76%.

O elevado quociente eleitoral exigido para as Câmaras de Vereadores com 09 e 11 Vereadores é menos nocivo nos pequenos Municípios, onde existe menor complexidade econômica, menor diversidade social e, em decorrência, menor número de partidos, mas resulta, em Municípios com maior população, na exclusão do Parlamento de número considerável de partidos.

Voltando às eleições municipais de 2000, o número de partidos e chapas que obtiveram representação acompanhou proporcionalmente o número de partidos e chapas que concorreram, o que somente foi possível em face do

maior número de vagas oferecidas. Não tivesse isso ocorrido, teria havido um grande número de partidos alijados do Parlamento, por força do número reduzido de vagas e da ação devastadora do quociente eleitoral.

Em Ijuí, fossem 09 os Vereadores, não teriam obtido representação o PTB e o PT, embora continuasse garantida uma cadeira para a Frente Popular, ocupada por Vereador do PC do B; fossem 11, o PTB obteria sua única cadeira com uma folga de apenas 03 votos em relação ao quociente eleitoral e o PT continuaria sem Vereador. Com 21 Vereadores, obtiveram representação as cinco chapas e seis partidos; com 11, teriam sido cinco chapas e cinco partidos, e, com 09, quatro chapas e quatro partidos.

O mesmo teria acontecido em Cruz Alta e Santo Ângelo, que, com população semelhante e igual número de Vereadores, têm dez e nove partidos, e tiveram sete e seis chapas disputando as eleições de 2000 para a Câmara de Vereadores. Lá, obtiveram representação seis chapas em cada Município, mas, fossem 11 as cadeiras em disputa, o número se teria reduzido para cinco e quatro e, fossem 09, teria se reduzido para quatro e quatro.

Também em Esteio, igual resultado decorre da redução do número de Vereadores. Lá, doze partidos disputaram a eleição por dez chapas; sete dessas chapas teriam obtido representação para 21 cadeiras, mas com 09 cadeiras o número de chapas e de partidos representados ficou reduzido a quatro.

Ainda que se possa criticar o quadro político-partidário brasileiro, por nele haver número excessivo de partidos,

muitos dos quais de reduzida consistência ideológica, e longe de pretender dimensionar os legislativos de forma a acomodar os interesses das diferentes facções, parece, do ponto de vista da disputa política e do exercício da cidadania, empobrecedora a limitação das cadeiras, notadamente se considerada a complexidade acima assinalada, que aumenta no ritmo do aumento da população.

E a preocupação com a representação partidária não é gratuita, porquanto a moderna concepção de democracia, construída nos Estados ocidentais, a partir do Século XVIII, é indissociável da existência de um sistema partidário, de modo que não se pode conceber democracia sem partidos.

Com efeito, se a democracia clássica, da *pólis* grega, fundada na assembléia dos cidadãos livres, consagrava no plano da cidade a democracia direta, prescindindo de partidos, a democracia representativa, aplicada ao Estado nacional, não sobrevive sem eles. Veja-se, sobre isso, Anna Oppo (verbete *Sistemas Eleitorais*, em Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 899): “[...] é usual sublinhar que as associações que podemos considerar propriamente como partidos surgem quando o sistema político alcançou um certo grau de autonomia estrutural, de complexidade interna e de divisão do trabalho que permitam, por um lado, um processo de tomada de decisões políticas em que participem diversas partes do sistema e, por outro lado, que, entre essas partes, se incluam, por princípio ou de

fato, os representantes daqueles a quem as decisões políticas se referem.

“Daí que, na noção de partido, entrem todas as organizações da sociedade civil surgidas no momento em que se reconheça teórica ou praticamente ao povo o direito de participar na gestão do poder político. É com este fim que ele se associa, cria instrumentos de organização e atua.

“Nesta acepção, os partidos aparecem, pela primeira vez, naqueles países que primeiramente adotaram formas de governo representativo: não que os partidos nasçam automaticamente com o governo representativo; é mais porque os processos civis e sociais que levaram a esta forma de governo, que previa uma gestão do poder por parte dos ‘representantes do povo’, teriam depois conduzido a uma progressiva democratização da vida política e à integração de setores mais amplos da sociedade civil no sistema político.

“Em termos gerais, pode portanto se dizer que o nascimento e o desenvolvimento dos partidos está ligado ao problema da participação, ou seja, ao progressivo aumento da demanda de participação no processo de formação das decisões políticas, por parte de classes e estratos diversos da sociedade”.

Não se pode, além disso, esquecer que o Município é também um lugar privilegiado para se fazer política, porque é ali que os cidadãos têm contato mais direto com o poder, o que tem sido inclusive percebido pelos partidos e governos municipais, que cada vez mais têm procurado, nesse plano, e por diversos mecanismos, obter a participação mais direta da população.

Essa preocupação está presente na própria Constituição de 1988, cujo art. 29 previu, nos incs. XII e XIII, a cooperação das associações representativas no planejamento municipal e a iniciativa popular em projetos de lei de interesse do Município.

A esse propósito, é interessante notar que Célson Ferrari (*Curso de Planejamento Municipal Integrado*, São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1979, p. 283) escrevia, quando ainda em vigor a Constituição outorgada de 1967-69, que “o Brasil é o único País do mundo em que o Município tem autonomia e faz parte integrante da Federação”. À época, ressaltava o autor, que lhe faltava a auto-organização, o que todavia obteve com a Constituição de 1988.

Esse traço distintivo do Município brasileiro em relação ao de outros países foi descrito e enfatizado por Hely Lopes Meirelles (ob. cit., pp. 42-62), em análise comparativa com os Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha e Argentina. Diz o autor (pp. 42-3): “A posição atual dos Municípios brasileiros é bem diversa da que ocuparam nos regimes anteriores. Libertos da intromissão discricionária dos Governos Estadual e Federal e dotados de rendas próprias para prover os serviços locais, os Municípios elegem livremente seus Vereadores, seus prefeitos e vice-prefeitos e realizam o *self-government*, de acordo com a orientação política e administrativa de seus órgãos de governo.

“Deliberam e executam tudo quanto respeite ao interesse local, sem consulta ou aprovação do governo federal ou estadual. Decidem da conveniência ou

inconveniência de todas as medidas de seu interesse; entendem-se diretamente com todos os Poderes da República e do Estado, sem dependência hierárquica à Administração federal ou estadual; manifestam-se livremente sobre os problemas da Nação; constituem órgãos partidários locais e realizam convenções deliberativas; e suas Câmaras cassam mandatos de Vereadores e prefeitos no uso regular de suas atribuições de controle político-administrativo do governo local.”

O relevante papel que a Constituição conferiu aos Municípios também foi realçado por Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 11ª ed., 2001), para quem os arts. 18, 29 e 30 da Carta Política constituem a pedra angular de compreensão da autonomia obtida pelo Município (p. 312). Diz Bonavides (p. 314): “Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.

“Nunca esteve o Município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade do poder – o chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988.

“A concepção política desse poder transitou de uma modalidade “política” e abstrata, historicamente frágil e passa-

geira, não obstante sua amplitude teórica, para uma versão mais sólida, porém menos larga, ou politicamente menos ambiciosa, a qual, em compensação, lhe confere, dentro de quadros formais rígidos, uma superior conotação de juridicidade institucional, de máxima autonomia possível. Um poder municipal realisticamente concebido, pois *no* Estado, em contraste com aquele esboçado *contra* o Estado, conforme constava das primeiras versões políticas da filosofia da liberdade.

Esse aspecto particular da organização política do Brasil que amplia as possibilidades de exercício da democracia, deve ser preservado, e para isso é necessário uma Câmara de Vereadores fortalecida – e a Câmara de Vereadores, é importante ressaltar, assume papel tão mais significativo se considerado que, sendo o Município o lugar por excelência para o exercício da participação popular e da democracia direta, seu exercício necessariamente deve ocorrer em combinação com a democracia representativa – e um sistema partidário valorizado.

Por isso, não se pode censurar a Constituição por fixar em 09 o número mínimo de Vereadores. Ainda que se pudesse cogitar de 07 Vereadores para os menores Municípios, isso reduziria drasticamente a possibilidade de representação, aumentando o quociente eleitoral para 14,29%, e aproximando muito o sistema de um limite ainda formalmente proporcional, mas já apontado pela teoria como causador de efeitos majoritários.

Com efeito, segundo explica José Antônio Giusti Tavares (*Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas*:

Teoria, Instituições, Estratégia, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994, pp. 125 e 137), em distritos eleitorais, em que se elegem 15 ou mais representantes, os resultados serão bastante próximos da mais rigorosa proporcionalidade; já onde se elegem 05 representantes ou menos, mesmo as fórmulas eleitorais mais precisas produzirão resultados eleitorais majoritários ou muito próximos de um sistema de dois partidos.

Por isso, diz Tavares (*idem*, pp. 339-40), que cita Nohlen: “nas circunscrições maiores pode-se estabelecer uma relação quase proporcional entre os votos e as cadeiras legislativas: quanto menor se torna a circunscrição, menor é a medida da proporcionalidade na relação entre os percentuais de votos e as cadeiras legislativas dos partidos.

“Finalmente, ao longo desse processo de redução do número de deputados que se deve eleger numa circunscrição, atinge-se uma barreira abaixo da qual a desproporção entre votos e cadeiras é tão grande que, em virtude de um efeito invertido, o sistema começa a corresponder-se com a outra concepção da representação.

“A eleição nas circunscrições tetra-nominais, trinominais, binominais e uninominais é uma eleição majoritária. Uma redução do tamanho das circunscrições [...] também pode conduzir a uma transformação do sistema eleitoral. [...] A eleição em circunscrições pequenas é uma eleição majoritária, qualquer que seja a pauta decisória que se tenha empregado.” (Nohlen, 1986, pp. 96, 97 e 307)

A adoção do sistema proporcional só permite, portanto, sejam potencializadas suas características se nas circuns-

crições eleitorais for eleito um número de representantes que não seja muito reduzido.

Um exemplo claro da distorção que pode resultar da eleição de pequeno número de representantes ocorreu em 2000 em Coronel Barros, nesta 23ª Zona Eleitoral, onde, concorrendo dois partidos, o PPB elegeu 06 Vereadores contra 03 do PDT, numa proporção de 02 por 01, embora as votações respectivas tenham sido de 1.250 e 812, numa proporção de 1,54 por 01.

Fosse maior o número de Vereadores, a distorção teria sido reduzida sensivelmente. Esse problema se agrava ainda mais porque no Brasil as sobras são distribuídas conforme a fórmula da mais forte média, que favorece os maiores partidos.

Por essas razões, e voltando às fórmulas propostas para a apuração da proporcionalidade, a não ser que se pretenda nivelar por baixo Municípios muito desiguais, aqueles de população superior não podem ter o número de vagas das suas Câmaras de Vereadores fixado por uma fórmula matemática que expresse função linear, com intervalos regulares que terminem em um milhão, sob pena de serem desconsideradas todas as ponderações acima feitas.

Por isso, concluo que fórmula dessa natureza não atende ao princípio constitucional da razoabilidade nem ao da proporcionalidade. Quando a questão me foi posta, cheguei a considerar a conveniência de fazer uso de uma fórmula matemática que pudesse dar uma medida aproximada de razoabilidade para a composição dos legislativos municipais. Do raciocínio que levou à

análise acima feita, concluí ser mais razoável uma fórmula que representasse uma curva no plano cartesiano.

Por isso, adotei, como padrões para Municípios com 10, 20, 40, 80, 160, 320 e 640 mil habitantes, Câmaras com 09, 11, 13, 15, 17, 19 e 21 Vereadores. Assim, adotado esse padrão de razoabilidade, partindo de 10 mil habitantes, aumentaria o legislativo em 02 Vereadores cada vez que dobrasse a população do Município, em fórmula que poderia ser expressa da seguinte maneira: $v=[2(\ln p - \ln 10000) + 9 \ln 2] / \ln 2$.

O critério se justificava, em primeiro lugar, porque, salvo poucos desvios, principalmente em Municípios cujas Câmaras têm elevado número de Vereadores, não fugia muito da situação hoje vigente. De minha parte, valorizo essa circunstância, porque discordo da idéia, que considero maniqueísta e alimentadora da visão negativa que se tem dos políticos, segundo a qual eles prontamente se ocuparam, por interesse próprio e com uma leitura distorcida da Constituição, de elevar ao máximo a composição das Câmaras Municipais.

Pelo contrário, e ainda que se possa identificar um interesse de auto-preservação entre os políticos, tendente a elevar o número de Vereadores, considero que na maior parte dos Municípios está bem fixada sua composição. Em segundo lugar, assim considerei porque entendo que um Município de 10 mil habitantes, população superior à da maioria dos Municípios brasileiros, começa a realçar suas características distintivas em relação aos de menor população.

Depois, considerado o espaço entre 09 e 21 Vereadores, o aumento de 02 a

cada vez que dobra a população permitiria, ao mesmo tempo, ocupar o espaço populacional de que se ocupa o art. 29, IV, da CF e assinalar marcos populacionais significativos de distinção entre Municípios.

É certo que, por essa equação, se chegaria a 21 Vereadores com população de 640 mil, e não com a de um milhão, como aconteceria se ela fosse alterada para $v=[1,8062(\ln p - \ln 10000) + 9 \ln 2] / \ln 2$. Contudo, também isso se justificava, porque, como visto, pouquíssimos Municípios brasileiros têm população próxima a um milhão.

Se fosse exigida população de tal envergadura para que uma Câmara Municipal tivesse 21 Vereadores, o número de Municípios que atenderia o requisito não passaria de três. Além disso, razão nenhuma haveria em permitir que esse número fosse atingido somente com população próxima a um milhão, se, pela regra do art. 29, IV, *b*, havendo um habitante a mais que um milhão, já se chegará a 33 Vereadores.

Trata-se de uma fórmula matemática, e razoabilidade, bom senso, não podem ser reduzidos a equações matemáticas. Contudo, preocupava-me em buscar com ela dar expressão, melhor que as outras acima referidas, a uma idéia de razoabilidade.

Não é uma fórmula proporcional, mas as outras, embora representadas por funções lineares, também não o são; a única que observa a proporcionalidade não se aplica, pela regra da composição mínima, aos Municípios com até 428.571 habitantes, e por isso não é razoável.

Não podia, outrossim, essa fórmula ser proposta como padrão matemático de razoabilidade, porque para isso não

serve, nem uma sentença judicial é o lugar para se propor fórmulas. Contudo, pensava em dar com ela uma expressão matemática à idéia de que deve haver relação entre número de Vereadores e população, fazendo-o de modo observar limites mais claros de distinção entre os Municípios, e, para os fins desta sentença, dar expressão matemática ao princípio da razoabilidade.

Aplicada a fórmula a Ijuí, chegaríamos ao número 14,84, número bastante próximo a 15. Considerado o provável crescimento populacional nos próximos 03 anos, em face do qual a população do Município novamente deverá se aproximar de 80.000 habitantes, o índice nas próximas eleições municipais estaria ainda mais próximo de 15.

Contudo, acabei por concluir que, ainda que esta fórmula, ou outra semelhante, pudesse ser utilizada em ação dessa natureza, para conferir um mínimo de racionalidade que ao menos afastasse decisão movida unicamente pela subjetividade, não cabe sua aplicação neste feito.

Cheguei a essa conclusão porque, mesmo considerando haver um aparente excesso na composição da Câmara Municipal, esse excesso não é de tal maneira absurdo que autorize o Judiciário a concluir de forma taxativa, como o faria se igual fosse a composição do Legislativo de Bozano, que há nele uma flagrante inconstitucionalidade. E, se assim penso, pelas razões que exporei, faço-o lembrando novamente que se está a tratar de um espaço de autonomia municipal, em regra que comporta diferentes interpretações.

Parto, primeiro, do quadro exposto pelo autor nas fls. 31 a 45, e noto que,

embora pareça inadequado que Ijuí apresente o mesmo número de Vereadores que Municípios muito maiores, a Câmara de Vereadores de alguns Municípios menores apresenta igual composição.

Mais, nenhum Município com mais de 70.000 habitantes tem menos de 21 Vereadores. Assim, ainda que se possa considerar pouco razoável que Ijuí esteja na mesma faixa que Caxias do Sul, em qualquer outra faixa em que fosse figurar seria o mais populoso dos Municípios. É claro que se deve considerar o argumento, presente na inicial, de que a distorção não ocorre somente aqui, mas na generalidade dos Municípios.

Todavia, deve-se considerar igualmente que tratamos do conceito de razoabilidade e que, neste caso específico, ao contrário do exemplo hipotético de Bozano, que expõe uma irrazoabilidade flagrante, aqui estamos no limite do razoável, que autoriza o julgador a admitir a idéia de que se esteja diante de um número excessivo, mas sem lhe dar elementos que lhe permitam dizer com segurança que apresenta uma solução mais razoável à que foi encontrada pelo constituinte municipal, que reafirmou na Lei Orgânica de 1990 uma regra que já vigorava neste Município desde antes de 1988.

Ademais, se analisados os Municípios com 21 Vereadores que têm menos de 100.000 habitantes, podemos com certeza concluir que raros constituem, como Ijuí, cidades-pólos, seja porque estão, como Alegrete, Camaquã e São Borja, situados em regiões em que há menos cidades próximas sobre as quais possam exercer sua influência, seja por estarem, como Bento Gonçalves, Esteio e Guaíba, em regiões densamente povoadas, nas

quais outras cidades maiores cumprem o papel de cidade-pólo.

Aqui, cabe novamente lembrar que Ijuí, além de ter o comércio mais desenvolvido da região, apresenta o trinômio hospital-universidade-cooperativa, que a torna um pólo de atração regional. Por outro lado, se até aqui foi tomado como parâmetro o quadro estadual, a comparação limitada ao plano regional indica que no noroeste do Rio Grande do Sul se apresenta um quadro em que, na comparação entre os Municípios, são observadas as populações respectivas na composição dos legislativos.

Assim, há 21 Vereadores em Santo Ângelo e Cruz Alta, com 76.746 e 67.330 habitantes, 19 em Santa Rosa, com 65.034 habitantes, 17 em Palmeira das Missões, com 36.394, 13 em São Luiz Gonzaga, Três Passos, Três de Maio, com 36.688, 24.654 e 24.138 habitantes, e 11 em Panambi, que tem 32.609 habitantes. Tomado esse conjunto de Municípios como parâmetro, neles apenas destoam Palmeira das Missões, pela composição elevada, e Panambi, pela composição reduzida. Os demais Municípios da região, com população inferior a 20.000 habitantes, têm 09 ou 11 Vereadores.

A propósito da referência feita a Santo Ângelo, e ainda que isso não seja razão de decidir, não é demais lembrar que, como se vê de acórdão juntado pelo próprio autor (fls. 216-21), em ação civil pública movida naquele Município com a mesma finalidade, transitou em julgado decisão que manteve o número de Vereadores em 21. Assim, o próprio precedente e a circunstância de que são Municípios vizinhos, com população e características semelhantes, apontam

razoável a manutenção do número de Vereadores de Ijuí.

Um outro aspecto que não pode ser negligenciado está na própria Constituição Federal. O seu art. 29 estabelece, no inc. II, que será em dois turnos a eleição para prefeito nos Municípios com mais de 200 mil eleitores. Considero significativa essa fronteira, estabelecida por nossa Carta Política, com base nesse parâmetro populacional.

Ali, o legislador constituinte disse que, no plano eleitoral, os Municípios com mais de 200 mil habitantes se distinguem dos demais, e merecem tratamento diferenciado, que permita, com o instituto dos dois turnos, uma opção pelo eleitor entre os dois candidatos mais votados e, no plano partidário, uma recomposição das alianças, em face da qual provavelmente se estabelecerá a base de constituição do futuro governo, ou, pelo menos, um embrião das articulações que comporão, no parlamento, os blocos de situação e oposição.

Assim, ao estabelecer esse limite para a inclusão de um ingrediente que torna mais complexo o episódio eleitoral, e nele inclui nova possibilidade de opção pelo eleitor e nova possibilidade de formação de alianças pelos partidos, a Constituição afirmou, justo no plano eleitoral, que esta população traça um limite distintivo entre Municípios grandes e pequenos.

Dadas todas essas circunstâncias e, mesmo tendo o entendimento de que determina a Constituição que dentro do intervalo de zero a um milhão deve ser observado o critério populacional para a fixação do número de Vereadores, permito-me considerar lícito o entendimento de

que o intervalo se coloca apenas como barreira que impede a fixação de número de Vereadores superior a 21, mas que não necessariamente deve ser considerado até o limite de um milhão para se chegar a uma composição proporcional.

Isso parece resultar claro da referência já feita ao reduzido número de Municípios com população próxima a um milhão, e torna lícitos raciocínios que utilizem intervalos inferiores para o estabelecimento da proporcionalidade. Como hipótese de raciocínio, tomo novamente a fórmula que acima havia considerado adequada, e apenas a modifico num elemento, para alterar o número em que se chegaria a 21 Vereadores.

Faço-o para duas hipóteses: numa, considerada a realidade estadual, tomo por adequado o número máximo de Vereadores para a população do maior Município do interior do Estado, portanto, 360.207 habitantes; na outra, considero ideal o parâmetro de 200 mil habitantes a partir do qual se dá em dois turnos a eleição para o executivo municipal.

Nessas hipóteses, as fórmulas passam a ser, dados 21 Vereadores para a população da Caxias do Sul, $v=[2,3207(\ln p - \ln 10000) + 9 \ln 2] / \ln 2$, e, dados 21 Vereadores para Municípios que estejam no limite constitucional de 200.000 habitantes, $v=[2,7765(\ln p - \ln 10000) + 9 \ln 2] / \ln 2$. Aplicadas as fórmulas respectivas ao Município de Ijuí, se chegaria aos números de 15, 78 e 17,11, que parecem razoáveis em face da determinação constitucional de observância da proporcionalidade em relação à população.

Contudo, veja-se, ainda uma vez, que são números que vão se alterando

conforme mudam os critérios adotados. Se, por exemplo, se considerasse adequado fixar, nas mesmas fórmulas, como ponto de partida a partir do qual o resultado passaria a ser superior a 09, os Municípios de 5.000 habitantes, e não mais os de 10.000 habitantes, nesse ponto alterada a equação, se chegaria, com a adoção da fórmula $v=[1,9447(\ln p - \ln 5000) + 9 \ln 2] / \ln 2$, ao número 16,62, e com a fórmula $v=[2,2548(\ln p - \ln 5000) + 9 \ln 2] / \ln 2$, a 17,84.

Por fim, e lembrado o marco divisório de 200.000 estabelecido pela Constituição, é interessante ainda referir que Célson Ferrari, na obra citada, mencionando diferentes critérios populacionais ou demográficos para definir o que seja um aglomerado humano urbano, informou que a ONU considera urbano o agrupamento urbano de população igual ou superior a 20.000 habitantes, estabelecendo ainda que são *towns* aqueles com população inferior a 100.000 e *cities* aqueles com população a partir de 100.000 (p. 21).

Novamente, os critérios populacionais distintivos situam-se num patamar bem distante de um milhão. De tudo o que até agora foi analisado, concluo, primeiro, que há uma aparente inadequação da composição da Câmara Municipal de Ijuí ao comando do art. 29, IV, *a*, da CF, mas, segundo, que essa inadequação é reduzida, e não chega a ofender o bom senso, de modo que se possa deduzir tratar-se de irrazoabilidade escancarada, que exija intervenção judicial no espaço de competência do legislativo municipal.

Penso que essa idéia ficou bem demonstrada no acórdão da AC nº 592139406, julgada pela 1ª Câmara Cível

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, juntada aos autos pelo autor (fls. 228-45), nos ponderados argumentos do voto vencido, do Des. Milton dos Santos Martins.

Embora sua posição tenha sido, diferente da que aqui defendo, a de que é ampla a liberdade da Câmara de Vereadores para fixar o tamanho de sua composição, transcrevo, pela pertinência de suas razões (fls. 241-4): “Assim, diria, por exemplo, que essa possibilidade se confirma também por um outro princípio constitucional do próprio art. 29, ou seja, da autonomia municipal. Aliás, a regra deve ser justamente a autonomia, as restrições é que devem ser expressas.

“Ora, se o Direito se estrutura dentro do princípio de liberdade, as restrições é que se manifestam. Aliás, a autonomia municipal é decantada como um dos bons princípios políticos. Logo, se a autonomia municipal é um bom princípio político, tenho que se deve favorecê-lo, no entendimento de autonomia municipal, quer dizer, confiar, no caso, por exemplo, na autonomia da Câmara Municipal em escolher, em optar pelo número de Vereadores que entende adequado ao Município entre o mínimo de 09 e o máximo de 21.

“A meu sentir, vamos dizer assim, cabe o exame da conveniência política. Veja-se, em hipótese, se num Município praticamente apenas dois partidos têm representatividade, ou ocorre fragmentação partidária muito grande, isso pode ser considerado até pela Câmara Municipal para que todos os partidos e, assim, a população tenha voz, a fim de que sejam todos os partidos ouvidos. É juízo

de conveniência que se deve atribuir à Câmara Municipal. [...]

“Não posso dizer, *a priori*, que o número é excessivo sem incluir muitas considerações. Por que se fixam esses números? O número pequeno é mais fácil de convencer, mais fácil de obter unanimidade – já não pensando em situação anômala de corrupção. Os inconvenientes existem para o número pequeno. O número um pouco maior, quais seriam as vantagens e as desvantagens? Aumenta a despesa, são mais pessoas a se manifestarem, mais representatividade, há mais partidos.

“Mais pessoas pensando é mais oportunidade também de se corrigirem defeitos, enquanto número excessivo pode marginalizar. Mais pessoas pode dificultar – as vezes até dificulta em questão de tempo o julgamento que nós temos, por exemplo, no Pleno, que é bem mais difícil do que no Grupo, bem mais fácil julgamento na Câmara. Mais pessoas colaborando, todavia, pode melhorar a qualidade.

“Não significa isso uma segurança, uma garantia, um atestado de que a Câmara, com 19 Vereadores, vá funcionar melhor do que a Câmara com 10, mas sempre há uma possibilidade de eleger mais pessoas interessadas e de quase todas correntes de pensamento. A ponderação, assim, é de que não posso só na conveniência patrimonial orçamentária, retirar essa oportunidade de a Câmara ter um número maior de Vereadores.

“Participei de Câmaras de 15 Vereadores, que era um bom número, mais oportunidade de todos se manifestarem, mas ainda assim não era completo o

complexo social. Não sei se 19 é excessivo, estou dizendo das possibilidades teóricas para entender justificado, pode ser justificado um número maior.

“Agora, não vi, a não ser esse argumento de despesa maior, muito em moda, esbanjamento do dinheiro público, muito em moda, não vi, além dessas notícias de cunho popular ou populista, uma análise que enfrentasse as inconveniências dentro de um Município tradicional como Canguçu, de vida política antiga, muito intensa e que, acredito, tem boas tradições políticas para, na sua autonomia, dizer da conveniência de 19 Vereadores.”

Traz a transcrição, na sua parte final, uma referência ao argumento da economia, que considerou menos determinante. Aproveito o ponto para também enfrentá-lo. Parece-me claro que, em havendo redução do número de Vereadores, disso resultariam economias.

Vieram aos autos argumentos, que de resto se ouviram em debates públicos, segundo os quais a procedência do pedido não teria como consequência necessária economia para o Município, em face da destinação máxima de 8% do seu orçamento à Câmara de Vereadores, por força do art. 29-1, I, da CF – no mesmo sentido vai o art. 29, VII, que limita a despesa com a remuneração dos Vereadores em 5% da receita do Município.

Estes são argumentos equivocados, porque tomam como definitivo o limite máximo previsto pela Constituição Federal, e parecem ignorar a possibilidade de se fixar no orçamento valor inferior. Por esse raciocínio, parece que a consequência primeira da redução do número de Vereadores seria a urgente

procura de outras possibilidades de contrair despesas, e assim poder gastar o dinheiro que de outra forma seria poupado.

Mesmo assim, não me parece que argumento da economia seja tão significativo. Da procedência do pedido, resultaria ao Município uma poupança que em números aproximados seria de R\$ 300.000,00 por ano, o equivalente a pouco mais de 1% de sua arrecadação em 1999. Isso não é irrelevante. Contudo, esse argumento só pode ser dessa forma valorizado se considerar inútil, ou até pernicioso, a existência de um número maior de Vereadores, ou pelo menos que o ganho político não compensa despesas fixadas nesse patamar.

Os fundamentos desta sentença indicam que isso não é evidente e, pela ênfase que nela se dá à importância de uma composição legislativa adequada ao tamanho do Município e à necessidade de haver uma representação mais fiel à diversidade social e ideológica existente em Ijuí, apontam tratar-se de uma despesa que pode ser considerada adequada às suas necessidades políticas.

De todo o arrazoado, chega-se a estas breves conclusões: o Município tem autonomia para fixar o número de membros de sua Câmara de Vereadores, mas deve observar uma certa proporcionalidade em relação à população; quando não observada a proporcionalidade, pode o Judiciário, se provocado, afastar a disposição inconstitucional e determinar a alteração do número de Vereadores; embora possa parecer excessivo o número de 21 Vereadores em Ijuí, essa desproporção não resta cristalina.

Por isso, não reconhecido como flagrantemente excessivo o número de Vereadores, a matéria deve ser excluída da alçada de apreciação do Judiciário. A discussão deve ser feita na própria Câmara Municipal, ou mesmo, se lá não ocorrer, ou se isso for considerado adequado ou necessário, ser assumida pela própria sociedade, que poderá, se entender deva ser reduzido o número de Vereadores, e considerar renitente a Câmara Municipal em abordar seriamente a matéria, tomar ela própria a iniciativa de propor a alteração.

Lembre-se, ainda uma vez, que a partir da Constituição Federal, foram criados mecanismos de participação popular, seja de iniciativa na proposição de leis, seja mesmo de, em algumas circunstâncias, conferir poder decisório aos próprios eleitores, e que por isso as alterações legislativas podem decorrer de iniciativa popular.

A Lei Orgânica do Município de Ijuí reafirma as disposições constitucionais, e, mais do que prever no art. 31 a iniciativa popular no processo legislativo, estipula, no art. 32, a possibilidade de realização de referendo popular para decidir sobre esses projetos, quando rejeitados pela Câmara Municipal.

Por isso, se foi elogiável a iniciativa de um cidadão ijuicense, que, considerando excessivo o número de Vereadores, procurou o Ministério Público para lhe sugerir a propositura da presente ação, nada impedirá que este cidadão ou outros ocupem o espaço democrático que lhes é franqueado para, no plano político, tomarem a iniciativa de for-

malmente propor a redução do número de Vereadores.

Se assim ocorrer, a matéria se deslocará do plano estritamente jurídico, no qual, como se viu, não é conveniente promover-se qualquer alteração, para o plano da discussão e participação política, que é o lugar por excelência para que a questão seja posta.

Por derradeiro, e embora já desnecessário enfrentar esse ponto, analiso rapidamente, em face de sua importância, o pedido de imediata redução da composição da Câmara Municipal, com a extinção de mandatos da atual legislatura.

Parte o Ministério Público de um argumento de inegável força: o de que o reconhecimento da inconstitucionalidade produz efeitos imediatos e não permite sequer seja alegado o direito adquirido dos Vereadores. Com efeito, se obtido o mandato por força de norma reconhecidamente inconstitucional, não poderia ser alegado o direito individual dos contestantes.

Lembro, a propósito, ainda uma vez Hely Lopes Meirelles, que, na obra citada, ensinou que, no decorrer da legislatura, o Vereador pode perder o mandato por cassação ou por extinção (p. 473). O direito adquirido ao exercício do mandato supõe, portanto, a existência da cadeira, e não sobrevive à extinção desta.

Contudo, se o direito individual não poderia ser invocado, o mesmo não se pode dizer dos direitos da própria cidadania. Com efeito, não parece que, de incompatibilidade com texto constitucional, se poderia concluir possível a extinção de mandatos obtidos pelo voto sobera-

no, previsto já no parágrafo único do artigo 1º da Constituição, e detalhado como um dos direitos fundamentais no seu artigo 14.

Por isso, ainda que se considerasse inconstitucional a norma aqui atacada, a imediata perda de mandato de Vereadores soberanamente eleitos configuraria uma agressão ainda maior à Constituição, porque os eleitores de Ijuí elegeram 21 Vereadores, e foi com esse objetivo que se dirigiram às urnas nas últimas eleições municipais.

E a ninguém é lícito supor que, fossem 11 as cadeiras em disputa, o resultado teria sido idêntico ao que se obteria com a aplicação de novo cálculo aos votos daquelas eleições. Nesse caso, outras teriam sido as circunstâncias da eleição, e poderia ter havido uma significativa diferença em relação ao quadro a que se chegou.

Teriam sido distintos os cálculos dos partidos para o estabelecimento de alianças, teria sido, pela regra do art. 10 da Lei nº 9.504/97, muito inferior o número de candidatos na disputa, e teriam os eleitores tido elementos outros de análise, que muito possivelmente teriam alterado seu voto.

Os efeitos das regras eleitorais sobre o resultado final das eleições são bem descritas por José Antônio Giusti Tavares, na obra citada (pp. 224-5): “Possui um caráter eminentemente estratégico a interação entre (1) a concepção do sistema eleitoral – incluídos (a) *a priori fórmula eleitoral*, que converte, para cada um dos partidos, certo número de votos em certo número de representantes parlamentares, (b) a distribuição do eleitorado em distritos, (c) magnitude

distrital média, (d) o boletim de voto e (e) o procedimento da votação –, (2) a definição, pelos partidos, dos nomes e frequentemente do número de candidatos, e (3) a decisão do voto pelos eleitores.

“Ao instituírem o sistema eleitoral, os legisladores partem da expectativa antecipatória acerca das expectativas segundo as quais decidirão os partidos, ao definirem os nomes e o número de seus candidatos, e os eleitores, ao definirem os votos.

“Por sua vez, cada partido define as candidaturas segundo a avaliação antecipada que faz acerca dos efeitos do sistema eleitoral quanto à conversão dos votos partidários em representantes parlamentares partidários e acerca da decisão que o eleitor tomará tendo em vista os sistemas partidário e eleitoral.

“Enfim, a decisão dos eleitores é modelada pela convicção, por parte de cada um deles, de que seu voto individual não produz efeitos abstrata e solitariamente, mas efeitos compósitos, isto é, resultados da combinação, racionalmente predictível, entre o próprio voto, o voto, e a abstenção, dos demais eleitores, e a clivagem e o alinhamento dos partidos, sob os constrangimentos do sistema eleitoral.”

Pode-se, portanto, dizer que dificilmente teria resultado das eleições municipais de 2000 em Ijuí, se fossem 11 os Vereadores escolhidos, a mesma nominata que permaneceria compondo o legislativo local se, por força da procedência do pedido, esta composição fosse agora reduzida para onze.

Assim posta a questão, necessariamente deve-se concluir que a redução

do número de membros da Câmara Municipal com a perda de mandato de alguns dos Vereadores eleitos atentaria contra o princípio da soberania do voto, e por isso não poderia ser deferida. Trata-se, de qualquer maneira, de ponto sobre o qual já não é necessário dispor, pelo não-reconhecimento da alegada inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Ijuí.

Por todo o exposto, afasto as preliminares, e julgo improcedente o pedido. Deixo de condenar o autor a pagar honorários advocatícios e custas processuais, pela extensão ao Ministério Público dos benefícios do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ijuí, 19 de julho de 2001.

Pio Giovani Dresch, Juiz de Direito.

Processo nº 21193003486 – Ação de Reintegração de Posse
Comarca de Passo Fundo – 1ª Vara Cível
Autor: Rede Ferroviária Federal S. A.
Réus: Valdemiro Pedro Hupples e outros
Juiz prolator: Luís Christiano Enger Aires
Data: 03-09-01

Reintegração de posse. RFFSA x Coletividade instalada em terrenos lindeiros à via férrea. Posses vintenárias de bem público. Função social. Usucapião. Inviabilidade. Função judicial e a solução de conflitos decorrentes de problemas estruturais. Risco a que se submetem os ocupantes é prova de que a necessidade não encontra limites. Caráter mutante do Direito e da Justiça. Legitimidade das regras jurídicas. Direitos fundamentais à dignidade humana e à moradia. Máxima eficácia dos dispositivos constitucionais e princípio da proporcionalidade. Julgamento de improcedência do pedido.

Vistos, etc.

A Rede Ferroviária Federal S. A., já identificada, propôs a presente ação de reintegração de posse contra Valdemiro Pedro Hupples, Osvaldo Winck Souza, Orides Trein e esposas e outros – todos invasores da faixa de domínio da autora – alegando ser proprietária e possuidora da faixa de domínio que constitui o leito da via férrea que cruza este Município, parte integrante da linha Santa Maria–Marcelino Ramos. Afirma que as citadas invasões situam-se entre os quilômetros 329+800 e 332+900, trecho cuja largura da faixa é de 40m, correspondente à matrícula 29.825, bem como entre os quilômetros 332+900 e 334+550, onde

a largura das áreas varia entre 40 e 125m. Sustenta, ainda, que essas invasões passaram a ocorrer a partir de 1991, tendo sido edificadas casas depois do rompimento das cercas de proteção, buscando, através da presente ação, atingir todos os invasores, considerando as dificuldades de identificação dos mesmos e o constante rodízio nas ocupações. Pediu a concessão de liminar e juntou documentos (fls. 06/49).

Foi indeferida a medida liminar (fl. 02), tendo sido realizada a citação pessoal de parte dos requeridos (fls. 51/64), que apresentaram contestações. Adão Lopes Dias e sua esposa, afirmando serem eles proprietários do imóvel em que residem, pedindo sua exclusão da lide (fls. 65/69). Ronaldo Priebe e outros, em preliminar, pediram a extinção do feito, diante da inexistência de indicação específica de todos os réus, alegando, ainda, terem adquirido o domínio dos imóveis em que residem em razão de neles residirem e os terem como próprios por tempo suficiente para declaração do usucapião. No mérito, abordaram a questão da posse e da propriedade, bem como da sua função social, tudo para reafirmar seu direito ao usucapião (fls. 103/116). Houve réplica (fls. 127/54), manifestando sobre essa peça os réus Ronaldo Priebe e outros (fls. 156/62).

Extinto o feito (fl. 171), foi a sentença cassada em 2º grau (fls. 209/12), tendo sido regularizadas as citações (fls. 228/30) e nomeado curador aos demais requeridos citados por edital (fl. 231). Apresentou ele contestação, onde argüiu a nulidade da citação, sustentando a ilegitimidade passiva dos mesmos e a impossibilidade jurídica do pedido, além de – no mérito – apresentar defesa genérica (fls. 232/34). Houve réplica (fls. 236/37), manifestando-se o Ministério Público (fl. 237 e 237v.), e sendo proferida decisão saneadora que examinou as preliminares e determinou a intimação do Município (fl. 238).

Realizada audiência pública para tentativa de conciliação envolvendo a autora e a municipalidade (fls. 307 e 309), acabou o feito suspenso para realização de levantamento do número de famílias ocupantes dos imóveis e sua situação socioeconômica (fls. 317/319 e oito anexos). Não logrado o acordo, foi determinada nova publicação dos editais de citação (fls. 343/44) e a produção de prova pericial (fls. 363/86) e designada audiência de instrução onde foram ouvidas três testemunhas (fls. 407/410). Ao final, apresentaram as partes envolvidas seus memoriais (fls. 413/14, 415/16, 419/29 e 430/40), tendo o Ministério Público opinado pela improcedência (fls. 442/51). É o relatório. Decido.

Cuida-se de pedido de reintegração de posse formulado pela Rede Ferroviária Federal em face das pessoas que ocupam e residem na faixa de domínio do leito da ferrovia que cruza esta cidade, tendo sido o feito devidamente processado, e apresentando os posseiros suas contestações, todas basicamente registrando a necessidade de

atenção ao caráter social das ocupações e afirmando a possibilidade de reconhecer-se o usucapião dessas áreas em favor delas.

Antes de tudo, até porque isso não feito até o momento, devem ser excluídos do processo Adão Lopes Dias e sua mulher Salete Fátima Carlota Dias, por reconhecidamente (fl. 127) não estarem ocupando imóvel de propriedade da autora. Assim, não têm eles legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda onde se pretende seja a autora reintegrada na posse das áreas descritas na inicial.

De outro lado, também deve ser afastada a preliminar de inépcia da inicial, já que em ações dessa natureza vem sendo reconhecida pelos tribunais do País a desnecessidade de indicação especificada de cada um dos requeridos, pena inviabilizar-se o acesso ao Poder Judiciário. Basta, em hipóteses similares, que sejam citados todos aqueles que se encontram na situação descrita na inicial. Assim, p. ex.: “Ação de reintegração de posse. Invasão de área urbana (casas diversas). Mandado expedido determinando citação de quem fosse encontrado nas habitações. Despacho dando por saneado o processo. Audiência de instrução e julgamento. Prova produzida. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Sentença cassada. Apelação provida. I – *Tratando-se de área urbana invadida, com número indeterminado de casas e supostos esbulhadores, correto é proceder-se à citação de todos quantos ocuparem as habitações, em havendo demanda possessória, ante a dificuldade normal de serem apontados e nominados todos os réus. A adotar-se o rigorismo da lei, es-*

tar-se-ia certamente infringindo o preceito constitucional que garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, em caso de lesão a direito. II – Cassa-se a sentença quando, em sede recursal, tem-se como concluir poder o mérito ser examinado”¹.

Ora a pretensão dos requeridos esbarra na noção da relativa autonomia do Direito Processual e na necessidade de reconhecer-se que ele deve ser sempre elaborado à luz do Direito Substancial e em função dele, para que tenha aptidão de tornar efetivo o Direito Material, tal qual sustentado por José Roberto dos Santos Bedaque². De fato, a visão puramente técnica no presente caso, inviabilizaria por completo o prosseguimento do processo pela absoluta inviabilidade prática de lograr primeiro cadastrar todos os envolvidos e, depois, de citá-los regularmente. Com isso, estar-se-ia impedindo – na verdade – fosse submetido o pleito da autora à apreciação judicial, implicando em verdadeira denegação de justiça, vedada pelo inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República.

Como já disse, de outro lado, as demais preliminares suscitadas (fls. 104 e 233) dizem diretamente com o mérito, implicando em juízo de procedência ou improcedência do pedido inicial. Apesar de jamais ter sido suscitada qualquer dúvida quanto à legitimidade da autora para figurar no pólo passivo da presente demanda, tendo em vista as notícias sobre sua privatização, quero deixar

frisado que a Rede Ferroviária Federal foi incluída no Programa Nacional de Desestatização através do Decreto nº 473, de 10-03-92, consistindo o modelo de privatização da RFFSA em: a) divisão da empresa em seis malhas regionais (Nordeste, Sudeste, Sul, Oeste, Centro-Leste e Teresa Cristina); b) transferência ao setor privado, mediante leilão, da concessão dos serviços de transporte ferroviário; e c) arrendamento dos bens da RFFSA aos novos operadores.

O leilão da malha sul ocorreu em 13-12-96, tendo sido vencido pela Ferrovia Sul-Atlântico, que assumiu a operação em 1º-03-97, tendo o modelo adotado previsto a transferência da operação dos serviços de transporte ferroviário para a iniciativa privada, mediante concessão onerosa, tornando-se os concessionários arrendatários de malhas regionais da RFFSA. Dessa forma, os ativos transferidos aos concessionários foram classificados como “ativos operacionais”, aí incluídas as infra-estruturas ferroviárias, o material rodante e os imóveis vinculados à operação. Por fim, através do Decreto nº 3.277/99, dispôs o Governo Federal sobre a dissolução, liquidação e extinção da Rede Ferroviária Federal, prorrogada esta última para o final do ano de 2001. Desta forma, conforme as notícias veiculadas pela própria autora em seu *site* – www.rffsa.gov.br –, dúvida alguma pode haver em relação à sua legitimidade ativa.

1 – AC nº 0093714800, Acórdão nº 6234, 5ª Câmara Cível do TAPR, Curitiba, Rel. Juiz Conv. Antônio Martelozzo, julgada em 09-04-97, publicada em 13-06-97 – grifo meu.

2 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1995. p. 18.

Passando, a seu tempo, às questões de fundo, é de ver-se que, de tudo o que se pôde sentir durante a longa tramitação deste feito – devida fundamentalmente a percalços processuais e à tentativa de construir-se acordo entre a autora e a municipalidade –, decorre o conflito justamente da ausência de políticas públicas suficientes e adequadas para solucionar eficazmente a questão da habitação, tanto no País, como nessa comuna. Digo suficientes porque, não que tais políticas inexistam, mas são elas evidentemente despreziosas e acanhadas demais diante da magnitude do problema, acabando por insuflar uma ação mais concreta, individual ou coletiva, por parte daqueles que sofrem na carne com essa desatenção. Em consequência, confrontados os titulares do direito imobiliário, o conflito social acaba por desaguar em litígio judicial a ser solucionado pela única expressão do poder do Estado que não tem instrumentos para fazê-lo de forma adequada e permanente, colocando para o Poder Judiciário o dilema de “unir o sistema jurídico e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo em condições subumanas, conscientizando-se de que a atividade judicial extravasa os limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade”³.

Com efeito, a omissão dos demais Poderes acarreta a transferência do conflito para o Judiciário, em busca da conseqüente redução da sua complexidade social, mediante sua individualização, bem como de uma decisão pautada

pela despreocupação com as consequências sociais dela decorrentes e que acaba por legitimar o uso da violência institucional para a remoção (e não solução) do conflito. Por evidente que, nessa perspectiva, não se pode olvidar que, em sentido contrário, também se tem reconhecido o Poder Judiciário como nova arena onde se digladiam os atores sociais em busca do reconhecimento de suas reivindicações.

Tal realidade, contudo, não é privilégio do País ou deste processo, cuidando-se, na verdade, de amostra do exaurimento do processo de institucionalização dos conflitos, demonstrando bem a incapacidade de representação dos interesses coletivos pelos canais da democracia representativa e a inexistência de outros mecanismos de solução democrática desses conflitos, que acaba por transformar os tribunais no campo de batalha onde se disputa o reconhecimento daquilo que se poderia chamar de “direito das maiorias marginalizadas”.

Para compreender, pois, o contexto no qual estamos inseridos, necessário relembrar que de acordo com o liberalismo clássico, a missão do Poder Judiciário é o de aplicar a lei e controlar os demais Poderes do Estado. Tal concepção se assenta na neutralidade e na imparcialidade do magistrado, competindo-lhe aplicar a lei, independentemente do resultado social da sua decisão, considerando que essa preocupação diz respeito exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo, esses sim responsáveis pelas consequências da legislação vigente.

3 – FARIA, José Eduardo, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 20.

Por isso, caberia ao Juiz atuar exclusivamente nos limites do litígio, que é a redução do conflito, trazido através do processo judicial, aplicando a regra legal incidente na hipótese e sem qualquer preocupação com as conseqüências sociais que daí possam advir. Ocorre, porém, que tal postura não encontra mais justificativa no atual contexto histórico e social – se é que em algum momento a teve –, já que os novos problemas postos para solução, pelo Poder Judiciário, são, não raro – como no caso –, decorrentes de relações estruturais e não individuais, tornando absolutamente ineficaz aquela forma de atuação tradicional.

Por isso, não assumindo os órgãos legislativos e executivos “a tarefa de desenvolver positivamente as disposições constitucionais, essa tarefa é, então, realizada pelos Juízes, como resultado do princípio de divisão de Poderes, numa espécie de colaboração recíproca entre eles”⁴, consoante afirmação de Perez Luño.

Para tanto, impõe-se aos Juízes sejam homens de seu tempo, pois às novas condições sociais devem corresponder novas regras de Direito, cuidando-se de – em cada caso – “satisfazer, da melhor forma possível, a justiça e a utilidade social, por meio de uma regra de Direi-

to apropriada”, consoante lição imorredoura de Benjamin N. Cardozo⁵. Entretanto, isso somente será possível quando estiverem eles prontos para refletir sobre as implicações de sua produção diária e sobre seus compromissos com a viabilização de um projeto que atenda a dignidade do ser humano⁶. E é com os olhos postos nessa nova realidade que pretendo justificar a presente decisão, não me pautando pelo papel destinado ao Poder Judiciário pelo agonizante modelo liberal, mas, pelo contrário, buscando demonstrar a necessidade de atuar como canal garantidor e reconhecedor de novos direitos, decorrentes da progressão contínua da realidade social e da expansão da cidadania.

Pois bem, passemos então ao exame dos fatos controvertidos, começando pela afirmada invasão patrocinada pelos requeridos, em imóveis de propriedade e alegadamente na posse da autora, a partir de abril de 1991 (fl. 03). Teriam os pretensos esbulhadores, ademais, construído casas no local, após o rompimento “das cercas de proteção edificadas anteriormente pela autora”.

Contrariando tais alegações, os requeridos sustentam, por seu turno, que as áreas lindeiras aos trilhos da ferrovia passaram a ser ocupadas há décadas, havendo eles, mesmo passando a residir

4 – PEREZ LUÑO, 1984, p. 99, *apud* ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza*, Brasília Jurídica, 1998, p. 189.

5 – CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, Coleção AJURIS nº 09, Porto Alegre, 1978, 3ª ed., pp. 123 e 132.

6 – SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *Que Direito Alternativo?*, *apud* Di Giorgi, Beatriz, *et alii* (coord.), *Direito, Cidadania e Justiça – Ensaios sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia Jurídicas*, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 197.

no local mais recentemente, sucedido outros que ali já haviam se instalado há tempo suficiente para que lhes fosse reconhecido o usucapião. Agregaram, ainda, que a posse não é precária, nem foi obtida mediante atos de violência ou clandestinamente, finalizando com a afirmação de que preferem o risco potencial de acidentes ao “perigo iminente e concreto de ficar sem um teto” (fl. 112).

Da análise desses argumentos e, mais, do que se pode aferir da prova pericial e testemunhal produzida, conclui-se, sem dificuldade, que os imóveis em questão – e outros que se prolongam rente à linha férrea que corta o perímetro urbano de Passo Fundo – passaram a ser pacífica, pública e paulatinamente ocupados há mais de 40 anos, conforme afirmado pelas testemunhas Antônio Nicolau Dossa (fl. 409) e Glodoaldo da Silva (fl. 409 e 409v.). Já a testemunha Mauro João Pereira (fl. 408) refere que as primeiras ocupações de que tem notícia datam de aproximadamente 35 anos, tendo essa ocupação se intensificado a partir dos anos 60 (fl. 409), sendo que – desde então – perdeu a autora a posse sobre os terrenos contíguos ao leito da ferrovia.

Foi referido ainda que, apesar do crescente movimento de ocupação desses locais – o que ainda hoje ocorre (fls. 409/08) –, jamais foi tomada alguma providência concreta para a retirada das pessoas que ali se instalaram ou para impedir que novas famílias fossem ali se instalar (fl. 408). Outrossim, com o tempo, foram sendo abertas vias públicas – algumas até mesmo asfaltadas atualmente – e instalados serviços e equipamentos públicos ao longo do perímetro urbano

vizinho ao leito da ferrovia, conforme noticiado pelas testemunhas e confirmado pela perícia (fl. 364), indicando a convivência da municipalidade com o movimento e a omissão da autora em tomar qualquer providência para solver de forma razoável o problema, permitindo ambos que hoje se localizem nessas áreas mais de 500 famílias, haja vista que tal número já fora atingido em maio de 1998 (fl. 319), mantendo-se até hoje o processo gradual de ocupação dessas áreas.

Igualmente demonstrado que jamais houve, por parte da autora, qualquer ação para isolar a ferrovia do restante da cidade, o que acabou agravando a situação, tendo em vista que já há muito tempo essa avançou sobre a via. Houve, até por isso, a permuta de áreas entre a autora e o Município em determinado momento – década de 80 –, no local onde hoje está a Avenida Sete de Setembro (fl. 146). Por outro lado, a autora e suas antecessoras mantiveram posse dessas áreas anteriormente, tendo em vista a própria destinação das áreas reclamadas e considerando que a posse do bem público é decorrência necessária de sua afetação ao interesse público.

Com efeito, é de ver-se que os documentos das fls. 12/42 demonstram que todo o perímetro em questão é atualmente propriedade da autora – confirmada a correlação entre os documentos e a situação física dos imóveis pela perícia (fl. 366) –, seja pela aquisição através de desapropriação, seja pela incorporação dos mesmos. Tendo em vista a destinação própria desses imóveis, é possível estabelecer – como já o fez o acórdão colacionado pela autora (fls. 140/44) – que tanto o leito da via

como a área adjacente pertencem ao patrimônio público, sendo que os locais onde estão localizados os réus constituem a faixa de segurança da ferrovia e, por isso, obrigatoriamente, se deve concluir que já esteve sob a posse da autora, haja vista ser imprescindível para o exercício do serviço ao qual destinado a ferrovia. Dúvida alguma pode existir, pois, da posse pretérita da autora, assim como dúvida alguma pode remanescer – pelo acima visto – que tal posse foi perdida há pelo menos 30 anos, em decorrência do espontâneo movimento de ocupação popular dessas áreas.

É verdade que a doutrina tem rejeitado a possibilidade de que particulares tomem posse de bens públicos, já que seriam insuscetíveis de apropriação. Assim, o Min. Moreira Alves, para quem, cuidando-se (como se cuida na espécie) de bens públicos de uso especial, só o Estado pode ser deles possuidor, limitando-se o particular a exercer mera detenção, “quer em face do Estado quer em face de terceiro, salvo se o Estado assegurar a ele o uso privativo de parcela de um desses bens, caso em que – se não se configurar a hipótese do art. 497, primeira parte, do CC – o particular será possuidor dela, em face do Estado ou de terceiros, enquanto perdurar a permissão ou concessão de uso privativo”.

Isso porque a regra do art. 69 do CC brasileiro, que estabelece serem insuscetíveis de apropriação as coisas legalmente inalienáveis, acabou por inviabilizar a posse de bens públicos por particulares (CC brasileiro, art. 67), salvo – ainda segundo o Min. Moreira Alves⁸ – em se cuidando de bens públicos dominicais. Ocorre que o conceito de posse encerra enormes discussões doutrinárias desde a Idade Média, conforme notícia Astolpho Rezende⁹, rendendo divergências que “tocam a todos os pontos, desde a etimologia e origem da palavra, até a caracterização da posse”.

E isso se agrava quando se fala na posse de bens públicos, como se pode verificar também no relato apresentado por Lenine Nequete¹⁰, considerando ele que a simples possibilidade de sua utilização coletiva – já que destinados a se atualizar em benefício de toda a coletividade – excluiria a possibilidade de qualquer posse que sobre eles se pretendesse. Em razão da inexistência mesmo de consenso a respeito do conceito da posse e da dificuldade historicamente enfrentada pelos juristas para fazê-lo, sem o artificialismo do seu referencial obrigatório à propriedade, torna-se necessário buscar o fundamento para o instituto em nova perspectiva.

Nos limites desta decisão e considerando a finalidade alvitrada, tenho que

7 – MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, vol. II, 1º tomo, p. 173.

8 – MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 169.

9 – REZENDE, Astolpho. *A Posse e sua Proteção*, LEJUS, São Paulo, 2000, 2ª ed., p. 90.

10 – NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva – Usucapião*, Coleção AJURIS nº 17, Porto Alegre, 1981, 3ª ed., pp. 161/78.

se afigura correta a postura adotada por Antônio Hernandez Gil¹¹, quando sustenta que tal dificuldade reside no fato de que a posse, enquanto “expressa de maneira primária a projeção do homem sobre o seu ambiente”, espaço vital alimentício, “espaço vital de radicação”, assume o que realmente é, na maior parte das vezes, um efeito de direitos personalíssimos como o de viver, comer, vestir e morar. Daí, como conclui o expositor, “é na necessidade humana, pois, presente em todos, independentemente de sua condição econômica, que a posse encontra fundamento, e não para servir de muleta para o domínio”.

Antes e acima de tudo, a posse – nessa perspectiva – é uma “forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos”¹², donde conclui-se que consiste numa espécie de legitimação do uso. A posse, pois, consistiria na utilização das coisas – móveis ou imóveis –, visando suprir as necessidades vitais do possuidor e a função social que lhes é imposta, motivo pelo qual, desse ponto de vista, evidentemente também os bens públicos podem ser objeto de posse pelos particulares, apesar de serem insuscetíveis de usucapião.

Tal conceito, efetivamente, está intimamente ligado ao de função social,

pois a posse está submetida a limitações ditadas pelo interesse público, também oponível ao patrimônio estatal, implicando dizer que, não sendo funcionalizados tais bens, se abre a oportunidade de terceiros passarem a exercer sobre eles posse e não apenas detenção, com todas as conseqüências daí decorrentes. E, aliás, essa concepção encontra respaldo no ordenamento jurídico nacional, na medida em que dá relevo e proteção aos princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais – dentre os quais o da dignidade da pessoa humana e o da função social da propriedade e da posse –, em detrimento de condutas, mesmo estatais, que os estejam amesquinhando ou dissipando.

Como já ensinou Bandeira de Mello¹³, ainda em comentário à Constituição revogada, “o respeito à dignidade humana, estampado nos direitos sociais, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo”, razão pela qual está cingido a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à justiça social.

Por outro lado, a própria Constituição da República reconheceu aos pos-

11 – HERNÁNDEZ GIL, Antônio. *La posesión*, apud Alfonsin, Jacques Távora. Exposição apresentada na XI Conferência Nacional da OAB, sob o título *Constituição: O Sistema de Propriedade; Reforma Urbana; Invasões de Áreas Urbanas. Favelas. Alternativas de Soluções*, pp. 05/06.

12 – HERNÁNDEZ GIL, apud Fachin, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 21.

13 – BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*, *Revista de Direito Público* nº 57-58, pp. 248 e 255.

suidores de imóvel público, atendidas as condições previstas no art. 183, o direito de obterem do Poder Público a concessão de uso respectiva. Restou reconhecida nesse dispositivo – pelo menos – a possibilidade de haver posse de direito de concessão de uso, que se refere ao exercício de fato do conteúdo do direito correspondente, o que já era previsto no Código Civil (arts. 488, 490, 493 e 520, parágrafo único), ganhando com o dispositivo constitucional o reconhecimento mais amplo de sua aplicação, estendendo-a aos imóveis públicos. Assim, os requeridos exercem posse de direito sobre os imóveis reclamados pela autora, que dela foi demitida há largo tempo, sem que se possa admitir a caracterização do comportamento daqueles, ou de todos aqueles que os antecederam e mais os que, eventualmente, os tenham sucedido, como esbulhativo.

Efetivamente, a autora perdeu a posse (CC brasileiro, art. 520, IV) pela ação dos primitivos ocupantes daqueles espaços, circunstância que veio se consolidando com o tempo, sem que em momento algum qualquer pessoa tenha recorrido à violência para deles se aposar. Tampouco se pode considerar que a posse dos réus tenha sido clandestina; ao invés, como é público e notório, foram levantadas as moradias aos olhos de todos e da própria autora, já que ao lado passa o leito da ferrovia. Por isso, inviável acolher-se o pedido de reintegração em razão de inexistir o alegado esbulho possessório.

De outra banda, necessário deixar frisado que o pedido inicial vincula a

posse alegadamente perdida à propriedade dos imóveis e essa foi confirmada pela perícia (fl. 366). Portanto, com fundamento nessa artificial vinculação, o pedido pode também ser apreciado, mas, mesmo assim, não tem sucesso. Não em virtude da alegação de terem os réus adquirido o domínio de tais imóveis pelo usucapião, mas pela circunstância de não haver o Estado – aqui representado pela autora, empresa de economia mista federal, da qual detém a União praticamente a totalidade do capital – legitimidade para afastar essas pessoas do local, sem que tenha ainda cumprido satisfatoriamente as tarefas que lhe foram confiadas pela ordem política e pela Constituição da República. Falo, aqui, não da legitimidade compreendida no fenômeno processual, como simples condição de agir. Falo, sim, de legitimidade no exercício do poder, que “deflui da autoridade, entendida esta como produto do racional relacionamento entre os comandos emitidos pelos que detêm o poder e o consenso do grupo social” e que “só se realiza quando racionalmente sustentada sobre os princípios que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado”, de acordo com Eros Roberto Grau¹⁴.

Esclareço que o usucapião é efetivamente impossível de ser declarado na hipótese, mas não pelos argumentos apresentados pela autora. Tratando-se de imóveis públicos de uso especial – desde que desafetados da sua destinação – ou dominicais, não veria grande dificuldade em admitir fossem objeto da

14 – GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, 2ª ed., p. 59.

prescrição aquisitiva, quando não estivessem eles atendendo sua função social. De outro lado, é de ver-se que o concessionário de serviço público não goza de idêntica prerrogativa de modo absoluto, não sendo intocáveis os seus bens, estando resguardados somente aqueles inseridos ou vinculados à prestação do serviço concedido. Ocorre que, como consta de forma suficientemente clara na prova pericial (fl. 36), as áreas em questão são necessárias para garantir a segurança do transporte e dos próprios moradores das imediações, bem como dos passantes, constituindo a faixa de domínio da via férrea. Daí devem ser consideradas como elementos integrantes dessa via, compreendendo o leito da ferrovia e a área adjacente, cada qual cumprindo uma função específica para assegurar a prestação do serviço público.

De outro lado – fundamentalmente – a imensa maioria das habitações edificadas no trecho questionado, conforme o levantamento realizado pela Prefeitura Municipal até maio de 1998 (fl. 319), está localizada há menos de 25m do leito da ferrovia. Algumas, inclusive, junto à base do talude da ferrovia (fl. 365), o que as situa em distância ainda inferior em relação aos trilhos.

Portanto, a hipótese de risco é evidente, referindo o Senhor Perito que as obras promovidas pelos ocupantes impossibilitam a manutenção e a estabilidade de todos os elementos integrantes da via férrea, observando-se “a retirada das britas formadoras do lastro; escavações de todo o tipo, terraplenagem e feitura de patamares em taludes e cortes vitais para a segurança, estabilidade e trafegabilidade dos comboios ferroviários; lançamento de detritos, lixo, sucatas de toda ordem

e disposição de efluentes de latrinas, banheiros e cozinhas junto aos elementos construtivos da via férrea; destruição de obras de arte ferroviárias, marcos de sinalização, marcos de quilometragem, postes telegráficos; descarga de águas pluviais do sistema viário urbano no leito ferroviário; plantações de hortigrangeiros em taludes e junto à via férrea, com carreamento de solos para a via férrea; passagens para pedestres em locais perigosos e completamente fora das normas ferroviárias, prejudicando a marcha das composições, segurança e visibilidade” (fl. 365).

Não se esqueça, de outra banda, que várias hipóteses dentre as levantadas pelo Perito podem ser debitadas tanto aos requeridos como à própria municipalidade – que implantou e não vistoria as obras viárias – e mesmo à autora, que jamais providenciou qualquer forma de fiscalização e de proteção das áreas ainda não-habitadas, contribuindo pela sua omissão com a proliferação das ocupações. Agora, considerar que tal risco é motivo suficiente para admitir a reintegração postulada, configura conclusão tampouco aceitável nas circunstâncias. Com efeito, já disse que, nas áreas cuja reintegração pretende a autora, se encontram hoje mais de 500 famílias, de variados extratos sociais, mas basicamente humildes, constituídas por trabalhadores de baixa renda e seus familiares, os quais, retirados dali, não encontrariam condições de se reinstalar em local algum.

Aos requeridos certamente não foi oferecida alguma opção viável, impondo-lhes a condição econômica e as dificuldades da vida assentassem ali suas moradias, o que demonstra apenas que

a necessidade não conhece limites, não sendo razoável submetê-los ao despejo e a uma vida de horrores, que o futuro certamente lhes reservaria, para devolver as áreas à autora. A questão, portanto, é: o que fazer diante do conflito instalado, do risco que correm essas centenas de famílias (milhares de pessoas) e a absoluta inação dos Poderes Públicos, responsáveis que são pelo cumprimento das tarefas a eles atribuídas pela Constituição da República?

De um lado, em uma situação ideal, afigurar-se-ia mesmo razoável a retirada dos requeridos dos locais onde se encontram, já que diuturnamente submetidos a risco, potencial, é verdade, mas extremamente grave. Aliás, o colega Eugênio Facchini Neto já teve oportunidade de fazer inspeção judicial ao longo dos trilhos, tendo deixado gravada sua impressão em despacho que foi reproduzido na fl. 131: “pode-se perceber que se contam às centenas as famílias que construíram suas casinhas (algumas são simples choupanas improvisadas, a maioria é de madeira, mas algumas são até de tijolos) ao longo da ferrovia, dentro da área de domínio da RFFSA, e a pequena distância dos trilhos. Em alguns pontos da ferrovia há uma grande concentração de casas e de pessoas a poucos metros dos trilhos. Muitas pessoas – e até crianças – transitam pelos trilhos. É evidente que é extremamente perigosa a localização daquelas casas, posto que em caso de acidente com alguma composição férrea, fatalmente várias casas serão atingidas. Na eventualidade de ocorrer algum acidente com um comboio de combustível no local, a tragédia será certa, já que em alguns pontos centenas de

pessoas seriam necessariamente atingidas, em face de proximidade das casas em relação aos trilhos”.

De outro lado, os temidos acidentes – sem dúvida potenciais – podem ter seus riscos diminuídos em larga escala, afastando-se-os, pelo menos provisoriamente. Efetivamente, condutas várias podem e devem ser tomadas pela autora para minimizar tais riscos, sinalizando convenientemente a ferrovia nos locais mais expostos, orientando os maquinistas das composições a trafegarem no local com precaução, tomando providências para evitar novas ocupações, recompondo os estragos realizados e que geram instabilidade dos elementos integrantes da via férrea e, finalmente, buscando, através de atividades comunitárias, conscientizar os moradores da circunvizinhança sobre o perigo existente e as formas de evitá-lo. Aliás, não creio seja demais para quem tem, também, responsabilidade pelo atual estado de coisas.

O mesmo magistrado, Eugênio Facchini Neto, também reconheceu, já na época, que alguma solução deveria ser adotada, a qual, “pela magnitude do problema, necessariamente deverá contar com o decisivo apoio da área pública (Prefeitura Municipal), pois envolveria o deslocamento de centenas de famílias para outros locais menos perigosos” (fl. 131). Tal solução foi intensamente buscada por este juízo, mas o Poder Público e a autora, infelizmente, fizeram ouvidos moucos ao clamor daqueles miseráveis, renunciando à sua obrigação social de buscar uma solução digna para todos e preferindo que o conflito fosse submetido à decisão judicial.

Os réus, por outro passo, se despedidos, estarão condenados a uma vida de horrores, sem casa, sem rumo, sem dignidade, esquecidos por aqueles que por eles deveriam zelar e que constituem a força política e social a quem se impõe a operação de uma planificação orientada para as necessidades sociais, sem a qual não se realizará plenamente a sociedade urbana¹⁵.

Diante desse cenário, o que fazer com os requeridos? Não têm eles para onde ir; não lhes foi dada qualquer alternativa para solucionar definitivamente seu drama; o Poder Público lavou as mãos, e a autora, tampouco, acenou a possibilidade de indenizar suas moradias. Exatamente por isso, já disse outro angustiado magistrado, posto à frente da inação estatal e dos graves problemas sociais daí emergentes, que “os ‘invasores’ (propositadamente entre aspas) não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que habitam pontes, viadutos e até redes de esgotos de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de excluídos, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo País”¹⁶.

O que impressiona nessa situação, verdadeiramente, é o grau de iniquidade, injustiça e sofrimento a que chegou

nosso País, fruto da inércia dos governantes e da complacência de largas parcelas da sociedade, insensíveis ao drama humano vivido pela imensa maioria da população, dentro da qual inseridos os demandados. Com esses párias ninguém se preocupa, nem a coletividade que os circunda, aliás, também, indiretamente responsável pelos graves problemas sociais que despontam em todo o País, pois é a falta de mobilização coletiva que possibilita seu aparecimento e perenização.

Não é novidade alguma o acima afirmado. A novidade “é que um sistema que produz e agrava constantemente adversidades, injustiças e desigualdades possa fazer com que tudo isso pareça bom e justo”¹⁷, gerando a falsa convicção acerca da inevitabilidade dessa realidade.

Frente a isso, e buscando quebrar os paradigmas vigentes – econômicos, culturais e jurídicos –, é preciso resgatar a idéia de que a pessoa humana é a medida de todos os valores, “porque ela é que constitui o bem primordial e, nessa qualidade, a referência para a determinação dos valores dos outros bens”¹⁸, significando isso “que o sentido das cousas e o valor delas dependem de sua correlação com a pessoa humana,

15 – LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*, Ed. Moraes, São Paulo, 1991, p. 142.

16 – PEREIRA, Antônio Francisco, Juiz Federal da 8ª Vara da Justiça Federal de Belo Horizonte, sentença proferida em 03-03-95 na Ação de Reintegração de Posse nº 95003154-0, proposta pelo DNER.

17 – DEJOURS, Christophe. *A Banalização da Injustiça Social*, Fundação Getúlio Vargas Editora, Rio de Janeiro, 1999, p. 139.

18 – TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*, Editora Max Limonad Ltda., São Paulo, 1985, 6ª ed., p. 418.

dentro do processo de perfazimento do homem. E é de notar-se que, desse sentido e desse valor, dados pelos homens às cousas, depende, por sua vez, em cada momento, o rumo da história”¹⁹.

Para tornar essa perspectiva realidade, deve-se relembra que o Juiz é “o intermediário entre a norma e a vida, o instrumento vivente que transforma o comando abstracto da lei no comando concreto da sentença, será a viva voz do direito, ou mesmo a própria encarnação da lei. Porque a lei, com efeito, só tem verdadeira existência prática tal como é entendida e aplicada pelo Juiz”²⁰. Isso porque, como já disse François Géný, “o direito deve continuar sendo uma coisa viva. Agora bem, viver é mover-se e transformar-se. Para o direito mais ainda: é lutar com o ânimo posto em uma perfeita e constante adaptação às exigências da vida social”²¹.

E, para bem realizar essa tarefa, devemos ter claro que o direito é um produto histórico e cultural, sendo necessário compreender a dinâmica social em sua permanência, a percepção da existência e dos motivos dos conflitos sociais em cada momento histórico e a direção por eles apontada para a transformação e superação das bases da vida comum e, conseqüentemente, das desi-

gualdades e injustiças geradas pelo modo de produção dominante. Não se cuida de um retorno a uma ordem natural e justa ou da revelação de um plano superior e externo aos homens, mas da compreensão crítica da forma de desenvolvimento histórico da sociedade e das condições materiais dos homens, que permite a percepção dos múltiplos conflitos imanentes a cada etapa e a forma pela qual se transformam completamente as bases materiais da vida em comum e as relações jurídicas dali decorrentes.

Para ilustrar essa afirmação, interessante que se recorra a exemplo histórico abordado com absoluta propriedade por Karl Marx ainda em 1842, na Gazeta Renana, descrevendo fato aparentemente irrelevante que alterou profundamente as condições de existência de grande número de pessoas. Tratava-se de decisão da Dieta renana, que originou a instauração de uma nova legalidade em razão da apropriação privada das terras comunais na Europa, a qual transformou a utilização que os camponeses tradicionalmente faziam da lenha nas florestas de uso comum – direito dos pobres decorrente de antiga prática social – em “furto de lenha, punido como delito em nome de uma propriedade que, para tornar-se ‘moderna’ se faz ‘absoluta’ ”²².

19 – TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Op. cit.*, p. 420.

20 – *Oração da Sapiência*, proferida em 30-10-53, pelo Prof. Manuel D. Domingues de Andrade, na Faculdade de Direito de Coimbra, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra, 1972, Boletim da Faculdade de Direito, XLVIII.

21 – GÉNY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 526/527, tradução livre do signatário.

22 – VILAR, Pierre. *Marx e a História*, in Hobsbawn, Eric (org.), *História do Marxismo*, vol. 01, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1983, p. 94.

Assim, a expropriação de terras realizada pelos grandes proprietários, que se assenhoravam das terras comunais, rompendo antiga tradição e punindo os camponeses que a praticavam, evidencia como a consolidação da propriedade capitalista da terra provocou mudanças nas relações jurídicas até então instaladas. E essa alteração das condições legais em decorrência dos ajustes no modo de produção, por evidente, continua a ocorrer até a presente data, basta ver os efeitos da “globalização”, com o cancelamento de direitos sociais e destruição de conquistas importantes do movimento operário, que se generalizaram em conquistas da cidadania.

Portanto, é evidente a impossibilidade de ter-se o direito por imutável, até porque “as regras jurídicas são, por necessidade, vinculadas ao tempo; são construções de um grupo de pessoas em um dado estágio de desenvolvimento da sociedade. Formas jurídicas peculiares não são condições ‘naturais’ ou ‘básicas’ da existência humana. Na verdade, o ‘direito’ no sentido de regras formuladas com base em um conjunto acordado de julgamento normativos sobre condutas, constitui – nas sociedades ocidentais – um fenômeno relativamente recente. Esse conceito de direito, conforme demonstrou George Thompson, surgiu juntamente com outros conceitos abstratos quando as antigas civilizações do Mediterrâneo progrediram a um ponto em que a moeda passou a ser usada

como meio de troca e constituía, por isso mesmo, uma abstração de mercadorias ou bens”²³.

Isso foi reconhecido também por Norberto Bobbio, para quem “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas”²⁴.

Importa, portanto, compreender o caráter mutante do direito e da justiça, pois não são essas realidades governadas por leis absolutas. Ao contrário, estão sujeitas a um princípio de relatividade histórica, onde não existe um direito ou um conceito de justiça unívocos e eternos, mas apenas fases historicamente condicionadas e circunscritas da evolução do direito e do conceito de justiça, competindo aos operadores do direito – em cada tempo – declarar a ilegitimidade daquelas normas que já não mais atendam aos reclamos da sociedade e, por outra, reconhecer a emergência daqueles direitos que se colocam como condição ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas. Ele precisa saber o que as necessidades atuais imperiosamente exigem, quais as idéias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas, pois “tem de considerar-se e sentir-se como

23 – TIGAR, Michael E. e Levy, Madeleine R. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1978, p. 270.

24 – BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 05.

servidor das concepções sociais, éticas e culturais dominantes”²⁵.

Como é curial, isso se faz necessário para manter atualizado o direito frente à realidade social, o que não é feito satisfatoriamente apenas pela edição de novas leis, já que estas não esgotam o direito e este não se contém integralmente dentro daquelas. Em sua incessante evolução e mutação, o direito constitui o que, em cada momento, é tido pelo mais justo e realizável, servindo ao primeiro elemento a lei, a doutrina e a dicção por parte dos Juízes e, ao segundo, o processo, como realizador do Direito Objetivo, como afirmou o insuspeito Pontes de Miranda, em memorável página dos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, onde aduziu que o “princípio de que o Juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta”, razão pela qual, diz ele, pouco ou nada importa que a letra da lei seja clara, pois o direito que, diante dela, se deve aplicar pode ser obscuro. Ao Juiz compete dizer o Direito, tal como entende que é e foi violado, sem se preocupar com o fato de existir, ou não, interpretação divergente, pois, ainda que decida *contra legem scriptam*, não viola o direito se sua decisão corresponda ao que “se reputa” direito e, tampouco, viola seara legislativa, já que “não o faz com o propósito de legislar: a sua atividade criativa é de revelação, de levar o arame de estaca em estaca, compondo o cercado”²⁶.

Conseqüência disso é a necessidade de reconhecimento da experiência jurídica como atualização objetiva de um estado de consciência da comunidade e de que o direito é sempre a melhor possibilidade do sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geraram, pela sua história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. É um ato de construção e desenvolvimento de valores que já estão postos pela história de afirmação da liberdade humana, do direito à vida com dignidade, da luta pela repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do futuro do homem, preservando-lhe o ambiente e a natureza, não um ato de arbítrio do Juiz ou do legislador.

Assim, não apenas o direito é influenciado pela realidade, como também – em sua dialeticidade – é também motivo e influência de modificação social, razão pela qual é preciso estar atento às contradições e aos problemas sociais, como única forma de ditar o justo do caso concreto e rejuvenescer o direito, trazendo para a realidade soluções que sejam com ela compatíveis. E isso deve ser observado, quando dito a presente sentença, até porque sabidamente essa situação não é privilégio da cidade de Passo Fundo, sendo notória a existência de ocupações idênticas em várias das localidades por onde cruzam os trilhos da viação férrea, em especial aquelas com maior densidade populacional, onde também são maiores os problemas sociais.

De fato, devido à paulatina e crescente mercantilização e monopolização

25 – ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Ed. FCG, Lisboa, 1964, p. 324.

26 – PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*.

da propriedade urbana pelos setores mais aquinhoados da sociedade, às políticas econômicas excludentes praticadas pelo País desde há muito e à ausência de políticas habitacionais amplas para a população de baixa renda, acabou ocorrendo um processo de exclusão da maioria da população do chamado mercado habitacional, implicando – em muitos casos – na ocupação de áreas vazias e ociosas, dentre as quais se incluem com absoluta certeza os espaços aqui disputados.

Esse fenômeno, ademais, faz parte de um processo de banalização das injustiças sociais em curso no mundo globalizado, do qual também são exemplos a chamada “flexibilização” dos direitos trabalhistas, a falta de incisivas políticas públicas de emprego e habitação, a constante migração populacional para os grandes centros urbanos e a ausência de uma política agrária consequente. Chegamos ao absurdo de instituir-se aquilo que os urbanistas chamaram de “arquitetura da exclusão”, através da qual as cidades, os prédios urbanos e logradouros públicos vem sendo planejados com a intenção de manter afastados durante a noite aqueles que não tem onde morar ou simplesmente dormir.

De fato, chama atenção a cada vez mais freqüente instalação de cercas, muros, ofendículos, iluminação potente e mesmo paralelepípedos assentados irregularmente naqueles locais, tudo destinado a impedir que alguém possa dormir nos logradouros públicos, praças, debaixo de marquises e outros lo-

cais antes acessíveis. Busca-se, com isso, afastar para longe do centro urbano todos aqueles que ali não residem e trabalham, tenham ou não para onde ir durante a noite. Isso não implica apenas – como à primeira vista poderia sugerir – maior segurança dessas áreas, mas, também, completa despreocupação com a sorte de milhares de pessoas que estão excluídas do processo produtivo e, portanto, do gozo dos mais elementares direitos, já que aquelas providências não vêm acompanhadas de políticas públicas de resgate – melhor seria dizer construção – da cidadania. E, no que toca aos autores, busca-se suprimir o direito à moradia, inclusive no que também tem ela de entrelaçado ao chamado direito à cidade, “à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e empregos do tempo que permitem o uso pleno e inteiro desses momentos e locais”²⁷.

Por tudo isso, o risco a que estão submetidos os requeridos não justifica sua remoção daquela área, enquanto não forem devidamente indenizados pelas acessões construídas e reassentados pelos Poderes Públicos em lugar diverso. No caso concreto, não se afigura razoável, pois, que para solucionar um problema – grave, reconheço –, autorizando sejam despejados da moradia que lhes dá mínima condição de vida digna, se gere outro quiçá mais grave ainda, permitindo um verdadeiro êxodo de pessoas pelas ruas da cidade, com todos os riscos inerentes a essa situação. Trata-se, portanto, de eleger qual dos interesses

27 – LEFEBVRE, Henry. *Op. cit.*, p. 143.

em jogo deve ser preservado: o direito de posse e propriedade da autora e sua legítima preocupação com a segurança dos réus ou o direito de moradia destes, donde extraem alguma dignidade, mesmo sob o constante risco de serem envolvidos por algum acidente.

E não tenho dúvida em, nessas circunstâncias, privilegiar o direito de moradia dos réus, tendo em vista que os princípios reconhecidos na Constituição da República impedem que, na colisão entre o direito patrimonial da autora e o direito fundamental à dignidade humana dos réus – aqui representado pelo direito à moradia –, seja este sacrificado em favor daquele. Efetivamente, exige a Constituição que seja garantido a todos os cidadãos brasileiros um “mínimo social”, aquém do qual estar-se-ia destruindo o próprio núcleo dos direitos fundamentais. Até porque o direito, enquanto prudência, não dispõe de uma solução exata para cada controvérsia que se estabelece em razão dos conflitos originários da sociedade, mas apenas permite se tenham como possíveis várias soluções, dentre as quais deve ser eleita a mais adequada e justa para o caso concreto.

Essa variedade de opções decisórias decorrentes das possíveis interpretações do sistema jurídico – reconhecida pelo próprio Kelsen²⁸ – implica lógica

através da qual será realizada uma escolha entre as várias possibilidades corretas e aceitáveis. Lógica essa que deve sempre ser dialética, porque é uma lógica da vida, exigindo tanto a conservação dos valores quanto a transformação deles. Pode, em certa medida, acelerar a eclosão da consciência popular, pois a lei não é apenas comando, mas, também, fator de educação social. O direito, na verdade, traduz a correlação das forças produtivas existentes em cada sociedade organizada, sendo que através dele são acolhidas também “as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso”, consoante lúcida apreciação de Eros Roberto Grau²⁹.

Com efeito, segundo o mesmo jurista, “o direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações”³⁰, constituindo-se também e sempre num instrumento de mudança social. Por isso, todos os movimentos de transformação do direito decorrem de alterações gestadas no seio da sociedade³¹, continua, razão pela qual a norma jurídica somente será legítima “quanto [sic] existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social”³²,

28 – KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1991, 3ª ed., p. 366.

29 – GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 36.

30 – GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 41.

31 – GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 45.

32 – GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, pp. 58/59.

permitindo um pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, em determinada sociedade, e “ilegítimo, quando constitui entrave ao pleno desenvolvimento dessas forças”³³.

Tendo em vista as demandas cada vez mais urgentes das classes populares, mesmo nas questões mais básicas, e a incapacidade social e estatal de resolvê-las adequadamente, não é de se estranhar a crise de legitimidade do Estado brasileiro que, “dividido entre tarefas e exigências inconciliáveis, ele não só se vê impossibilitado de formular políticas públicas, segundo as regras formais que tradicionalmente balizam o funcionamento da Administração Pública, como ainda se revela incapaz de expressar a ‘razão histórica’ da própria sociedade, uma vez que sua práxis decisória não consegue expressar a vontade coletiva em torno de um projeto comum”³⁴.

Resta evidenciada, portanto, a ilegitimidade que atinge a conduta da própria autora – empresa estratégica para o desenvolvimento nacional e controlada pela União, a cujo patrimônio pertencem os imóveis em questão –, ao pretender desalojar centenas de famílias residentes na faixa de domínio da ferrovia, sem que antes tenha sido estabelecida uma política pública adequada para solucionar o conflito instalado. Tal

pretensão, por certo, não se justifica nessas circunstâncias, considerando que a legitimidade traz em si a marca do justo³⁵, na medida em que o poder deve estar compatibilizado com a cultura contemporânea a fim de obter o consenso acerca do sistema de normas imposto e do próprio exercício dele.

Efetivamente, a legitimidade de qualquer conduta – principalmente quando se cuida, direta ou indiretamente, do Estado – deve ser aferida em confronto com os valores vigentes em cada sociedade, os quais – muitas vezes – estão albergados expressamente pelas Constituições Políticas, mesmo que seja evidentemente insuficiente para a explicação do fenômeno pensar somente na compatibilidade constitucional do complexo axiológico da sociedade.

Inobstante o afirmado, para o que nos interessa no presente caso, afigura-se razoável que nos limitemos ao exame dessa adequação constitucional dos valores aqui privilegiados, como forma de encontrar um critério objetivo de justiça, lembrando que ao Direito “incumbe a função de ordenar retamente a vida social, isto é, atribuir a todos os seus membros o que, com referência a um todo, lhes compete em faculdades e obrigações: estabelecer entre si uma justa relação”³⁶.

33 – GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 61.

34 – FARIA, José Eduardo. *Judiciário e Desenvolvimento Socioeconômico, in Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, p. 13.

35 – GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 274.

36 – HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, Ed. Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 262.

Como, evidentemente, o Estado brasileiro não consegue sequer garantir a justa distribuição dos bens materiais entre seus cidadãos, afigura-se ilegítima a tentativa de desalojar os requeridos, sem que lhes seja – em contrapartida – garantido outro local onde possam residir de forma digna. Com efeito, a positivação do princípio da dignidade humana na nossa ordem jurídica, agora reforçado pelo direito fundamental à moradia, torna razoavelmente facilitada a tarefa judicial de realizar o justo no caso concreto. Por certo, deve-se reconhecer que tanto a propriedade privada (art. 5º, XXII e XXIII), quanto à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 170, *caput*) figuram no rol dos direitos fundamentais expressamente agasalhados na Constituição da República, impondo-se aqui estabelecer qual dentre eles deve prevalecer para a solução do presente conflito.

Devo reconhecer que no caso dos autos, as áreas reclamadas estão destinadas ao cumprimento de uma destinação adequada e socialmente útil, pois as obras ali edificadas se prestam para manter a estabilidade da linha férrea, e o espaço compreendido na faixa de domínio serve para assegurar que os efeitos de eventual acidente não se ampliem. Todavia, mesmo assim se afigura imperioso verificar se a necessidade social dos requeridos não merece ser privilegiada, como forma de mais radicalmente funcionalizar a posse – mesmo que provisória e parcialmente –, dando atenção, também, ao princípio da solidariedade social (CF, art. 3º, I).

Nesse sentido, importante verificar que o direito à moradia vem sendo, internacional e nacionalmente, reafirmado como um direito humano, trazendo

consigo obrigações e responsabilidades aos Estados nacionais para assegurar sua efetivação. Tal fenômeno deve ser compreendido como resultante de intensos movimentos sociais que, na última metade do século XX, implicaram reconhecimento dos direitos humanos de segunda geração.

Da mesma forma que as correntes do Iluminismo e do Jusnaturalismo foram fundamentais para a positivação dos direitos civis e políticos, as lutas sociais das classes trabalhadoras, os fatores políticos e econômicos resultantes da Segunda Guerra Mundial e as Revoluções Mexicana e Soviética foram os principais componentes para a constituição dos direitos humanos de segunda geração, definidores de uma nova mudança no papel do Estado, que passa a ser concebido como um instrumento de proteção e amparo às classes menos favorecidas e de interventor na realidade social, visando a garantir o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Contudo, o reconhecimento e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, hoje consagrados em todas as constituições democráticas modernas, dentre as quais a brasileira, e sua integração na legislação positiva de grande parte das nações contemporâneas não têm significado sua efetivação e concretização em boa parte daqueles países periféricos do capitalismo global – como o Brasil. Por isso, “considerando a necessidade de transformação nas relações entre sociedade e Estado, tendo como valores a solidariedade, a cidadania, a democracia participativa, de modo a redefinir o papel do Estado; de estabelecer responsabilidades para os grupos internacionais econômicos, executores de

um modelo de desenvolvimento, que têm acarretado o agravamento dos problemas mundiais da pobreza, degradação ambiental e exclusão social; o desafio para o século XXI, é como concretizar, materializar os direitos humanos da pessoa humana”, na afirmação de Nelson Saule Júnior³⁷. E esse desafio se impõe para o Estado e para a sociedade conjuntamente, tendo o Poder Judiciário igual responsabilidade na concretização desses direitos, na medida em que os tribunais devem elaborar o direito e o fazem em função do Estado e dos seus fins, agindo, portanto, no cumprimento de uma tarefa política.

Para definirmos a direção a ser tomada no caso presente, importante também se afigura a análise dos princípios gerais do direito acolhidos na ordem constitucional, bem como informarmos sobre os instrumentos de proteção e realização dos direitos humanos, tanto no âmbito internacional como também nacional. Começamos, na esteira do exposto pelo já citado Nelson Saule Júnior³⁸, estabelecendo a devida distinção entre as declarações e os tratados e convenções, o que se afigura oportuno, tendo em vista que as primeiras resultam em compromissos políticos, não tendo natureza vinculante para os Estados; as outras, pelo contrário, acarretam obrigações e responsabilidades ao Estado pela falta de cumprimento das obrigações assumidas, pela sua natureza vinculante, após decisão do Congresso Nacional.

Pois bem, desses documentos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos considerada a fonte inspiradora do direito à moradia, ao dispor, em seu art. XXV, sobre o direito a um padrão de vida adequado, que seja capaz de assegurar a toda pessoa e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A essa Declaração se seguiram outros documentos internacionais, visando ver especificados e aperfeiçoados os direitos nela estabelecidos, dentre os quais os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, instituídos pelas Nações Unidas em 1966 e com entrada em vigor em 1976, tendo o primeiro sido ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 06-07-92, e o segundo, através do Decreto nº 591, da mesma data.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, através do seu art. 11, item 1, reconheceu o direito à moradia como um direito humano, gerando para o País a obrigação legal de promover e proteger esse direito, já que não apenas o subscreveu, como o ratificou, introduzindo-o no ordenamento jurídico nacional, com

37 – SAULE JÚNIOR, Nelson. *O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro*, in Saule Júnior, Nelson (Coord.), *Direito à Cidade. Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*, Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 69.

38 – SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 73.

todas as conseqüências daí advindas. De acordo com o art. 2º desse Pacto, cada Estado-Parte compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no documento, donde a obrigação de constituir o Estado brasileiro – em todas as suas instâncias de Poder – uma legislação, instrumentos, programas e planos de ação sobre política habitacional de modo a garantir efetivamente esse direito para todos os cidadãos brasileiros.

Por evidente, ressalta o já citado Nelson Saule Júnior³⁹, essa obrigação não significa que o Estado brasileiro deve prover uma moradia para cada cidadão, mas, sim, que, fundamentalmente, deve impedir a regressividade do direito à moradia, impedindo ações e medidas que dificultem ou impossibilitem o exercício desse direito e, ainda, intervir e regulamentar as atividades do setor privado referente à política habitacional, “como a regulamentação do uso e acesso à propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tri-

butários, dispor sobre os regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia”⁴⁰, como forma de garantir o acesso de todos ao mercado habitacional, em especial, para aqueles que não têm esse acesso e aos que vivem em condições precárias de habitabilidade sem uma vida digna.

Além desses documentos fundamentais do Direito Internacional, o Brasil também subscreveu e ratificou uma série de outros, reconhecendo o direito à moradia como direito humano, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Ademais, o direito à moradia também está previsto na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), Declaração sobre o Desenvolvimento (1986), na Agenda 21 (1992) e reconhecido como um direito humano na Agenda Habitat (1996).

Como subscritor de várias dessas convenções e declarações, tendo, ainda, ratificado os pactos acima indicados e, conseqüentemente, introduzindo na nossa ordem jurídica o direito à moradia, compete ao Estado – em todas as suas expressões de Poder, reitero – a adoção de medidas concretas para sua implementação. Decorrência natural dessa constatação é a conclusão de que

39 – SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 78.

40 – SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 96.

tal direito se encontra positivado na nossa ordem jurídica, passando, ademais, com a promulgação da Constituição da República, em 10-10-88, a ter *status* constitucional.

De fato, isso se infere tanto da definição do salário mínimo (art. 7º, IV), quanto da criação do instituto do usucapião constitucional (arts. 183 e 191), bem como do fato de o rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição ser meramente exemplificativo, como estatui o § 2º, ao não excluir outros decorrentes do regime e dos princípios albergados pela Carta Política, ou, ainda, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte, sem contar com a evidência de que tal direito está intimamente ligado ao conceito de dignidade humana, princípio que está na base do estado democrático de direito (art. 1º, III).

Finalmente, e para espancar qualquer dúvida que pudesse remanescer, através da Emenda Constitucional nº 26, de 14-02-00, publicada no Diário Oficial da União do dia seguinte e em vigor desde essa data, o art. 6º da Constituição passou a ser assim lido: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Por evidente que, nesse compasso, não se poderia esquecer que o § 1º do art. 5º da Constituição estabeleceu

que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, obrigando desde logo o Estado brasileiro a adotar políticas públicas no sentido de, progressivamente, dar efetividade ao direito à moradia, priorizando as pessoas pobres e miseráveis e impedindo qualquer ato tendente a inviabilizar seu exercício, reduzindo esse direito a patamares aquém do “mínimo existencial” exigido pela Constituição.

Por certo que tal direito, como direito social prestacional, se encontra – segundo a doutrina majoritária – submetido a “uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados”⁴¹. Apesar disso, com a devida vênia daqueles que possam pensar de forma diversa, o caso concreto impõe se dê a maior efetividade possível ao princípio da dignidade humana e ao direito à moradia, já que tais valores devem não apenas ser respeitados, pelo Estado e pelos particulares, mas, também, devendo eles promover e zelar pelo respeito aos mesmos, mediante uma postura ativa⁴², o que implica na inviabilidade de desalojar os requeridos, sem antes serem tomadas medidas que garantam plena eficácia daqueles princípios constitucionais.

O comportamento dos agentes políticos frente ao conflito em questão,

41 – SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, p. 288.

42 – SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 335.

contudo, pautou-se pelo completo desinteresse em produzir solução razoável para o conflito, deixando de contribuir para o avanço social efetivo, em franca desatenção às tarefas que lhes foram postas pelo projeto emancipatório imposto através da Constituição da República.

Efetivamente, instituiu ela um plano, propondo à comunidade um modelo de vida coerente para o futuro, e que compreende, por isso, um elemento de utopia concreta, cuja concretização ficará dependente da ação política⁴³, já que “a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceite, aspira tornar-se a dimensão visível de um projecto de justo comum e direcção justa”, consoante afirmado por Canotilho⁴⁴. Todavia, omitindo-se a esfera política em dar concreção a esse plano, impõe-se ao Poder Judiciário, dentro da sua competência, garantir o reconhecimento e a máxima efetividade daqueles valores.

Sabido, inobstante o afirmado, que historicamente se tem buscado restringir a eficácia das normas veiculadoras de direitos fundamentais, impedindo que aquelas consagradas nas cartas constitucionais tenham efetiva e imediata aplicação, normalmente sendo isso feito já por aqueles a quem foi dada a oportu-

nidade de legislar, o que fazem de modo vago, impreciso, genérico e dependente de normação infraconstitucional. Não se pode, contudo, “desdenhar, na busca da justiça social, instrumentos que são fornecidos pela própria ordenação jurídica, isto é, que já estão consagrados no Diploma Básico”⁴⁵, conforme acredita Bandeira de Mello.

E essa é a crença também deste magistrado, pois diante das cada vez mais complexas relações da cidadania com o estado democrático de direito e do acirramento das demandas sociais, impõe-se um compromisso maior com os direitos básicos da pessoa humana. Tais direitos, como tenho insistido, são decorrentes da própria evolução histórica – normalmente a mais generosa expressão do conjunto de idéias da época –, não sendo possível considerá-los como simples miragens ou promessas, daí por que ter Bandeira de Mello afirmado que a “Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos”⁴⁶. Portanto, há que se compreender a Constituição como um instrumento de

43 – BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*, RT, São Paulo, 1986, p. 285.

44 – CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, 1994, reimpressão, p. 22.

45 – BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 235.

46 – BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 237.

transformação social, na medida em que incorporadora de valores socioculturais constituídos pelo processo civilizatório da humanidade e afastando a concepção de ser ela apenas “um documento histórico empoeirado e obsoleto”⁴⁷.

Exatamente por isso, quero crer, os constituintes expressaram grande preocupação com a eficácia nas normas garantidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e, se é verdade que existe certa acriticidade⁴⁸ na transferência desse princípio a todos os direitos e garantias fundamentais, não menos verdade é que na hipótese de omissão ou de limitação deles compete ao Poder Judiciário eleger a melhor solução dentro do sistema jurídico para emprestar-lhes a máxima efetividade possível no caso concreto.

De fato, a ele compete não apenas definir o conteúdo e o sentido “correto” dos direitos fundamentais⁴⁹, mas, também, outorgar às normas correspondentes, por meio da aplicação, interpretação e integração, a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. Pode o Juiz, portanto, em cada hipótese concreta, aplicar as normas de direitos fundamentais de forma exaustiva – no limite de sua eficácia –, pois deve exercer sua função atendendo aos fins sociais a que a norma se destina e às exigências do bem comum, tal qual estabelecido pelo art. 5º da Lei de Introdução ao

Código Civil. Portanto, é através da fixação do caráter dirigente da Constituição da República, da positivação – mesmo que a rigor desnecessária – e da eficácia dos direitos humanos fundamentais da dignidade da pessoa humana e de moradia, que se pode declarar o critério objetivo da justiça para a situação ora examinada.

Assim deve ser efetivamente, tendo em vista a necessidade de escapar-se das armadilhas, tanto do Positivismo, quanto do Jusnaturalismo. O primeiro, porque faz desaparecer qualquer consideração de justiça, quando o direito não pode jamais ser desligado de sua essência, que *aponta vetorialmente para a justiça*, pena de conflitando com seu conteúdo ético, negando-se a proclamar a dignidade do homem e o indeclinável direito à liberdade, ficar a norma jurídica, ainda que com caráter normativo, destituída de vigência, tornando-se um instrumento de opressão por parte do grupo social organizado⁵⁰.

Já as teorias jusnaturalistas tendem a supor um único sentido de justiça, ignorando a maneira como a posição social modela as opiniões e não compreendendo o caráter evolutivo das necessidades e desejos humanos, tampouco percebendo que essas necessidades e desejos, e a percepção que deles se tem, são condicionados pela sociedade

47 – DOUGLAS, William O. *Uma Carta Viva de Direitos*, IBRASA, São Paulo, p. 06.

48 – CANOTILHO, J. J. Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. Texto xerocopiado, sem indicação de fonte.

49 – SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 331.

50 – OLIVEIROS LITRENTO. *Dialética e Técnica na Teoria Geral do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, pp. 84/85.

contemporânea e pela classe social. Em consequência, os parâmetros de estimativa do critério de justiça adotado devem ser tomados ao nível histórico da práxis social, permitindo que, no caso presente, se adotem plenamente os princípios já inicialmente apontados como indicadores suficientes da justiça material a ser ditada na hipótese, tendo em vista que representam “valores socioculturais que a humanidade incorporou em seu processo civilizatório e que, bem por isso, encontram-se inevitavelmente vazados nas cartas fundamentais dos países do mundo civilizado”⁵¹, inclusive a brasileira, como já visto.

Nessas condições, é de se deixar frisado que qualquer Juiz, ao decidir, deve ter clara consciência da necessidade de um juízo político, em que se incluem o senso de conveniência e oportunidade e a prefiguração dos resultados da decisão, consoante afirmado por Plauto Faraco de Azevedo⁵², pois na medida em que os tribunais devem elaborar o direito, deverão fazê-lo em função do Estado e dos seus fins, o que é tarefa política e implica na necessidade de desvelar os interesses em presença, para que possam valorizá-los e confrontá-los com o interesse social, entre eles optando em pleno conhecimento de causa⁵³.

A decisão justa só se encontra mediante uma valorização global dos dados fáticos e jurídicos, confrontando-os com os interesses sociais e prefigurando os efeitos que irá produzir na vida concreta dos homens, donde necessário atentar não apenas para as soluções puramente técnico-jurídicas, mas para as exigências da própria vida. Nessas circunstâncias, bem compreendido o processo conflitivo instalado e a colisão de direitos daí resultante, somente através da ponderação de bens se poderá dar preferência a um deles, solucionando de forma justa o conflito. Tal opção deve ser feita, concretamente, mediante o controle de proporcionalidade da conduta da autora e da sua pretensão.

Apesar de, historicamente, o princípio da proporcionalidade ter surgido como técnica de controle e limitação do poder de polícia administrativa, posteriormente desenvolveu-se e expandiu-se, afirmando-se, contemporaneamente, como uma técnica de controle dos limites impostos aos direitos fundamentais, ordenando que a relação entre o meio e o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária⁵⁴.

Tal princípio, originário do Direito Administrativo prussiano, hoje está

51 – BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 233.

52 – AZEVEDO, Plauto Faraco de, *Aplicação do Direito e Contexto Social*, Ed. RT, São Paulo, 1996, p. 156.

53 – AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. cit.*, p. 157.

54 – STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 149.

universalizado, encontrando respaldo, expresso ou implícito, em todas as constituições dos estados democráticos de direito, dentre eles o Brasil. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo sua aplicação no Direito brasileiro, remontando a primeira referência significativa a ele ao julgamento do RE nº 18.331, relatado pelo eminente Min. Orozimbo Nonato. De lá para cá, sempre fazendo referência aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o Supremo Tribunal reconheceu a compatibilidade do princípio com a ordem constitucional brasileira, apontando sua fundamentação normativa como sendo a disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, LIV).

O princípio da proporcionalidade, acolhido, portanto, em nosso Direito, é parâmetro de valoração dos atos tendentes a limitar direitos fundamentais para aferir se estão eles informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Aceito esse pressuposto, deve-se considerar na análise da proporcionalidade da medida buscada pela autora se é a mesma apropriada para atingir o fim perseguido, se há outra medida igualmente adequada e eficaz e que cause menor gravame ao direito fundamental em questão e, finalmente, se existe uma reciprocidade razoável entre a conduta e a finalidade perseguida.

Para verificar-se seu atendimento pela autora, necessário estabelecer se a medida, como já dito, é adequada, exigível e proporcional, já tendo sido afirmado por Willis Santiago Guerra Filho⁵⁵ que “resumidamente, pode-se dizer que uma

medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Apenas na presença desses três pressupostos se pode ter por caracterizada a proporcionalidade do ato e, pois, sua legitimidade. E, com o devido respeito, não se afigura o ato da autora adequado e exigível para atingir o objetivo buscado, pois a sua reintegração na posse somente poderia ocorrer após a justa indenização pelas acessões construídas no local e com o reconhecimento – ou, ao menos, apreciação – do direito à concessão de uso assegurada no § 1º do art. 183 da Constituição da República e não antes, implicando dizer que o meio para atingir o fim perseguido é inidôneo e que existe outro menos gravoso ao direito dos requeridos. Por fim, muito menos se apresenta como proporcional (em sentido estrito) em relação ao ônus imposto aos requeridos e o benefício almejado, já que, para reintegrar a autora na posse dos imóveis, far-se-á tábula rasa do direito à moradia e do princípio da dignidade humana, razão pela qual tenho que não se justifica.

Desta forma, implicando a reintegração na posse da autora na imediata e flagrante desconsideração pela própria humanidade dos requeridos, deve o pedido ser rejeitado. Ademais, como já dito acima, não bastaria reintegrar a autora na posse, mesmo que garantindo aos réus eventual direito de retenção pelas benfeitorias e acessões – não-

55 – *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1989, p. 75.

-postulado, aliás –, já que da mesma forma não teriam eles qualquer perspectiva de moradia, agora ou no futuro próximo, pois não haveria lugar algum onde pudessem imediatamente reconstruir suas moradias e suas vidas.

Na verdade, poder-se-ia imaginar vários métodos para a solução da questão aqui posta, mas certamente não atenderiam ao projeto emancipatório da Constituição da República aqueles que a resolvessem de tal forma que a solução produzisse a questão de novo, ou seja, fazendo desaparecer a ocupação dos requeridos na faixa de domínio da ferrovia e fazendo-a ressuscitar logo de novo em qualquer lugar e, eventualmente, mesmo na vizinhança imediata, como seria muito provável ocorrer quando já se sabe não haver qualquer política conseqüente para o seu reassentamento.

Necessário, portanto, que, dentro do possível, sua dignidade seja minimamente preservada, o que somente será obtido com a realocação deles em local seguro e urbanizado, conjugada com a indenização respectiva, reconhecendo em favor deles não apenas o direito à moradia, mas à sua dignidade, que só será plenamente atendida quando se conjugarem na prática social também o direito ao trabalho, à instrução, à educação, à saúde, aos lazeres, enfim, à própria vida. Somente assim, solvido o

conflito social hoje estabelecido, seria possível cogitar de uma situação fática diversa e, pois, da possibilidade de admitir novo pedido pela autora, em atenção ao princípio da substanciação previsto no art. 282, III, do CPC.

Àqueles, por fim, que não consigam compreender a necessidade de repensar o direito no contexto de uma ordem capaz de vinculá-lo à realidade, introduzindo na nossa organização jurídica, para tanto, “uma fraternidade mais profunda ou, como se diz hoje, solidariedade social”⁵⁶, resta somente recordar de Christian Cornelissen, ainda no alvorecer do século XX, antecipando lucidamente o futuro ao afirmar que “a ‘utopia’ de ontem tornar-se-á a ‘necessidade’ de amanhã”⁵⁷.

Enquanto isso não ocorre e porque “em uma ordem democrática, a função do jurista não é constatar a ordem estabelecida, mas transformá-la, de olhos postos no futuro”⁵⁸, possível a atuação do Direito no sentido de diminuir a distância que separa os homens em razão da diversidade de oportunidades de que desfrutam no meio em que vivem, mitigando o individualismo jurídico em direção a um convívio mais solidário. Assim efetivamente deve ser, já que o Estado capitalista é a forma política das relações sociais “e caracteriza-se pela exterioridade do político (reduzido ao estatal) ao econômico e

56 – GÉNY, François. *Op. cit.*, p. 527.

57 – *Apud* GUÉRIN, Daniel. *Rosa Luxemburgo e a Espontaneidade Revolucionária*, Ed. Perspectiva, São Paulo, 1982, p. 68.

58 – COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Curitiba, Juruá, 1989, p. 16.

pela superordinação do primeiro, enquanto expressão do interesse comum, ao segundo, expressão dos interesses particulares”⁵⁹, pressupondo essa relação entre o político e o econômico uma mediação, que é feita pelo Direito.

Nessas condições, o Direito, fazendo a mediação entre a dominação e a liberdade, pode auxiliar na tarefa de reparar as sérias iniquidades sociais engendradas pela sociedade capitalista, projetando a superação da cisão indivíduo-sociedade e eliminando sua aparente contradição no sentido de “uma construção comunitária da vida social, que, preservando os direitos superiores do indivíduo, subordine o conjunto da atividade dos sujeitos de direito ao interesse comum”⁶⁰.

Para isso, imperioso se torna reconhecer a origem social e histórica dos direitos, não sendo o sistema jurídico mera abstração acadêmica ou legislativa. Pelo contrário, “é criação viva, brotando do solo social e sob o impacto do subsolo em que repousa toda a estrutura”⁶¹, consoante afirmado por Roberto Lyra Filho, motivo pelo qual o direito hoje deve corresponder às novas condições sociais. Impõe-se ao julgador, portanto, que se volte para o processo

conflitivo imanente à práxis social, atendendo para as contradições daí decorrentes e para as implicações concretas da sua produção decisória, admitindo novos parâmetros estimativos, com o fito de permitir o encontro de novas, mais justas e racionais soluções.

Tenho, pois, absoluta convicção de que a presente decisão é a que melhor se amolda ao atual momento histórico, às necessidades sociais e aos valores em conflito, reconhecendo a prevalência daqueles que garantam a própria essência dos direitos fundamentais e a viabilização de um projeto que atenda à dignidade do ser humano. Com efeito, somente através do reconhecimento do direito à moradia dos requeridos e da indispensabilidade desse como condição da dignidade humana e do livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como de uma forma mais ampla, da supremacia dos direitos fundamentais, é que se pode proclamar o atendimento do fim último do homem: a plenitude de sua humanidade⁶².

Isso posto, julgo improcedente o pedido inicial e condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 10.000,00 para cada um dos advogados

59 – SOUZA SANTOS, Boaventura de. *O Estado, o Direito e a Questão Urbana*, in Falcão, Joaquim de Arruda (org.), *Conflito de Direito de Propriedade – Invasões Urbanas*, Forense, Rio de Janeiro, 1984. pp. 09/10.

60 – BELAID, Sadok, *apud* Plauto Faraco de Azevedo. *In Aplicação do Direito e Contexto Social*, RT, São Paulo, 1996, p. 154.

61 – LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*, Fabris, Porto Alegre, 1980, p. 35.

62 – KALINOWSKI, Georges. *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 141.

(ou grupo de advogados) que representam os requeridos, inclusive o curador especial, atento ao trabalho por eles apresentado, a complexidade da matéria, a dimensão do conflito em exame e o tempo necessário para sua conclusão, com base no art. 20, § 4º, do CPC. Excluo do pólo passivo, por ilegitimida-

de, Adão Lopes Dias e Salete Fátima Carlota Dias, com amparo no art. 267, VI, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Passo Fundo, 03 de setembro de 2001.

Luís Christiano Enger Aires, Juiz de Direito.

Processo nº 00106081335 – Ação Anulatória
4ª Vara Cível – 1º Juizado
Requerente: Gauchafertil – Sociedade de Fertilizantes Ltda.
Requerida: Rinaldi S/A Indústria de Pneumáticos
Juiz prolator: Luciano André Losekann
Data: 17-12-01

Ação anulatória. Possibilidade de redução a zero do capital social. Observância das prescrições da Lei nº 6.404/76. Não-reconhecimento de abuso de poder por parte dos acionistas majoritários.

Vistos, etc.

Gauchafertil – Sociedade de Fertilizantes Ltda., por seu procurador, ajuizou a presente (*sic*) ação ordinária em face de Rinaldi S/A – Indústria de Pneumáticos, ambas qualificadas à fl. 02. Narra a autora, em síntese, que, em 28-12-00, foi surpreendida por matéria constante no jornal “Pioneiro”, de Caxias do Sul, pela qual a ré comunicava que, para compensar prejuízos acumulados, o capital social da empresa, em 08-09-00, foi reduzido a zero, sendo que as respectivas ações emitidas foram consideradas sem qualquer valor e os direitos dela decorrentes suspensos nos lindes do art. 173, § 2º, da Lei nº 6.404/76. Além disso, as ações foram consideradas como “fora do comércio”, deixando de ser representativas de participação societária.

Obtempera a empresa-autora que, ao buscar informações junto à ré, constatou que, através de assembléia geral extraordinária – AGE, realizada em 08-09-00, acionistas majoritários procederam à compensação de prejuízos contábeis acumulados nos exercícios sociais ante-

riores com a conta do capital social, zerando o mesmo e declarando as 128.000.000 ações em que era dividido sem qualquer valor nominal. Assevera que, com tal manobra, a ré afastou a autora da qualidade de acionista da empresa, sendo, por isso, anulável o ato realizado, mormente porque o art. 173 da Lei das Sociedades Anônimas, a par de permitir a redução do capital social em caso de perda, não autoriza seja o mesmo reduzido a zero. Aduz que não poderia a ré ter expropriado suas ações, nem afastado a demandante da sociedade, já que permanece sendo acionista dela.

Cita doutrina em abono de sua tese, acrescentando que, após ter “expropriado” todas as ações, a autora emitiu 4.000.000 de novas ações, em desacordo com as 128.000.000 anteriores, que foram subscritas pelos acionistas majoritários. Desse modo, requereu a procedência do pedido para o efeito de ver anulados todos os atos praticados na AGE realizada em 08-09-00, com a consequente expedição de mandado para registro perante a JUCERGS, dando ampla ciência da ineficácia dos atos, além de condenar a autora ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência. Com a inicial foram anexados os documentos das fls. 05/06, complementados pelos das fls. 11/23.

Citada, a ré ofereceu contestação (fls. 26/33), sustentando, em síntese, que a empresa-requerida passou por sérias dificuldades financeiras, decorrentes, sobretudo, de negócio jurídico de venda de 71% das ações representativas de seu capital social para a empresa Unipart Unisa Participação e Investimento Ltda. No entanto, tal empresa não quitou o preço, gerando expressivo passivo para a ré, quando era esta administrada pelas pessoas de Domingos Costa Neto e Wagner Costa, que não contabilizaram os exercícios de 1994 e 1995. Em 1996, determinaram fossem efetuados os lançamentos contábeis, para, em agosto do mesmo ano, elaborarem o balanço geral encerrando os exercícios sociais de 1994 e 1995. Destaca que a aprovação das contas foi suspensa por liminar concedida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Bento Gonçalves, e, após 29-09-97, a empresa vem passando por processo de saneamento, finalizado em dezembro de 2000.

Historia terem sido realizadas várias assembleias de acionistas, precedidas todas de regulares publicações nas impressas oficial e local, culminando com a AGE de 08-09-00, na qual foram aprovadas as demonstrações financeiras dos exercícios sociais de 1994/1999 e o balanço semestral de 30-06-00, sendo rejeitadas as contas dos ex-administradores Domingos e Wagner. Em sobredita assembleia, por disposição de lei, utilizaram-se todas as reservas para elevação do capital social, elevando-o e compensando-o com os prejuízos acumulados, zerando o capital social e, simultaneamente, lançando 4.000.000 de ações nas mesmas classes e espécies das anteriores. Relata que, na ocasião, três

acionistas exerceram seu direito de preferência, assegurando-se aos acionistas primitivos o direito de integralização e subscrição de suas ações.

Desse modo, não houve qualquer fraude, já que os atos praticados não são contrários à lei, nem atentam contra o estatuto da companhia. Reitera que todos os atos praticados foram respaldados pela assembleia geral, regularmente convocada, citando, ao depois, doutrina em abono de sua tese quanto à possibilidade de redução do capital a zero, seguida de posterior recomposição. Postulou, ao final, a improcedência do pedido, com a condenação da autora ao pagamento das verbas de estilo e, bem assim, como litigante de má-fé. Anexou documentos (fls. 34/313).

Réplica às fls. 314/315, postulando a autora o julgamento antecipado da lide. As partes foram instadas a especificar provas (fl. 316), reiterando a ré o pedido de julgamento do processo no estado em que se encontra. Não intervém o Ministério Público. Vieram os autos conclusos. É o relatório.

Passo à fundamentação. Conheço diretamente do pedido, na forma do art. 330, inc. I, do CPC, eis que a questão posta ao crivo judicial é, unicamente, de direito, afigurando-se desnecessária a produção de provas em audiência. Nesse passo, tenho que o pedido formulado na peça portal não merece prosperar.

Com efeito, o nó górdio da causa reside na questão da possibilidade, ou não, de redução a zero do capital social da companhia, em face de prejuízos acumulados ao longo de exercícios anteriores, seguida de sua recomposição, com emissão de novas ações represen-

tativas do capital, assegurada aos primitivos acionistas a preferência na subscrição das novas ações. O art. 173, *caput*, da Lei nº 6.404/76 (não modificado, neste aspecto, pela novel Lei nº 10.303/01) reza que “A assembléia geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-lo excessivo”.

A olho desarmado, a leitura do dispositivo em comento deixa transparecer que jamais poderia haver a redução do capital social a zero para compensar prejuízos acumulados, na medida em que uma tal decisão acabaria por determinar para os acionistas, paradoxalmente, a perda da sua qualidade de sócio, pois suas ações seriam extintas e não mais representariam a contrapartida de recursos oferecida no momento da subscrição. E é claro, uma forma oblíqua de extinção – ainda que por breve momento – da própria companhia, que seria, ao fim e ao cabo, uma sociedade “de sócios sem capital”. Além disso, a posterior recomposição do capital obrigaria o acionista ao desembolso de quantia para subscrever as novas ações, situação que pode não ser prevista por ele, e que, bem por isso, pode vir a ser alijado da sociedade caso não tenha condições financeiras de exercer o seu direito de preferência.

Em que pesem tais considerações, a manobra jurídica e contábil realizada pela ré, a par de incomum, não é vedada por

lei. Não constitui, de per si, uma fraude. Pelo contrário, encontra respaldo na mais abalizada doutrina nacional, como se percebe ao ser compulsado o magistério de Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca. Para os referidos autores, “Dúvidas sempre surgiram sobre a eficácia de operação que reduza o capital a zero, seguida de sua recomposição, já que a primeira parte do procedimento acarreta a dissolução da companhia com a conseqüente inexistência de acionistas, pois não se admite estes em sociedade sem capital.

“Não obstante tais arguições, em regra, a doutrina admite a validade da operação. Algumas questões surgem, no entanto, notadamente com respeito ao direito de preferência. Quando seria ele exercido? Antes da redução ou após? Isto porque, no momento da restauração desse direito, os acionistas não mais participam do capital, uma vez que este ficou reduzido a zero. A questão é evidentemente teórica, pois, na realidade, podem-se considerar as deliberações tomadas na assembléia como simultâneas e não sucessivas. As duas operações constarão da mesma proposta, sendo votadas ao mesmo tempo. Tal medida obviará a questão, sendo perfeitamente eficaz a subscrição preferencial pelos antigos acionistas, com base no colégio acionário anterior à redução total”¹. No mesmo sentido já era a lição de Miranda Valverde, em comentário à Lei de Sociedades por Ações, de 1940².

1 – CARVALHOSA, Modesto Souza Barros e Latorraca, Nilton. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Edição de 1997. São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 3, p. 534-535.

2 – VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro, Forense, 1953, vol. 2, p. 264.

No caso posto em liça, observa-se que a ré convocou regularmente, através da imprensa oficial e local, os seus acionistas, dando conta de que em assembléia futura seria procedida à compensação das perdas e prejuízos acumulados com o capital social equivalente, anulando contabilmente os resultados até a redução a zero, como se depreende do documento da fl. 95, que demonstra que a proposta de restabelecimento financeiro da empresa seria procedida na forma anunciada. Isso já era cogitado pelos administradores da ré em junho de 2000, como restou decidido em assembléia geral e publicado pela imprensa (ata da fl. 112), dando ampla e integral ciência a todos os acionistas, majoritários ou não.

Posteriormente, através dos editais das fls. 127, 128, 129, 130, 131 e 132 (AGE, primeira convocação para 30-08-00) e dos das fls. 135, 136, 137, 138 e 139 (AGE, convocação para 08-09-00), a ré cientificou, amplamente, a seus acionistas como se daria o saneamento financeiro da empresa por meio da compensação das perdas e prejuízos com o capital, proclamando, de forma ampla, que tal ocorreria em AGE a se realizar em 08-09-00, como efetivamente acabou ocorrendo (fls. 115/117). Em assembléia (fl. 116), houve a redução do capital social, compensando-o com os prejuízos acumulados, zerando-o, e, *simultaneamente*, foram emitidas 4.000.000 de ações novas, no valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, restando sem valor nominal e sem valor de mercado as antigas ações (128.000.000), *assegurado, de qualquer modo, o direito dos primitivos acionistas de, preferencialmente, subscreverem as novas ações, no*

prazo de 30 dias contados da publicação da ata da assembléia (v. cláusulas “1C” e “1.D-III”, fls. 116/117).

Como refere o alentado parecer do eminente Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, trazido à colação pela ré em sua contestação (em especial fls. 295-297), “[...] a qualidade de sócio não constitui um direito subjetivo do acionista. Trata-se apenas de uma situação jurídica, determinada pelo reflexo do direito objetivo disciplinador das sociedades anônimas, geradora, essa sim, de direitos e obrigações. Assim, essa situação persiste, ainda que só reduzida a um direito – no caso, o direito à subscrição de novas ações (art. 109, IV). Extintas as ações representativas do capital perdido, subsiste um dos efeitos delas – o direito de preferência –, se bem que com vida efêmera, destinado a se extinguir tão-logo a preferência seja exercida, ou decaia do prazo de exercício, na recomposição subsequente [...]”

“Isto porque as deliberações da assembléia geral que autorizaram a redução do capital a zero, seguida da sua recomposição, foram tomadas de maneira *simultânea* e não sucessiva, de sorte que, concomitantemente à redução do capital, passou a ter eficácia o prazo para a subscrição preferencial das novas ações, no processo de recomposição do capital perdido, com base no colégio acionário anterior à redução total. [...] Nessas condições, esse direito de preferência permite aos acionistas, no caso, conservar, e conservar em proporção inalterada, a sua qualidade de sócios. Daí que a eles, *imputit sibi*, quer dizer, a eles cabe decidir se permanecem ou não na sociedade, e, se não permanecem, é porque não quiseram

exercitar o direito de preferência na subscrição das novas ações, e não porque foram excluídos da sociedade por força alheia”.

E, respondendo ao problema de acionistas não poderem acompanhar o novo aumento, pela falta de cabedais para subscreverem novas ações – o que, em termos práticos, equivaleria à sua expulsão da sociedade –, diz o eminente comercialista acima citado que “[...] este é um caso em que aos interesses individuais dos acionistas se sobrepõe o interesse social: com o zeramento do capital para absorver as perdas acumuladas, e simultânea recomposição do capital, se privilegia o supremo interesse da preservação da sociedade. Obviamente, se a redução total do capital fosse apenas uma ficção excogitada pela maioria, com o objetivo – contrário ao interesse social – de provocar a extinção das velhas ações e assim excluir da sociedade a minoria que não está em condições de acompanhar o novo aumento de capital, configurar-se-ia abuso de poder, que tornaria ilegítima a deliberação da assembléia (Lei nº 6.404, art. 115)”.

Gize-se que não é o caso de reconhecer, na espécie, qualquer abuso de poder de parte dos acionistas majoritários da ré, na medida em que a situação

patrimonial da empresa não era das melhores por ocasião do zeramento do capital. Esta foi uma estratégia para manter a empresa, sanear suas finanças e permitir que continuasse a produzir, depois de graves irregularidades contábeis, praticadas a partir de 1994 a 1999 por ex-administradores da companhia, como dão conta os documentos das fls. 210/230, e dos prejuízos advindos de tais práticas.

Destarte, o caminho da ação é o da improcedência. Isso posto, julgo improcedente o pedido formulado por Gauchafertil – Sociedade de Fertilizantes Ltda. em face de Rinaldi S/A – Indústria de Pneumáticos. Por força do princípio da sucumbência, condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e, bem assim, dos honorários advocatícios da procuradora da ré, arbitrados estes em 12% sobre o valor corrigido da causa, nos lindes do art. 20, § 4º, do CPC, atendidos, ademais, critérios de moderação, justiça e o fato de o feito ter sido julgado antecipadamente.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Porto Alegre, 17 de dezembro de

2001.

Luciano André Losekann, Juiz de Direito Substituto, em regime de exceção.

Processo n° 00108393522
3° Juizado Especial Cível
Autor: Kuno Quatke
Réu: Via-RS/PROCERGS
Juiz prolator: Carlos Alberto Etcheverry
Data: 26-12-01

Ação cominatória. Investimento em bolsa de valores. Serviço de provimento de acesso à Internet.

Vistos.

1. Kuno Quatke, já qualificado, ajuizou a presente ação cominatória contra a PROCERGS – Companhia de Processamento de Dados do Rio Grande do Sul, narrando que, para desempenho de sua atividade profissional – investimento em bolsa de valores –, tornou-se usuário do serviço de conexão dedicada prestado pela Virtua e, simultaneamente, do serviço de provimento de acesso à *Internet* prestado pela ré.

Todos os pagamentos correspondentes a este último contrato encontram-se em dia, mas, ainda assim, a demandada comunicou-lhe, com antecedência de 30 dias, que, vigorando por prazo indeterminado o contrato, não tinha mais interesse em sua continuidade. Entende que essa medida é completamente ilegal, uma vez que o fornecimento em questão é objeto de oferta pública, não podendo o fornecedor recusar-se a contratar. Pleiteia, portanto, a condenação à requerida a manter a prestação de serviço, tendo sido deferida antecipação de tutela nesse sentido. Resultou frustrada a tentativa de conciliação.

Contestando o pedido, a ré afirmou que, vigorando o pacto por prazo inde-

terminado, como é o caso, pode qualquer das partes denunciá-lo mediante pré-aviso, como ocorreu neste caso. Além disso, não foi possível dar continuidade ao fornecimento em razão das dificuldades de relacionamento com o demandante, fato que motivou a denúncia do contrato. Não houve a produção de prova testemunhal. É o relatório.

2. Merece inteira acolhida a postulação apresentada pelo autor. Em primeiro lugar, ainda que afirme a demandada que meramente exercitou a faculdade de pôr fim a contrato por prazo indeterminado, na verdade o fez motivadamente, como referido de forma expressa tanto nas informações prestadas preliminarmente, quanto na própria contestação: “O autor trata-se de pessoa de difícil relacionamento, que não controla seus impulsos e, desde o início do contrato, vem descarregando sua ira nos técnicos da PROCERGS. Foram esgotadas todas as tentativas de solução amigável, inclusive com reuniões entre as partes. Podemos observar nos inúmeros registros de chamados e contatos (doc. 05) que o autor extrapolou seus limites, razão pela qual a ré achou por bem rescindir o contrato”. (fls. 147/148)

E, como já foi salientado na decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela, “tais motivos tornam ilegítima a denúncia unilateral, a meu ver. O longo

relatório apresentado pela autora, embora contenha trechos em que se percebe uma certa aspereza, não constitui, em absoluto, motivo para o rompimento da relação jurídica. Sua leitura, aliás, permite perceber que nem todas as reclamações do consumidor eram infundadas. E também é necessário considerar o contexto em que se desenrolou esse relacionamento: é relativamente nova, no Brasil, a utilização de conexões dedicadas à *Internet*, não estando os consumidores acostumados a lidar com os riscos proporcionados por *hackers* e pessoas mal-intencionadas, que tornam necessária a utilização de programas para monitorar e barrar acessos indevidos a suas máquinas. Em tais circunstâncias, parece-me razoável exigir dos fornecedores desse tipo de serviço uma dose adicional de paciência e tolerância”. (fl. 110)

Diversa seria a situação, é claro, se imputado ao demandante o descumprimento do contrato, o que não ocorreu. Por outra razão, ainda – e mais relevante –, impõe-se o acolhimento do pedido formulado pelo autor. Não, certamente, com base no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 9.472/97, que proíbe a “suspensão de serviço (de telecomunicações) prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condi-

ções contratuais”, pois o provimento de acesso à *Internet* é uma prestação de serviço de valor adicionado¹ e, por conseguinte, “não constitui serviço de telecomunicações” (*idem*, art. 61, § 1º). Ocorre que a prestação objeto do contrato celebrado pelas partes tornou possível, como já referi à fl. 109, “uma nova modalidade de exercício das atividades laborais: o teletrabalho. Muitas categorias profissionais, hoje em dia, desempenham as tarefas que lhes são cometidas por seus empregadores de suas próprias casas”.

É o caso do requerente, que atua incontrovertidamente como investidor autônomo no mercado financeiro, atividade com a qual provê sua subsistência. Permitir que lhe seja impossibilitado o acesso remoto e instantâneo às bolsas de valores equivale, assim, a impedir o exercício da profissão pela qual optou. O acesso à *Internet* é, neste caso, um serviço essencial, sob o ponto de vista deste consumidor, pois impede que implemente um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, que é “o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII). Como condição para que seja efetivada a dignidade da pessoa humana², assegura-se a todo cidadão o direito não só de escolher livremente o trabalho, ofício ou profis-

1 – “Art. 61 – Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

2 – Embora não se discuta isso aqui, já que o requerente lançou o foco sobre o aspecto do uso profissional, a mesma proteção pode ser concedida pelo fato de a utilização da *Internet* ter adquirido uma importância extraordinária no tocante à comunicação interpessoal – através de correio eletrônico e dos *chats* –, constituindo a cessação da prestação de serviço de acesso uma forma de cerceamento inaceitável do direito constitucional de livre expressão (art. 5º, IX).

são através do qual irá se inserir no mundo social, como também o de não sofrer qualquer constrangimento nessa escolha por parte do Estado.

E é direito que pode ser oposto não só ao Estado, como também contra os particulares. Está fora de discussão, atualmente, o fato de que o Poder Público não é o único inimigo possível dos direitos fundamentais. Como salienta Ingo Wolfgang Sarlet³, “[...] cumpre referir que expressivo rol de doutrinadores tem reproduzido a tendência (por sua vez, não completamente imune a críticas) de reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas, também, promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado –, razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado”.

No mesmo sentido é a lição de Canotilho: “[...] A eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias na CRP postula ainda a interpretação aplicadora

conforme a Constituição, fundamentalmente conducente a uma interpretação conforme os direitos fundamentais. Isto não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil. Significa apenas que as soluções diferenciadas (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do Direito Privado. Estas soluções diferenciadas pretendem ter em conta a multiplicidade de relações jurídicas privadas e o diverso conteúdo destas mesmas relações, mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma ‘dupla ética no seio da sociedade’ (J. Rivero). Essa ‘dupla ética’ existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de ‘testes de gravidez’ às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da ‘produtividade das empresas’ e da ‘autonomia contratual e empresarial’. O mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos Poderes Públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do ‘patrão’ sobre o ‘assalariado’, impedindo-o de se exprimir”⁴.

3 – *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, in *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*, org. por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 118/119.

4 – CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa, Almedina, 3ª ed., 1999, pp. 1.212/1.213.

Impedir que a cláusula autorizadora da denúncia do contrato produza efeitos é, precisamente, a solução diferenciada que dá eficácia imediata aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. A demandada pretende chegar ao resultado contrário, sob a alegação de que não presta o serviço em caráter exclusivo. É verdade: outras empresas poderiam fazê-lo. Mas validar o desfazimento do negócio jurídico por tal motivo conduziria a um resultado absurdo, pois de forma alguma seria possível proferir idêntica decisão quando surgisse a mesma demanda entre o autor e o último dos fornecedores disponíveis. E a retirada de eficácia da denúncia, nesse momento, equivaleria a dizer, em substância, que todos os outros po-

diam ter agido como agiram enquanto fosse possível contar com o último dos prestadores de serviço, conferindo-se ao direito fundamental em questão uma relatividade que beira o jocoso. Ou, formulado de outro modo: pode sempre uma entidade privada negar vigência à norma constitucional, desde que exista, em tese, quem possa ser constringido a agir de forma diversa...

Isto posto, julgo procedente o pedido para o efeito de determinar à ré que mantenha a prestação de serviço de acesso à *Internet* ao autor.

Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 26 de dezembro de 2001.

Carlos Alberto Etcheverry, Juiz de Direito.

Processo nº 092/1.01.0000682-4 – Ação Civil Pública
Comarca de Constantina, Vara Judicial
Autores: Ministério Público e Estado do Rio Grande do Sul
Réu: Jair Rodrigues da Silva
Juiz prolator: Eduardo Giovelli
Data: 11-01-02

Ação civil pública. Cobrança de taxas para serviço de policiamento ostensivo. Contribuição para o CONSEPRO. Ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade.

Vistos, etc.

Ministério Público e o Estado do Rio Grande do Sul ajuizaram a presente ação civil pública em face de Jair Rodrigues da Silva, já qualificado. O Ministério Público narrou na inicial que o requerido, servidor público estadual na condição de 1º Sargento do 2º Pelotão da Brigada Militar de Liberato Salzano, no período compreendido entre os anos de 1997 e 1998, cobrou, indevidamente, taxas para realizar serviço de policiamento ostensivo em eventos comunitários, condicionando a presença do policiamento ao pagamento da contribuição para o CONSEPRO, de valores entre R\$ 10,00 a R\$ 15,00. Aduz que com a cobrança desta taxa foram arrecadados R\$ 405,00. Alegou que tal conduta se enquadra na Lei de Improbidade Administrativa, art. 11, inc. I, postulando a procedência da ação e imposição ao requerido das sanções do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, especialmente a condenação a ressarcir integralmente às comunidades lesadas os valores indevidamente cobrados e à perda da função pública. Acostou documentos, entre os

quais cópia do processo movido a Justiça Militar.

O Estado do Rio Grande do Sul foi citado e, nos termos do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92, c/c o art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, aderiu ao pólo ativo da demanda, renovando a fundamentação expendida na peça vestibular. Juntou documentos. À fl. 544v., foi determinada a inclusão do Estado do Rio Grande do Sul no pólo ativo.

O requerido foi citado e apresentou contestação, onde afirmou que administrou os recursos do CONSEPRO do Município de Liberato Salzano, Conselho este criado porque as verbas e meios que o Estado mandava para a segurança pública da municipalidade eram insuficientes para atender às necessidades. Este órgão destinava-se a buscar recursos junto à comunidade para a melhor prestação do serviço de segurança pública.

Aduziu que as contribuições dos presidentes de comunidades eram espontâneas, sendo que apenas se destinavam a cobrir as despesas de combustível da viatura para o deslocamento até as localidades onde se realizavam os bailes e festas. E que mesmo que não ocorresse o pagamento, e desde que houvesse disponibilidade de combustível, o policiamento era efetuado. Afirmou que jamais utilizou para proveito próprio quaisquer destas importâncias

destinadas ao CONSEPRO, as quais sempre foram destinadas à melhoria dos serviços prestados pela BM. Requereu a improcedência da ação. Colacionou documentos.

No curso da instrução, foram ouvidas dezessete testemunhas. As partes apresentaram memoriais. Vieram-me os autos conclusos. É o relatório.

Passo a decidir. Cuida-se de ação civil pública em que ao requerido, policial militar e Chefe do Pelotão da Brigada Militar no Município de Liberato Salzano-RS, nos anos de 1997 e 1998, é imputada a conduta de exigir contribuições do CONSEPRO para prestar o serviço de patrulhamento ostensivo em bailes e festas em localidades do interior. De início, cumpre referir que neste período compreendido entre os anos de 1997 e 1998, que são os pertinentes à lide, não havia sido legalmente instaurado o CONSEPRO naquele Município. Isto restou sobejamente evidenciado no conjunto probatório carreado aos autos.

O depoimento da fl. 591, do policial militar que presidiu o inquérito policial-militar referente ao caso em questão, é claro neste sentido: “nos anos de 1997 e 1998, o CONSEPRO não estava instalado formalmente em Liberato Salzano, mas havia a cobrança da taxa do CONSEPRO. Não instalado o CONSEPRO, a Brigada Militar não está autorizada a proceder na cobrança da chamada taxa do CONSEPRO”. Esta alegação vai confortada pelo testemunho, da fl. 600, de um dos membros da comunidade salzanense, que afirma que “até hoje o CONSEPRO não foi criado legalmente em Liberato Salzano”. Ou seja, nestes anos, a despeito de não criado legal e

formalmente o CONSEPRO, houve a cobrança de tal taxa.

O requerido, Chefe do Pelotão da BM naquela cidade, constatando que os recursos e meios materiais que o Estado lhe enviava não eram suficientes para atender as necessidades e objetivando a prestação de um serviço policial de boa qualidade, resolveu fazer uma reunião com representantes de inúmeros distritos do interior, convidando para a mesma até o padre responsável pela paróquia. Nesta reunião, ele avisou aos presidentes de comunidades que deveria ser feito o recolhimento de uma taxa de R\$ 10,00 para que ocorresse policiamento quando houvesse promoções, como bailes e festas. Tal taxa, que tinha como beneficiário o CONSEPRO, seria destinada à manutenção da viatura da BM e aquisição de combustível para a mesma.

A jurisprudência tem entendido que, mesmo que regularmente criado, o CONSEPRO não pode cobrar tais taxas ditas espontâneas. Neste sentido: “Cobrança da taxa CONSEPRO. Impossibilidade em vista de não ter sido instituída pelo Poder Legislativo. Ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade. Recurso provido”. (Apelação Cível nº 595026451, 2ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Arnaldo Rizzardo, julgada em 05-04-95)

“Ação civil coletiva. Direitos do consumidor. Contribuição espontânea. CONSEPRO. A associação civil, mesmo que com a tolerância do Poder Público, não pode cobrar contribuição dita espontânea, mas dotada de compulsoriedade, em razão de serviços administrativos prestados pela Polícia Civil, por total ausência de previsão legal. Determinação de abstenção que se confirma.

No entanto, não haveria sentido condenar a apelada, associação sem fins lucrativos e com finalidade comunitária, à devolução de valores preteritamente arrecadados e já empregados na aquisição de bens que se integraram ao patrimônio público, máxime quando aquela reverteria para fundo de mesma natureza. Recurso da autora que resta prejudicado, em face do acima decidido. Verba honorária que se ajusta ao § 4º do art. 20 do CPC. Afastadas as preliminares, proveram, em parte, a apelação do demandado, prejudicado o exame do recurso da autora”. (Apelação Cível nº 598165231, 10ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgada em 25-10-01)

Ora, se nem regularmente instituído lhe é lícito exigir o pagamento da taxa, já que ausente qualquer previsão legal nesse sentido, então, como no caso em tela, em que o mesmo existia de forma clandestina, ao obscuro da legislação, mais certo ainda não ser possível a cobrança de tal taxa para a prestação de serviços policiais e de segurança pública. Ademais, quem gerenciava tais recursos era o próprio requerido. Isto tanto restou afirmado por ele na contestação, como restou evidenciado por todos os depoimentos testemunhais carreados aos autos. E só o fato de ele ser o administrador de tais recursos já se constitui em uma irregularidade, eis que, além de ilegal a cobrança, é totalmente imoral que ele, como sendo o Chefe da BM, instituição que é uma das maiores beneficiadas com tais recursos, também seja o gestor das verbas.

Neste sentido: “Não instalado o CONSEPRO, a Brigada Militar não está

autorizada a proceder na cobrança da chamada taxa do CONSEPRO. Esta informação foi repassada a todos os integrantes da Brigada Militar do Estado. Naqueles 02 anos, houve a cobrança da taxa em Liberato Salzano, mesmo inexistente o CONSEPRO, o dinheiro recolhido pelo Sargento era por ele gerenciado, tanto que foi juntada ao inquérito policial-militar uma prestação de contas elaborada por ele. Não é a Brigada Militar quem administra os CONSEPROs, mas a própria sociedade, através de conselhos. Não é permitido pela BM que seus integrantes gerenciem os recursos arrecadados pelos CONSEPROs”.

Havia, ainda, outra irregularidade muito séria que acontecia naquele Município em relação à cobrança da taxa do CONSEPRO: é que, em muitos casos, este pagamento era feito diretamente ao requerido, no próprio Posto da Brigada Militar. Ou seja: além de ilegal a cobrança, esta ainda se dava em total confronto aos preceitos da moralidade e impessoalidade da Administração Pública, eis que o pagamento ocorria, em muitas oportunidades, no próprio Posto da BM, diretamente ao requerido.

Nesta esteira são os depoimentos de Valdelino Zatti (fl. 598): “às vezes, pagava a taxa cobrada pelo CONSEPRO no Banrisul. Outras, pagava no Posto da Brigada Militar”; Valdir Pietrobelli (fl. 599): “efetuava o pagamento no Banrisul e diretamente no Posto da Brigada, na pessoa do réu”; Clair José Scaravonatto (fl. 601): “as taxas para o CONSEPRO eram depositadas no Posto da Brigada Militar”; Miguel dos Santos (fl. 612): “durante o período em que foi

representante da comunidade de Peixe Alto, há uns 03 anos, fez um requerimento pessoalmente ao réu no sentido de que houvesse policiamento ostensivo durante um evento da comunidade, obtendo como resposta que deveria ser necessário recolher uma taxa para a gasolina no valor de R\$ 10,00. A taxa deveria ser paga diretamente ao réu, ou no Banco”.

No mesmo sentido, ainda, os depoimentos dos policiais militares Gilberto de Souza Azeredo (fl. 585), Daniel Luciano Zimmer (fl. 586) e João Carlos Picolli (fl. 589), ambos subordinados do requerido no Pelotão, que referem que havia mesmo o recolhimento de tal taxa diretamente no Posto da Brigada Militar, sendo que estas importâncias não eram depositadas no Banco, mas, sim, gerenciadas pelo requerido. Transcrevo as passagens mais relevantes: “a partir de um certo momento, a taxa do CONSEPRO passou a ser cobrada diretamente no Posto da Brigada Militar através de um bloquinho impresso. O dinheiro arrecadado ficava no Posto da Brigada Militar e era controlado pelo réu” (fl. 585); “o dinheiro arrecadado pelo CONSEPRO de Liberato Salzano ficava guardado no Posto da BM. O réu era quem gerenciava o dinheiro arrecadado pelo CONSEPRO” (fl. 589).

Cumprido, neste momento, analisar se esta taxa paga pela comunidade salzanense ao Conselho de Segurança Pública se deu de forma espontânea ou, então, de forma coercitiva e como condição para o policiamento nos distritos interioranos onde se realizavam promoções. Tenho que restou comprovado, à sociedade, dentro do contexto probatório trazido à baila, que houve, de forma

ilegal e impositiva, a exigência da taxa como pressuposto para que fosse realizado o policiamento ostensivo nas promoções.

Encontram-se inúmeros depoimentos corroborando esta afirmação. Há o referido pelos policiais militares Gilberto de Souza Azeredo (fl. 585), João Carlos Picolli (fl. 589) e Joel Adão Baches (fl. 590), todos militares que trabalharam naquele período no Pelotão de Liberato Salzano, que afirmam que ocorria mesmo o condicionamento da prestação da segurança nos bailes do interior ao pagamento da taxa referida. Eis o que disse Gilberto: “Ouvii do réu que se não houvesse o recolhimento da taxa do CONSEPRO, não autorizaria a prestação do serviço de policiamento ostensivo, conforme solicitação da comunidade. Não lembra de nenhuma pessoa que deixou de pagar a taxa para ter o serviço”. No mesmo sentido as narrativas dos outros policiais militares acima citados, os quais confirmaram terem ouvido o requerido condicionar a realização do policiamento ostensivo ao pagamento, pelas comunidades, da taxa mencionada.

Se não bastassem os depoimentos dos policiais militares, encontram-se ainda os testemunhos de munícipes de ilibada reputação, que presidiram ou dirigiram algumas das comunidades, a narrar a exigência do pagamento da taxa, para que só assim pudessem ter resguardada a segurança por aquela instituição nas ocasiões necessitadas. Osmar Sartori (fl. 597) afirmou que “em fevereiro de 96, como representante da comunidade da Linha Santa Catarina, solicitou a prestação do serviço de policiamento ostensivo ao baile que seria realizado no salão da comunidade, sen-

do que *Jair pediu-lhe que fosse paga a taxa do CONSEPRO, no valor de R\$ 10,00, dizendo que se não houvesse o pagamento, não haveria o policiamento ostensivo*, somente na hipótese de ocorrer uma irregularidade no salão é que haveria o deslocamento de policiais militares. A taxa foi paga”. (grifo nosso)

Miguel dos Santos (fl. 612): “Durante o período em que foi representante da comunidade Peixe Alto, há uns 03 anos, fez um requerimento pessoalmente ao réu no sentido de que houvesse policiamento ostensivo durante um evento na comunidade, obtendo como resposta que deveria ser necessário recolher uma taxa para a gasolina no valor de R\$ 10,00. A taxa deveria ser paga diretamente ao réu ou no Banco. Se não houvesse o pagamento, a Brigada Militar não iria prestar o serviço”. Valdelino Zatti (fl. 598), tesoureiro da comunidade Linha Peixe Alto entre 96 e 98, confirma que em todas as festividades da comunidade era solicitado o policiamento da BM, havendo sempre o pagamento da taxa do CONSEPRO.

Certo é que algumas testemunhas afirmam que estes pagamentos eram espontâneos, o que não afasta a sua ilegalidade, já que tal serviço deve ser prestado de forma gratuita e jamais condicionado ao pagamento de qualquer taxa. Por outro lado, para estas pessoas, nunca foi exigido pelo réu o pagamento, porque quando iam solicitar o policiamento elas já apresentavam o comprovante do pagamento da taxa. Assim, para estas pessoas, o requerido não chegou a exigir pessoalmente e de forma impositiva o pagamento. Contudo, elas sabiam que se não pagassem não haveria a segurança. Ou seja, de

forma tácita ocorria tal exigência. Ademais, até pela simplicidade, estas pessoas nunca chegaram a exigir o serviço sem terem efetuado anteriormente o pagamento, pois, se isto viesse mesmo a ocorrer, por certo que lhes seria exigido o recolhimento.

Ora, como se infere, um serviço público de segurança, que o Estado presta de forma gratuita, estava, naquela localidade, sendo condicionado ao pagamento de uma taxa que se destinava a um conselho municipal que nem ao menos existia legalmente. Todo este arcabouço probatório carreado aos autos permite concluir, estreme de dúvida, que o requerido, durante os anos de 1997 e 1998, efetivamente exigiu o pagamento, de vários distritos do interior onde ocorreram festas e bailes, e para que nestes fosse realizado policiamento ostensivo da Brigada Militar, da taxa do CONSEPRO, condicionando a prestação do serviço público de segurança, serviço essencial que deve ser prestado de forma gratuita, ao cumprimento de tal exigência.

Certo é que os CONSEPROs existem em mais de uma centena de Municípios gaúchos, com a função primordial de angariar recursos que posteriormente serão destinados às entidades que prestam a segurança pública. Todos somos conhecedores da situação da segurança em nosso meio e a insuficiência das verbas destinadas pelo Governo. E os municípios buscam, com tais contribuições, colaborar para a prestação da melhor forma deste serviço essencial, já que o Estado não cumpre integralmente com a sua parcela.

O requerido, conhecedor de tal situação, teve a melhor das intenções

ao cobrar a taxa (sempre objetivou uma melhor prestação da segurança pública), contudo, o fez de forma indevida, eis que antes da cobrança deveria tal Conselho ter sido regularmente criado, e não poderia ele, de forma alguma, sendo o Comandante do Pelotão da Brigada Militar naquele Município, órgão que seria o destinatário das arrecadações, gerenciar as verbas arrecadadas. E o fato de condicionar a prestação do serviço ao pagamento da taxa foi a mais relevante irregularidade por ele cometida.

Esta conduta do requerido se enquadra no tipo do art. 11, inc. I, da Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), eis que ele praticou ato visando a fim que lhe era vedado, com o que atentou ele contra os princípios da Administração Pública. Por conseguinte, deve-lhe ser imposta uma pena. O art. 12, III, da mesma norma legal acima citada indica como penas cabíveis para aquela ilicitude: “III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 03 a 05 anos, pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 anos”. Este mesmo artigo, no seu parágrafo único, prevê que, para a fixação das penas, o Juiz deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Tenho que, no caso em tela, há vários fatores a serem sopesados para a fixação da pena a ser imposta. A um, não há de se olvidar que o requerido não obteve qualquer proveito próprio, especialmente de cunho financeiro. Isto porque todo dinheiro arrecadado acabava revertendo para a própria comunidade, em seu benefício, já que resultava na melhor prestação da segurança, com a compra de combustível para a viatura da BM e de equipamento para o posto policial. Em momento algum consta qualquer prova, nem ao menos indício, de que o requerido tenha ficado com alguma parcela da importância arrecadada para seu proveito próprio, tendo todo o dinheiro sido utilizado para suprir deficiências que, em última análise, são causadas pelo próprio Estado ao destinar verbas insuficientes para a segurança pública. Estes são, sem sobra de dúvida, importantes fatores a atenuar a sanção a ser imposta.

Há de se considerar, também, que todo o dinheiro arrecadado foi empregado na segurança pública da cidade, ou seja, a motivação que levou o requerido a cometer o ato ilegal foi de cunho social e no intuito de melhor prestação da segurança, serviço que era de sua responsabilidade. No Direito Penal, teríamos a privilegiadora do “relevante valor social”, art. 121, § 2º. Na doutrina acerca das sanções pelo crime de improbidade administrativa, encontra-se forte posicionamento no sentido de que não há obrigação de aplicação de todas as penas elencadas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Marcelo Figueiredo, na sua obra *Probidade Administrativa*, Malheiros

Editores, 1995, p. 67, defende não ser obrigatória a imposição de todas as penas previstas na norma legal *supra*, cabendo ao Juiz aplicar o que demonstrar como adequado ao fato concreto praticado. Eis suas palavras: “Grave problema que a lei encerra é o seguinte: sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco ou o Juiz pode discricionariamente aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade de aplicação conjunta de penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o Juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente. Tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou o ato de improbidade em suas variadas formas”.

Mais adiante: “É dizer, isolada ou cumulativamente, tudo a depender da gravidade do fato, da conduta do agente, de seu passado funcional, da análise do dano e sua extensão, etc., as penas podem e devem ser aplicadas isoladamente quando atenderem à sua finalidade. Assim, em determinado caso, apenas a reversão dos bens e multa civil poderão responder à vontade da lei [...] deve haver proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do diploma, a fim de que não haja injustiças flagrantes”. (p. 177)

Por conseguinte, deve ser levada em conta a gravidade do ato praticado, a sua relevância no meio social e também a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente para o estabelecimento da sanção aplicável ao agente. Estes dois últimos requisitos

a própria lei, como acima referido, manda serem considerados para a fixação da pena. A pena a aplicar também deve considerar o binômio suficiência e necessidade, especialmente destacado no art. 59 do CP e que se aplica a toda a legislação nacional que tenha caráter repressivo. Ademais, o Código Penal é norma-mãe de toda legislação de cunho punitivo, as quais lhe são derivadas ou complementares, tendo ele aplicação subsidiária em relação a estas.

No caso *sub judice*, o requerido não obteve qualquer proveito patrimonial em seu favor, já que, como anteriormente mencionado, o dinheiro foi todo aplicado na prestação da segurança pública na municipalidade. Ademais, o prejuízo sofrido foi reduzido, eis que totalizou R\$ 405,00, sendo que o Erário Público não sofreu qualquer prejuízo direto, pelo contrário, até teve benefício, haja vista que o dinheiro foi utilizado para suprir a insuficiência de verbas disponibilizadas pelo Estado para a segurança pública. Impende, ainda, a consideração para a fixação da pena do princípio da proporcionalidade. “De nada adianta usar uma bala de canhão para matar um passarinho”. Deve haver uma relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização, respeitando-se a lógica jurídica e a razoabilidade.

Assim: “Deve o Judiciário, chamado a aplicar a Lei de Probidade, analisar qual das penas é mais ‘adequada’ em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal [...] Enfim, as penas devem ser prudentemente e adequadamente aplicadas de acordo com a conduta do agente, inobstante a ausência de critério explícito aparente

contido na lei. Lembre-se, ainda, o art. 128 da Lei nº 8.112/90, que determina que ‘na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais’. A regra pode, analogicamente, ser utilizada. Tal raciocínio deve presidir toda a interpretação para aplicação das penas da lei.

“Em suma, o Poder Judiciário, por força do disposto no art. 5º, XXXV, da CF, quando provocado, tem o dever de syndicar, amplamente, a conduta ilícita, o comportamento do agente ímprobo, violador da moralidade administrativa, aplicando a lei ao caso concreto. Assim, o termo fixação pode ser decodificado e entendido do seguinte modo: o Judiciário analisará amplamente o ato praticado pelo agente tido como violador da probidade administrativa, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, dentre as sanções legais, escolher as aplicáveis ao caso concreto”. (in *Revista de Sentenças da AJURIS* nº 1, 1999, p. 28, Juiz prolator Ricardo Luiz da Costa Tjader)

Na mesma esteira é a manifestação de Paulo Henrique dos Santos Lucon, artigo intitulado *Litisconsórcio Necessário e Eficácia da Sentença na Lei de Improbidade Administrativa*, encontrado na obra *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*, Malheiros Editores, 2001, p. 310: “Não basta o simples reconhecimento de que o ato praticado foi ímprobo ou ilegal: é preciso que as penas restritivas de direito guardem proporcionalidade com a extensão do dano e o eventual proveito

patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único). A individualização da pena impõe-se não somente no Direito Penal, mas, também, nos Direitos Civil, Administrativo e Tributário.

“Para fixação da pena a maior, por exemplo, o julgador deve fundamentá-la de forma clara, individualizando cada um dos motivos fáticos presentes nos autos que ocasionaram seu aumento. Trata-se da proporcionalidade na aplicação da pena ao delito praticado. Assim, a eficácia da pena aplicada está diretamente ligada ao princípio da proporcionalidade, a fim de assegurar a individualização, pois quanto mais o Juiz se aproximar das condições que envolvem o fato, da pessoa do acusado, possibilitando aplicação da sanção mais adequada, tanto mais terá contribuído para a eficácia da punição. O princípio da proporcionalidade relaciona-se com a exigência da medida indicada para o caso concreto, ou seja, ‘da adequação entre meio e fim mais idôneo’ ou ‘da menor restrição possível’ do direito ou bem constitucionalmente protegido, que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido”.

Considero que não há como tecer comparação entre a situação do requerido e caso de um Prefeito Municipal que desvia estrondosa soma do Erário Público para sua conta-corrente, indo a importância diretamente para seu proveito próprio, deixando de utilizar tais recursos para prestar os serviços básicos que a população tanto necessita. Não se pode equiparar o ato do requerido, de gravidade reduzida, com o sujeito ativo de improbidades mais graves.

Assim sendo, cotejando todos estes fatores acima e levando em conta o princípio da proporcionalidade, tenho como impor ao requerido, unicamente, a condenação do mesmo ao ressarcimento integral aos lesados das importâncias por ele arrecadadas a título de taxa do CONSEPRO. Entendo que tal sanção se mostra como necessária e suficiente à reprovação do agir não-probo do agente, sendo deveras excessiva a aplicação da pena de perda da função pública ou suspensão de direitos políticos ou proibição de contratar com o Poder Público. Considero que a pena de perda da função pública deve ser reservada para casos mais graves e de conseqüências mais funestas, principalmente ao Erário Público, o que não é o em tela.

Dispositivo. Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos propostos na presente ação civil pública pelo Ministério Público e Estado do Rio

Grande do Sul em face de Jair Rodrigues da Silva, para condená-lo ao ressarcimento integral às comunidades lesadas de todas as importâncias que arrecadou de forma ilegal a título de taxa do CONSEPRO, como especificado na inicial, valores estes a serem corrigidos monetariamente pelo IGP-M desde a data de cada desembolso e acrescidos de juros de mora de 6% ao ano a contar da citação. Custas pelo requerido. Sem condenação em honorários, seja porque a ação foi intentada pelo Ministério Público, seja pela necessidade de se adotar tratamento igualitário, na medida em que o *Parquet* não estaria sujeito ao pagamento de honorários de advogado caso fosse vencido na presente ação civil pública, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Constantina, 11 de janeiro de 2002.

Eduardo Giovelli, Juiz de Direito Substituto.

SENTENÇAS CRIMINAIS

Comarca de Passo Fundo-RS
3ª Vara Criminal
Processo nº 2100138586 (10798)
IP nº 119/98 – DETRAN
Autor: Ministério Público
Réu: H. J. H.
Juiz prolator: Sandro Luz Portal
Data: 15-03-01

Homicídio culposo de trânsito. Atropelamento de pedestre em rodovia de trânsito rápido. Provado que o choque ocorreu no acostamento da pista oposta, enquanto a vítima trafegava normalmente pelo acostamento, não milita em favor do motorista a presunção de que a diligência caberia somente a esta última. Estado ébrio do motorista que contribui para o juízo de formação da culpa, notadamente quando ele, deliberada e conscientemente, deixa o local do evento rapidamente e só comunica o ocorrido horas depois a um guarda de trânsito, por mero acaso. Culpa configurada, bem como a causa de aumento decorrente da falta de socorro.

Vistos, etc.

O Ministério Público, por seu agente nesta Vara, denunciou H. J. H., brasileiro, casado, 40 anos, filho de W. H. e de C. O. H., dando-o como incurso nas sanções do art. 302, *caput*, em combinação com o parágrafo único, inc. III, do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/97).

Relata, para tanto, que, no dia 06-06-98, pelas 20h30min, na RS-153, aproximadamente no quilômetro 03, próximo à entrada da UNIMED, nesta cidade, o denunciado, conduzindo o veículo *Ford Fiesta*, atropelou e matou, cul-

posamente, a vítima M. A., causando-lhe as lesões descritas no auto de necropsia.

Na ocasião, segundo relata, o denunciado agiu com imprudência e imperícia, eis que imprimia velocidade excessiva para o local, tendo invadido a pista contrária e ingressado na contramão, atravessando a rodovia e colhendo a vítima, que por ali caminhava, no acostamento do lado esquerdo, no sentido Passo Fundo–Ernestina. Além disso, o denunciado foi submetido a teste de bafômetro, constatada a concentração de 0,04g de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, deixando de prestar socorro ao ofendido.

Foi recebida a denúncia em 08-02-99, sendo admitida a assistência acusatória (fl. 65). O réu foi citado e interrogado. Indicou defensor, o qual apresentou defesa prévia. Na instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, com exceção de S., objeto de desistência (fl. 103). Os debates foram convertidos em memoriais, tendo as partes arrazoadas.

O Ministério Público propugnou pela condenação, considerando certas a materialidade e a autoria. Ressaltou, também, a conduta culposa do acusado no evento, pois estava dirigindo em

velocidade excessiva e atropelou a vítima no acostamento oposto de sua pista, deixando de prestar socorro e ostentando nível de embriaguez incompatível com a condição de motorista. A assistência acusatória arrazoou no mesmo diapasão. Apontou que o acusado se portou com imperícia e imprudência, elementos suficientes para sustentar uma conclusão condenatória.

A defesa, a seu turno, postulou a absolvição com fundamento na fragilidade da prova. Apontou que as testemunhas faltaram com a verdade, não conseguindo produzir uma carga de elementos que sustentem a condenação. Defende que a vítima foi apanhada sobre a pista de rolamento do acusado, não no acostamento, conclusão que emerge do fato das marcas de frenagem se iniciarem naquele ponto, tanto que um pé de sapato do falecido ficou vários metros para trás.

Consigna que não merece crédito a versão da esposa do extinto, não estando eles a caminhar juntos. O relato da testemunha M., outrossim, confirma que destroços do carro estavam no meio da pista, o que sinaliza a localização do ponto de impacto, inexistindo efetivas testemunhas presenciais. Impugnou, ainda, a afirmação de que H. estava embriagado, fato negado pelas pessoas que com ele estiveram, não se podendo, na hipótese, cogitar de decreto condenatório. Relatei brevemente. Decido.

Positiva-se a materialidade do delito questionado no auto de necropsia (fl. 16). O acusado, em ambas as fases, admite a autoria do evento. Mencionou, somente, que trafegava em sua pista, a uma velocidade aproximada de 70km/h, tendo a vítima aparecido de inopino na sua

trajetória. Diz ter tentado a manobra de desvio, sem êxito, donde a frenagem e a alteração do traçado para a esquerda.

Referiu, por fim, ter tido ciência de que havia atropelado uma pessoa, não permanecendo no local em virtude da aproximação de várias outras, o que lhe provocou grande temor, associado à circunstância de que portava, como cobrador do frigorífico onde trabalha, grande importância em dinheiro. No caminho, procurou os policiais rodoviários, desde logo avisando do atropelamento, negando, todavia, que estivesse embriagado.

Emerge da prova judicializada, entretanto, conclusão outra, a impor, nas condições, sua condenação. Segundo se observa no auto da fl. 16, a vítima possuía, afora outras lesões menos intensas, na maior parte internas, fraturas de cinco arcos costais à esquerda e das duas pernas, com equimoses nas regiões posteriores destas.

As lesões impactantes, de maior relevo físico-mecânico, estão situadas na parte costal do corpo do falecido. Não há, por conseguinte, sinais de impacto localizados num dos lados do perfil corporal ou na porção frontal.

Isso força a conclusão de que, quando alvejada, a vítima estava de costas para o veículo do acusado. Em condições normais, quem se posta nessa posição caminha no mesmo sentido dos veículos, não na diagonal ou transversal, como sugere o acusado no interrogatório. Ninguém atravessa uma rodovia andando lateralmente, em posição perpendicular.

A ser verossímil a versão defensiva, como sustenta o arrazoado final, o mais lógico é que a vítima estivesse fazendo

a manobra de cruzamento da pista da direita para o centro, com o lado esquerdo do corpo no ponto de impacto. Não é o que o auto de necropsia nos revela.

Afora essa circunstância, há o depoimento da esposa do falecido. Diz ela, em síntese, que caminhava junto do marido no acostamento da pista oposta, sendo o finado alvejado de surpresa. Menciona que estavam de mãos dadas, tendo ela caído com o impacto, embora sem se lesionar. Muito embora se trate de pessoa com interesse direto na solução da causa, assistente a sustentar demanda civil contra o acusado, seu relato se coaduna com a conclusão, já afirmada, que emerge da prova médico-pericial.

Por outro lado, não destoa, em linhas gerais, das palavras da testemunha M., ouvido na fl. 102. Relatou ele que trabalhava na guarita da UNIMED, a alguns metros do local, que ouviu um barulho de frenagem e em seguida o de batida. Notou, então, que havia uma camioneta no local, a qual chegou a parar, usando bruscamente dos freios, o que evitou colidir com o outro. Um dos carros, não sabendo identificar qual, voltou minutos depois e apanhou uma saída dianteira.

Se o acusado reconhece não ter retornado, seguindo até perto de Tapera, certamente esse carro era a camioneta não-identificada. Torna-se possível, nesse contexto, concluir que as marcas de frenagem existentes sobre a pista são da camioneta que trafegava atrás do acusado e não do carro deste.

Isso explicaria porque o ponto de arremesso do corpo da vítima está praticamente alinhado ao do final da trajetória de frenagem do pneu direito, mostrada no *croquis* da fl. 17. Não res-

surgiria, na versão do acusado, qualquer razão lógica para essa conformação espacial.

Em condições normais, um corpo menos pesado que se choca com outro mais pesado em velocidade é forçado a estabelecer a mesma trajetória do corpo que a conduz. Nessas condições, se a vítima tivesse sido atropelada na pista de direção do acusado, seria arremessada para a frente, não para a esquerda, ainda que em posição diagonal.

O ponto de arremesso, por outro lado, somando-se as distâncias do mesmo *croquis*, está a exatos 61m do local onde a marca de frenagem se inicia. Não é razoável que, na versão da defesa, a vítima tenha sido atropelada na pista do rolamento da direita, sentido Passo Fundo–Ernestina, e sido arremessada por toda essa distância até o acostamento oposto. A incoerência se completa a partir da localização dos danos no veículo do acusado.

Segundo demonstra o laudo da fl. 23, não contestado, os danos se situam na grade dianteira, no pára-brisas, pára-choque dianteiro e espelho externo esquerdo. Se a vítima estava jogada no acostamento da esquerda, o veículo que se colidiu com ela frontalmente só poderia estar numa trajetória reta em relação ao ponto de arremesso. O dano no espelho esquerdo é de menor extensão, tanto que não há danos substanciais no pára-lamas, muito provavelmente decorrendo de um segundo choque, com braços ou pernas do falecido.

A conclusão que emerge desse contexto é que a vítima, se não estava no acostamento, encontrava-se na porção mais à esquerda da rodovia, na pista contrária a em que trafegava o acusado,

pois do contrário não seria alçada ao ponto em que socorrida. Isso se completa, aliás, nos demais elementos da prova, considerada agora de maneira circunstancial.

O acusado, segundo admite, evadiu-se do local, não dando valor à necessidade de prestar socorro ao atropelado. Contrariando suas afirmações, a testemunha M. mencionou que o auxílio foi prestado por médicos que jantavam na sede da UNIMED, em frente. Não se constata, na prova, aproximação de terceiros, vinculados à vítima, que o tenham ameaçado.

É de se concluir, sem qualquer chance de erro, que essa conduta do acusado foi motivada pela embriez, que o desorientou. As pessoas que estiveram com o acusado, ouvidas em juízo, afastaram-se dele ainda perto do meio-dia, sendo que o acidente se deu por volta das 20h30min. A demonstrar a veracidade dessa afirmação está o documento da fl. 54, realizado por dupla de policiais rodoviários às 23h.

O acusado foi submetido a teste de ar alveolar e tinha, cerca de duas horas e meia após o acidente, resquícios de embriaguez. Muito embora o seja em índice que não autorizava a apreensão da carteira, o resultado do exame evidencia que ele, no momento do acidente, estava com os impulsos nitidamente diminuídos em função do álcool, circunstância que influiu sobremaneira na impossibilidade de desviar do ofendido, a julgar como correta sua versão.

Além disso, o fato de ter dinheiro no interior do carro não lhe autorizava evadir. Isso porque esse detalhe era desconhecido dos demais, podendo o

socorro ser prestado em poucos instantes, que não permitiriam que alguém atentasse contra o patrimônio que guardava.

Afora isso, a circunstância bem demonstra sua intenção de evadir, confirmada na ponderação feita ao policial L. P. (fl. 125), que relatou ter sido abordado por J., que relatou ter atropelado um cachorro ou outro animal qualquer. Isso contraria até mesmo a afirmação dele no interrogatório judicial, em que admitiu o atropelamento de um “ser humano”.

Ainda emerge desse contexto um dado que merece ser alinhado na esteira circunstancial que sinaliza a condenação. O acusado e o referido policial teriam se encontrado perto da Vila Tio Hugo, que fica a menos de 40km do local do acidente. Esse ponto, por sua vez, distancia-se, segundo palavras do mesmo L., cerca de 27km do posto policial onde realizado o exame, às 23h.

Separado o tempo do percurso, é de se presumir que o encontro do acusado com o policial ocorreu cerca de meia hora antes do exame, o que nos leva a concluir que, do ponto do sinistro até a Vila Tio Hugo, o acusado percorreu cerca de duas horas. Só a embriez justifica, nessa altura, tamanha dilação.

Somando-se ao mesmo contexto, a denúncia ainda inculca ao acusado o fato de estar trafegando em alta velocidade. Esse detalhe se encontra até absorvido pelo aspecto da imprudência, pois nitidamente o acusado invadiu o acostamento ou, no mínimo, a pista contrária para poder atropelar o ofendido de costas e o arremessar 28m adiante (fl. 17). Tal excesso, em verdade, não

restou efetivamente demonstrado, afora não materializar, por si só, indício de culpa, pois a rodovia é de trânsito rápido.

De tudo se extrai, a final, a responsabilização do acusado pelo evento, pois sua imprudência está na linha de desdobramento causal do acidente e, por sua vez, das lesões provocativas do óbito, impositiva se tornando a condenação. A prova é suficiente para assim concluir, sem razão no ponto a defesa técnica. A censura não decorre de meras ilações ou presunções, mas da construção contextual do que resulta da prova, com evidente traço culposos na conduta do acusado, a quem não socorre qualquer causa discriminadora.

A questão da previsibilidade, na verdade, deve ser avaliada dentro dos cuidados objetivos impositivos ao condutor. O acidente, por sua fatalidade, é algo não desejado, tornando-se, todavia, previsível a partir do instante em que o agente, ao descumprir as regras de condução de veículo automotor, cria condições propícias para seu acontecimento, argumento que esvazia a tese defendida. Está, por igual, autorizada a elevação decorrente da causa de aumento do art. 302, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 9.503/97.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido da denúncia para condenar H. J. H., antes qualificado, como incurso nas sanções do art. 302, *caput*, em combinação com o seu parágrafo único, inc. III, da Lei nº 9.503/97.

Passo a fixar a pena. O condenado é plenamente capaz de entender a ilicitude de seu gesto, ciente de seus deveres de motorista, sendo exigível conduta

diversa, situando-se sua culpa em nível elevado; não registra antecedentes de relevo, sendo que a conduta social foi abonada; a personalidade está sem desvios demonstrados na vida progressa, tudo indicando que a criminalidade é episódica, sendo os motivos írritos ao crime; as circunstâncias conformaram o juízo de afirmação do crime, e o comportamento da vítima foi irrelevante para o resultado.

Fixo a pena-base na ordem de 02 anos e 02 meses de detenção, levando em conta as variantes antes assinaladas. Não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas, tornando-se provisória a pena no mesmo quantitativo. Tendo em conta a causa especial de elevação prevista no art. 302, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 9.503/97, acresço à pena provisória 1/3, finalizando-a no patamar de 02 anos, 10 meses e 20 dias de detenção.

A pena será cumprida em regime aberto, no presídio local ou no da residência do condenado. Comino-lhe, por igual, em caráter cumulativo, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, estabelecendo tal sanção, nos termos do art. 293 do Código de Trânsito, no mesmo patamar da pena privativa, compatível com a gravidade do crime, a contar do trânsito em julgado da condenação.

Considerando as circunstâncias favoráveis ao condenado, atentando para o disposto no art. 44, I a III, do CP, substituo a pena privativa de liberdade imposta pela prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e assistenciais, pelo mesmo prazo da privação, na forma do art. 46, § 3º, do CP,

à razão de uma hora por dia de condenação, sem prejuízo da suspensão da habilitação. Esse o motivo, aliás, de a substituição ser somente por uma pena restritiva.

Transitada, expedir BIE e remeter o PEC, lançando-se no rol de culpados e

comunicando-se ao TRE. Custas pelo condenado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Comunique-se (fl. 142).

Passo Fundo, 15 de março de 2001.

Sandro Luz Portal, Juiz de Direito.

Procedimento nº 3.732-207/00

BOC nº 018/01

Autor: Ministério Público

Adolescente: A. D.

Juiz prolator: André Luís de Moraes Pinto

Data: 26-03-01

Rejeição de ato infracional. Puxão de cabelos. Atipicidade infracional do comportamento. Teoria da Adequação Social. Ingerência ilegítima da vida privada.

Vistos e examinados os autos.

A. D., brasileira, solteira, com 15 anos de idade, instrução fundamental, natural de Não-me-Toque-RS, filha de L. C. D. e N. W., residente na Rua C. A., cidade de Não-me-Toque-RS, foi representada pelo Ministério Público como incurso nas sanções do art. 21 da LCP. A peça incoativa, em síntese, assim narra os fatos: “No dia 15-12-00, por volta das 22h, na via pública, em Não-me-Toque-RS, a adolescente praticou vias de fato contra sua irmã T. D., puxando seus cabelos, sem, no entanto, lograr lesioná-la”.

Relatei. Passo a fundamentar. A peça portal é uma lamentável e odiosa demonstração da intolerância, do terrorismo delitivo, da ingerência ilegítima na vida privada e do pretensioso afã de apresentar o estatuto de superego da sociedade. A lança repressiva remete, inexoravelmente, ao campo da Psicanálise, desgarrando da pedra bruta do Direito, em razão da qual o operador jurídico carteziano – amarrado ao conhecimento e traumas do aprendizado juvenil do Direito Penal – nutre pela

repressão (mãe) um umbilical vínculo edipiano, alargando hipóteses típicas, numa interpretação centrífuga, e enseja matar – pela negação incisiva – os institutos despenalizadores e descriminalizadores (pai). O órgão de acusação, embuído de uma sede inesgotável de denunciar, de representar, de condenar, de castigar, chega aos píncaros da glória na presente demanda.

As experiências cotidianas e os conhecimentos adquiridos na vida nos dão mostras reiteradas dos conflitos entre irmãos. Estas aparentes diásporas ou desinteligências são tão antigas que remontam aos primórdios, à contenda bíblica havida entre Caim e Abel (muito mais grave que a retratada nos autos). As brigas, os desentendimentos, o ciúmes, o puxão de cabelos, o beliscão, praticados entre rebentos e infantes, são fatos perfeitamente aceitáveis e bem compreendidos e assimilados por aqueles que conhecem a paternidade ou que vivenciaram intensamente a fase infantil, e, a partir dela, se sentem amados e de bem com o mundo e suas nuances. Diferentemente do que uma visão tacanha pode alcançar, estes gestos fraternais carregam indisfarçáveis poros de amor, de carinho e da saudável disputa pelo afeto paternal.

Não se pode desejar que as crianças deste País sejam amorfas, assépticas,

mambembes, apáticas, frias, inertes e contemplativas. Que não sonhem, que não desejem, que não ambicionem, que não lutem pelo que buscam. Tampouco, que sejam tão indiferentes a ponto de nos fazer lembrar o personagem de Tom Henkis na memorável obra *Forrest Gump – O Contador de Histórias*. Olvidar desta realidade é dar de mão ao inquisitismo, recorrer ao holismo, abraçar o fundamentalismo, abdicar da aceitação do diferente, romper com a secularização, questionar a moral e se inserir na esfera quase ultra-uterina da educação infantil. Em última análise, é regressar aos porões fétidos e escuros da inquisição religiosa, do medievo, que não respeitava as individualidades, suas crenças e imperfeições; e caminhar no sentido contrário da quadra das luzes e dos seus imperativos categóricos.

Não se pode obrar com a retina obtusa que inspira os movimentos da “Novíssima Defesa Social” e da “Lei e Ordem”, em virtude dos quais se propugna por uma política criminal eminentemente repressiva, com um único viés: a retribuição punitiva. Sem lograr desgarrar do acacianismo, violência produz violência. Mais Polícia, mais inquéritos, mais Juízes, mais processos, mais prisões, mais reincidências, mais violências, mais crimes e, então, mais Polícias, mais... (instaurado o círculo vicioso, que se agudiza a cada rodada).

Nos moldes de uma *self-fulfilling prophecy*, o sistema, ao reverso de ser autofágico, termina por se alimentar de si próprio e, por corolário, se desenvolver a partir de suas inadequações, amplificando o clamor pela reprimenda, fechando os olhos às causas da proble-

mática. Quanto mais próximos estivermos de um estado de barbárie, de um palco de criminalidade com suspiros de descontrole, mais imperiosa se torna a aplicação dos princípios constitucionais penais e das teses do garantismo penal, plasmadas no reducionismo minimalista. Mais importante se faz a presença de “Juízes em Berlim”. Mister é a participação de Promotores de Justiça e não de acusação, *tout court*.

No feito em comento, sobra irretorquível a desvalia do comportamento da adolescente, a irrelevância da sua conduta e a insignificância da ação, e, por conseqüência, imprescindível o afastamento da figura típica, uma vez que sem fôlego para ofender o bem jurídico protegido pela moldura do art. 21 da LCP. Este entendimento, sublinho, não pode ser confundido com leniência no enfrentamento da criminalidade, com frouxidão, benevolência, emocionalismo casuísta ou com condescendência a incentivar a infração. Ao contrário, por distinto vértice, tem o fito de considerar o valor social de uma realidade fática, obstando a criação de mais um fosso a distanciar a Justiça do prestígio da sociedade.

Em tempos de pancriminalização, de helefantíase típica, não se pode perder de vista o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, devendo este se constituir na *ultima ratio* e não numa luva moldada a todas as mãos. Nesse contexto, é mister referir Weltzel e a sua *Teoria da Adequação Social*, pela qual, em apertadíssima síntese, se intenta embretar (intradogmaticamente) o raio de incidência da norma penal. A conduta como a descrita na inicial pode perfeitamente ficar

adstrita ao campo do Direito de Família e, sobretudo, jungido ao seio familiar, e lá ser solvida.

Arrematando, exteriorizo ainda mais o que muito bem vincou o Des. José Antonio Paganella Boschi em seu texto *Justiça aos Juízes*, publicado pelo *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* nº 05, p. 08: “O uso abusivo do Direito Penal é uma prática antiga em nosso País. O Prof. René Ariel Dotti menciona, em suas *Notas para a História das Penas no Sistema Criminal Brasileiro*, que ao tempo das Ordenações Portuguesas e

de seu fantástico regime de terror, um rei africano, ao ouvir espantado a leitura do catálogo de punições, teria manifestado a estranheza de que não se cominasse pena ‘para quem andasse descalço!’ ”

Ao exposto, porque o fato narrado efetivamente não constitui ato infracional, rejeito a representação oferecida contra A. D. Custas pelo Estado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Não-me-Toque-RS, 26 de março de 2001.

André Luís de Moraes Pinto, Juiz de Direito.

Processo nº 092/2.01.0000122-6 – Natureza: Ordinário

Comarca: Constantina

Autor: Justiça Pública

Réu: G. A. P.

Juiz prolator: Eduardo Giovelli

Data: 26-12-01

Casa de prostituição. Erro de proibição. Princípio da adequação social.

Vistos, etc.

G. A. P., brasileiro, casado, comerciante, natural de R. B.-RS, com 31 anos de idade na data do fato, nascido em 20-12-68, filho de E. P. e G. P., com instrução primária incompleta, residente na Rua N. R., nesta cidade, foi denunciado pelo Ministério Público, como incurso nas sanções do art. 229 do CP, pela prática do seguinte fato delituoso: “Durante o ano de 1999, na RS-500, quilômetro 04, em Constantina, o denunciado G. P. manteve, por conta própria, habitual e permanentemente, casa de prostituição, com quartos e acomodações destinados ao comércio carnal exercido por várias mulheres (fotografias das fls. 18-20 do IP), com o intuito de lucro. Na época referida, o acusado manteve o local destinado a encontros libidinosos, obtendo lucro com a venda de bebidas para as pessoas que frequentavam o estabelecimento, em virtude de prostituição exercida, cobrando valores referentes ao aluguel de quartos para os ‘programas’ de clientes com as meretrizes”.

A denúncia foi rejeitada às fls. 44-46 com assento em que o fato narrado não

constituiria crime, por presente no caso o erro de proibição. O Ministério Público recorreu desta decisão, sendo, então, em data de 19-10-00, através de decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, recebida a denúncia.

O réu foi citado e interrogado (fl. 102), ocasião em que confessou o fato descrito na denúncia, confirmando manter no local uma casa de prostituição e alegando possuir autorização do Município para tanto, através de alvará. Apresentou defesa prévia, onde juntou documentos. No curso da instrução, foram ouvidas sete testemunhas. Antecedentes às fls. 121, 123 e 124.

Em alegações finais, o Ministério Público postulou a absolvição do réu, por entender que restou configurado o erro de proibição, ante a atual realidade social e, em especial, pelo fato de o réu possuir alvará do Município para a manutenção de tal estabelecimento. A defesa requereu a absolvição do réu com base nos mesmos motivos descritos no parecer ministerial. Vieram-me os autos conclusos. É o relatório.

Passo a decidir. A materialidade está comprovada pelas fotos das fls. 22-24 e pela confissão do réu no interrogatório admitindo a prática do fato descrito na

exordial. Tal evento vai corroborado pelos depoimentos testemunhais das fls. 110-112 e 117-119, todos confirmando que na boate de propriedade do réu funcionava, efetivamente, uma casa de prostituição. A autoria vai evidenciada pela confissão do réu em juízo (fl. 102). Diz ele: “Mantinha no bar alguns quartos que alugava para que mulheres mantivessem relações sexuais com os clientes. Algumas destas trabalhavam no bar. Era do conhecimento público da cidade que seu bar funcionava como uma ‘zona’ ”.

A testemunha R. F. (fl. 11) afirma que já freqüentou a boate do réu e lá havia mulheres de programas. Esta assertiva vai confirmada pelo depoimento de D. F. F. (fl. 112), que corrobora a narrativa de existência no bar do réu de mulheres que faziam programas. Desta forma, comprovadas estão tanto a materialidade do fato bem como a sua autoria por parte do réu.

O réu, efetivamente, do que se infere das provas carreadas ao bojo dos autos, mantinha uma casa de prostituição na sua boate, localizada na RS-500, via que dá acesso à cidade de Constantina, possuindo quartos no local, os quais alugava para mulheres que trabalhavam na sua boate manterem relações sexuais com os clientes. Caracterizado, pois, em tese, o delito do art. 229 do CP, qual seja a manutenção de casa de prostituição.

Contudo, tenho que, não obstante demonstrada a autoria e a materialidade do fato, outra solução não se impõe senão um juízo absolutório em prol do réu. Para tanto, tenho que restou plenamente configurado o erro de proibição.

De início, cumpre salientar que o réu possui autorização do Município de Constantina para manter tal espécie de estabelecimento comercial. Ora, o Alvará Municipal da fl. 104 concede ao réu autorização para funcionamento de estabelecimento comercial no ramo de “clube noturno, cabaré e congêneres”. A municipalidade, destarte, além de autorizar o réu a manter a casa, ainda cobrava imposto deste por tal. Havia, pois, uma aquiescência e cumplicidade do Poder Público para com a atividade desenvolvida pelo réu. Este documento da fl. 104 resta por legitimar ao réu a exploração de casa de prostituição.

Tendo ele recebido autorização do Poder Público para tal fato, certo é que o réu considerava que a sua conduta era lícita, eis que até pagava anualmente, como qualquer outro comerciante de qualquer outro ramo de comércio, o ISSQN referente ao seu ramo de atividade. Assim, tendo em conta o homem médio, certo é que lhe afiguraria que a atividade que estava a exercer era lícita. Neste sentido de que o licenciamento do estabelecimento conduz à presunção de licitude de sua atividade, descaracterizando o delito em tela, encontram-se decisões citadas por Damásio de Jesus no seu *Código Penal Anotado*.

De outra banda, não há de se olvidar a evolução da nossa sociedade, principalmente em seus aspectos morais. Hoje, em qualquer canal de televisão, a qualquer hora do dia, se encontram anúncios ofertando os prazeres carnais. O mesmo se dá com a imprensa escrita, tanto revistas como também jornais, bastando uma rápida olhada nos

classificados destes para que se encontrem dezenas de anúncios de casas noturnas e casas de massagens, tanto de mulheres como de homens, ofertando o mesmo “serviço”.

Ora, considerando-se todo este contexto social da atualidade, não há como se pretender condenar aquele que mantém uma casa de prostituição nos arrabaldes da cidade, em região conhecida (como sendo de prática de meretrício (vulgarmente conhecida como “zona”), e inclusive paga impostos, quando basta olhar qualquer meio de comunicação de massa para se encontrar dezenas de ofertas de igual espécie. Neste momento, a realidade fática existente na nossa sociedade não pode ser desconsiderada. Um veredicto condenatório restaria, inclusive, por ferir o princípio da igualdade, eis que somente o réu estaria sendo condenado por uma prática que se espalha no mundo afora.

Neste sentido, merece transcrição o acórdão citado quando do não-recebimento da denúncia (fls. 44-45): “Volta à baila o crime de casa de prostituição. Mesmo sem preconizar a licenciosidade dos costumes, mas atendendo ao fato da mutabilidade desses, entende a Câmara, com respeito às opiniões em contrário, que, hoje em dia, com a proliferação dos motéis (que, não obstante desvirtuados da sua concepção original, concepção ainda corrente em outros países, contam com o beneplácito de largo segmento da sociedade), que, inclusive, alardeiam propaganda no chamado horário nobre da televisão, descabe penalizar quem mantém a *soi distant* casa de

prostituição. E descabe porque importaria em tratar de maneira discriminatória situações idênticas, haja vista que o motel, em última análise, em nada difere do prostíbulo. Há, em ambos os estabelecimentos, a tipicidade, mas para os gerentes dos primeiros não há punibilidade, enquanto para os dos segundos pode haver?

“Ademais, e isso é corriqueiro, as próprias autoridades tributárias, no afã de aumentar os ingressos, taxam os estabelecimentos, pouco se importando com a finalidade dos mesmos. Outrossim, agentes policiais dispensam (por dever de ofício, ou não, não importa) fiscalização aos bordéis. Pergunta-se: ambas as situações não geram um caráter de licitude à existência das casas de encontro, luxuosas ou não? A solução, quanto a esse crime, é decretar a absolvição da acusada, seguindo, assim, a orientação majoritária”.

Não há de se olvidar também que a casa mantida pelo réu funcionava às claras, em local afastado do centro da cidade, já fazendo um bom tempo que lá se estabelecera, sendo inclusive de conhecimento de quase toda a comunidade constantinense o ramo de atividade que lá se desenvolvia. Havia, por certo, não só uma aquiescência do Poder Público com tal atividade como também da Polícia Civil, e inclusive de toda a comunidade, tolerância esta que resta por corroborar a caracterização do erro de proibição. Não há, de outra ponta, qualquer notícia a comprovar que o réu mantivesse garotas de menor fazendo programas na sua casa, fato este que realmente caracterizaria um delito criminal estreme de dúvida.

Considero, em conseqüência de todos os argumentos acima referidos, que há a plena incidência do previsto no art. 21 do CP, ou seja, presente está o erro por parte do réu quanto à ilicitude do fato. Desta forma, excluída a culpabilidade da conduta do réu, eis que se trata de erro inescusável sobre a licitude do fato. O erro de proibição, como cediço e propugnado pela melhor doutrina, é aquele que recai sobre a potencial licitude da conduta, restando por excluir a culpabilidade. Isto porque o agente supõe, de forma inevitável, que sua conduta é lícita, excluindo-se, pois, o elemento da culpabilidade do crime conhecido como a “potencial consciência da ilicitude da conduta”.

Ressalte-se que o erro de proibição não se confunde com o desconhecimento da lei, já que naquele o agente não desconhece os preceitos legais, mas apenas tem certeza que o seu agir é lícito, não sabendo ele que sua conduta era proibida. O agente, em verdade, formula um equivocado juízo do que lhe é facultado realizar na vida social, supondo o agente que sua conduta é lícita. Neste ponto, precisa é a lição de Francisco de Assis Toledo, na sua clássica obra *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., p. 263: “parece-nos elementar, contudo, que, sendo a lei uma coisa e a ilicitude de um fato outra bem diferente, só mesmo por meio de um, a imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses dois conceitos, se poderá chegar à falsa conclusão de que ignorância da lei é igual à ignorância da ilicitude de um fato da vida real”.

No Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul há torrencial corrente jurisprudencial que entende que casa de prostituição localizada em local costumeiro para o exercício de tal atividade, ausentes menores a efetuarem programas, estando as mesmas licenciadas e contando com a conivência do Poder Público, resta por caracterizar o erro de proibição.

Colacionam-se as seguintes decisões de diferentes Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Casa de prostituição. Configura-se o crime quando o réu mantém dependência anexa com quartos para a prostituição de mulheres que vivem no mesmo estabelecimento, de quem recebe dinheiro pelo uso do quarto e fornecimento de preservativos. Erro de proibição. É admitido, jurisprudencialmente, apenas quando o estabelecimento está situado em zona de meretrício e funciona com o conhecimento da comunidade e da Polícia. Rufianismo. Pressupõe habitual e direta participação nos ganhos ou habitual sustento, total ou parcial, do agente pela prostituta. Deram parcial provimento para condenar pelo crime definido no art. 229 do CP”. (Apelação-Crime nº 698158342, 7ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. José Antonio Paganella Boschi, julgada em 08-10-98)

“Manter de casa de prostituição. Erro de proibição. Absolver que se impõe. Apelos providos.” (Apelação-Crime nº 697205763, 1ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Érico Barone Pires, julgada em 03-12-97)

“Casa de prostituição. Erro de proibição. Estabelecimento situado na denominada ‘zona do meretrício’. Provimento

para absolver-se a ré com amparo no art. 386, V, do CPP. Unânime.” (Apelação-Crime nº 696171974, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Nelson Souza Soares Rassier, julgada em 05-12-96)

“Casa de prostituição. O fato de funcionar às claras, com plena ciência da Polícia, sem restrição, inconfigura o delito do art. 229 do CP. Absolvição.” (Apelação-Crime nº 695115907, 4ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Aido Faustino Bertocchi, julgada em 13-11-96)

“Manutenção de casa de prostituição. Injusta condenação de uma ou outra casa enquanto a autoridade policial não proceder igualmente contra todas. Apelo provido para absolver a acusada, fulcro no art. 386, inc. VI, do CPP, c/c o art. 21 do CP.” (Apelação-Crime nº 696078633, 4ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal, julgada em 02-10-96)

“Casa de prostituição. O funcionamento de casa de prostituição às claras, em zona de meretrício e com o pleno conhecimento das autoridades locais, que nenhuma restrição lhe opõem, desconfigura o delito do CP, art. 229.” (Resumo) (Embargos Infringentes nº 695196659, 1º Grupo de Câmaras Criminais do TJRS, Rel. Des. Érico Barone Pires, julgados em 23-08-96)

“Apelação-crime. Casa de prostituição. Estabelecimento que não oculta sua atividade, sendo de conhecimento da comunidade e da Polícia. Exclusão do crime – Deram provimento ao apelo, por maioria.” (Apelação-Crime nº 695171348,

3ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgada em 11-04-96)

“Apelação-crime. Casa de prostituição. Zona do meretrício. Não-incidência do delito tipificado no art. 229 do CP. Ora, se a boate localizava-se na zona do meretrício, e, mesmo que se admita que realizava atividades de prostituição, sendo, por óbvio, de conhecimento da Polícia, mesmo assim não haveria crime, segundo entendimento jurisprudencial dominante, consubstanciado nas decisões contidas nas RTs nºs 523/344 e 557/386.” (Apelação-Crime nº 695139576, 3ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Moacir Danilo Rodrigues, julgada em 30-11-95)

“Casa de prostituição. Erro de proibição. Caracterização. Não é admissível condenar alguém por manter casa de prostituição quando esta funciona com licenciamento de autoridades, é freqüentada por todas as classes sociais e sua existência tem ampla aceitação coletiva. Nestas circunstâncias, inevitável que a acusada não pudesse ter aquela consciência de estar praticando conduta penalmente reprovável.” (Resumo) (Apelação-Crime nº 692111016, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, julgada em 05-11-92)

Tenho, em conclusão, que, no presente caso, impende a absolvição do réu, eis que caracterizado à saciedade a ocorrência do erro de proibição de sua parte. Ante o exposto, julgo improcedente a denúncia, absolvendo o réu, G. A. P., já qualificado, da imputação que lhe foi feita na inicial acusatória,

forte no que dispõe o art. 386, V, do CPP. Custas pelo Estado. Com o trânsito em julgado, procedam-se às anotações de estilo, preenchendo-se e remetendo-se o BIE. Após, baixe-se e archive-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Constantina, 26 de dezembro de 2001.

Eduardo Giovelli, Juiz de Direito.

Autos nº 13698 – IP nº 21701150921-A

Comarca de Jaguarão

Autora: Justiça Pública

Réu: M. C. O. P.

Juiz prolator: Orlando Faccini Neto

Data: 25-03-02

Crime contra os costumes. Não-cabimento do disposto nos arts. 223 e 225 do CP. Relevância da palavra da vítima. Iter criminis. Culpabilidade pela condução de vida.

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público em atuação nesta Comarca ofereceu denúncia em face de M. C. O. P., vulgo “M.”, nascido aos 21-12-67, melhor qualificado à fl. 11, ao fundamento de que, em 27-03-01, por volta das 10h30min, na Ponte Internacional Mauá, nesta cidade, o réu, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de uma faca, tentou constranger a vítima M. C. P. A. à prática de conjunção carnal. Assim agindo, estaria o acusado incurso nas sanções do art. 213, *caput*, c/c o art. 14, II, do CP.

Encartado aos autos está o inquérito policial, constando, de relevante, auto de apreensão (fls. 14 e 36) e decisão determinando a prisão preventiva do réu, prolatada em 03-04-01 e efetivada aos 08 de junho do mesmo ano (fls. 55/60 e 66). A denúncia foi recebida em 31-07-01 (fl. 02), sendo o réu citado (fl. 109v.) e interrogado (fl. 104), ocasião em que se determinou instauração de incidente de sanidade mental, acostado

em apenso, com a conclusão de plena capacidade mental do réu.

Defesa prévia à fl. 126. Em instrução, foram ouvidas a vítima e três testemunhas de acusação, bem como uma testemunha do juízo (fls. 139/143 e 149). Determinou-se novo interrogatório do acusado (fl. 150). Na fase do art. 499 do CPP, requereu o representante do Ministério Público a atualização dos antecedentes do réu (fl. 152), no que foi atendido (fls. 154/5 e 172). Em alegações finais, postulou o autor a procedência do pedido, nos termos formulados na denúncia, ao passo que o réu sustenta sua absolvição, aduzindo insuficiência probatória, bem como que não há a materialidade do fato narrado na denúncia. É o relatório. Decido.

A acusação é improcedente. Antes de ingressar no exame do núcleo da pretensão acusatória, impende considerar que, na espécie, a análise das condições da ação penal estaria a ensejar o reconhecimento de nulidade. Com efeito, é sabido que: “As condições da ação devem ser analisadas pelo Juiz quando do recebimento da queixa ou da denúncia, de ofício. Faltando qualquer uma delas, o magistrado deverá rejeitar a peça inicial, declarando o autor carecedor de ação. Se não o fizer nesse momento,

nada impede, aliás, impõe-se, que ele o faça a qualquer instante, em qualquer instância, decretando, se for o caso, a nulidade absoluta do processo”. (Fernando Capez, *in Curso de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 3ª ed., p. 98)

Nesta perspectiva, cabe lembrar que o art. 225 do CP regula, de modo especial, a legitimidade para agir no que concerne à ação penal em hipótese de crime contra os costumes. E o faz concedendo, de regra, a titularidade da ação penal à vítima, uma vez que “seu interesse se sobrepõe ao menos relevante interesse público, em que a repressão interessa muito de perto apenas ao ofendido” (Julio Fabbrini Mirabete, *in Processo Penal*, 6ª ed., Ed. Atlas, p. 122).

Dito de outra forma, sucede aqui que, tendo em vista a natureza particular dos delitos contra os costumes, o legislador privilegiou o interesse da vítima ao *jus puniendi*, mormente com o escopo de lhe evitar os constrangimentos e dissabores inerentes ao curso de um processo criminal, de maneira que o manejo da ação penal fica, em regra, vinculado à sua iniciativa. Neste sentido a abalizada lição de Nelson Hungria: “Justifica-se o sistema: nos crimes sexuais, que afetam profundamente o valor social das vítimas e a honorabilidade de suas famílias, muitas vezes é preferível o silêncio ao *strepitus judicii* em torno deles”. (*in Comentários ao Código Penal*, vol. VII, Ed. Revista Forense, 3ª ed., p. 245)

Observe-se que o acerto do legislador se confirma na hipótese dos autos, pois a vítima disse que sequer foi à Delegacia de Polícia “porque não queria passar pelo constrangimento de depor

sobre esses fatos, porque me perturbaram” (fl. 139). Exceções há, todavia, e repeti-las implicaria em demasia, cabendo, apenas, a verificação sobre se, no presente caso, estaria o Órgão do Ministério Público legitimado para agir.

Cogitar-se de que se trataria a vertente hipótese de ação penal pública condicionada à representação, na forma do art. 225, § 1º, I, em combinação com o § 2º do CP, é algo que se revelaria incompatível com a assertiva da vítima, à fl. 139, ao informar que seu rendimento mensal alcança cerca de R\$ 620,00. Além disso, nenhuma declaração de insuficiência de condições à propositura da ação penal há. Ademais, do texto da denúncia, bem como de todas as manifestações do órgão acusatório, depreende-se que o fundamento para a propositura de ação penal sob a forma pública incondicionada foi bem outro. Aliás, por evidente que não se há de abordar as formas de ação penal decorrentes do disposto nos arts. 223 e 225, § 1º, II, do CP. Não se aplicam ao caso.

Sintetiza-se: aduzindo a denúncia que o fato foi praticado mediante violência, consistente na alegação de que o réu, no que toca à vítima, “agiu de violência contra a mesma (*sic*), agarrando-a no pescoço e segurando-a com força” (fl. 03), exsurge a problemática acerca da ação penal no delito de estupro praticado com violência real. Este sim, de tudo que há nos autos, foi o fundamento para a propositura da ação penal pelo Ministério Público.

Não se adentrará na cediça controversia relativa ao confronto entre as determinações dos arts. 101 e 225 do CP, valendo, todavia, menção à posição

de Celso e Roberto Delmanto, para os quais: “Firmamos nosso posicionamento pela consideração de que o art. 101 é inaplicável aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, pois nenhuma dessas duas figuras penais é, em verdade, crime complexo. O tipo penal do estupro (CP, art. 213) compõe-se de um só crime, o de constrangimento ilegal, mas visando à conjunção carnal; esta última, só por si, não constitui crime autônomo” (in *Código Penal Comentado*, 4ª ed., Ed. Renovar, p. 165).

Adotar-se-á, ao contrário – e respeitando-se a opinião mencionada –, o escólio alvitado na Súmula nº 608 do STF, que dispõe: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Cumpre, então, estabelecer no que consiste a alvitada “violência real”, e isto se fará com a análise de arestos que consagram a tese propugnada pela Súmula sobredita. Decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que: “Praticado crime de natureza sexual com violência real, com lesões corporais na vítima, a ação penal é de natureza pública incondicionada”. (in *RT* nº 607/304, Rel. Álvaro Cury)

Noutra ocasião, assim se manifestou o mesmo Tribunal: “A partir do instante em que fixou a Suprema Corte que: ‘No crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada’, tendo-o feito, aliás, fundada em precedentes que cogitavam, sempre, da ocorrência de lesão corporal, não importa mais saber se, em casos com tais características, aplica-se o art. 101 ou o art. 225 do CP. Havendo ferimentos suportados pela vítima do es-

tupro, hoje a ação penal é pública incondicionada: e assim continuará sendo ao menos enquanto não retificada a Súmula nº 608, e a despeito de razoabilíssimos argumentos em contrário para o caso de lesões leves”. (TJSP, revisão criminal, *RT* nº 657/271)

Em suma, pois: “Se há violência real, com lesão corporal, a ação penal é pública, pois o crime de lesão autoriza a iniciativa do Ministério Público”. (Celso Delmanto, *op. et loc. cit.*s.)

Anote-se, entretanto, respeitável entendimento hodierno, decorrente da edição da Lei nº 9.099/95, para o qual a lesão haverá de ser sob a forma grave para ensejar a aplicação da súmula mencionada, pois, de tal legislação em diante, a lesão corporal leve tornou-se delito apurável em ação penal condicionada à representação.

Este tópico, porém, restará olvidado, por despiciendo ao deslinde do caso. Narra a denúncia que o réu agiu de violência contra a vítima, “agarrando-a e segurando-a com força” (fl. 03). Em juízo, asseverou a vítima que o acusado a agarrava, “mas quando passava carro ou gente ele soltava”. Afirmou, ainda, a ofendida, que: “não ficaram marcas em meu pescoço, nem nos meus braços, de quando o réu me agarrou. Não fiz exames médicos, nem perícias” (fl. 139). De tais assertivas surge uma indagação: onde está a violência real a legitimar a propositura de ação penal pelo representante do Ministério Público? É dos autos que, realmente, não se submeteu a vítima a qualquer espécie de exame ou perícia, donde se conclui que, deveras, lesão corporal não ocorreu.

A afirmação do autor, em suas alegações finais, de que a “palavra da vítima” é clara em atestar as agressões sofridas (fl. 176), repisando, à fl. 178, que o réu usou de violência, extraindo-se tal das declarações da vítima refoge não só às palavras da ofendida, que disse não ter sido lesionada, bem como à lei, uma vez que o art. 167 do CPP admite que a prova testemunhal, e apenas ela, em caso de desaparecimento de vestígios do crime, supra a inexistência de laudo pericial. Ora, vítima e testemunha são meios de provas que não se confundem, sendo desnecessária, dada a obviedade de tal asserto, melhor explicá-lo.

E assim, uma conclusão se impõe: a ação penal foi promovida por quem não detinha legitimidade para agir. Neste sentido é a jurisprudência. Cita-se: “Se proposta pelo Ministério Público ação penal por crime contra os costumes argüindo tratar-se de delito complexo praticado mediante violência real, há necessidade de exame de corpo de delito para, comprovada a lesão corporal, legitimar a iniciativa pública incondicionada”. (TJSP, revisão, Rel. Reynaldo Ayrosa, *RT* nº 646/266)

Aqui, portanto, poder-se-ia declarar a nulidade do feito, com fundamento no art. 564, II, do CPP, aplicando-se os consectários decorrentes. Sucede, porém, que a jurisprudência, sabiamente, vem acolhendo a tese de aplicabilidade, por analogia, do preceituado no art. 249, § 2º, do CPC, em sede de processo criminal. Ou seja, não se haverá de declarar a nulidade do feito, quando a decisão de mérito for favorável àquele a quem tal declaração aproveitaria. Sob este enfoque, aclarar a

situação fática abordada no presente processo é de rigor.

Segundo descreve a denúncia, no dia 27-03-01, por volta das 10h30min, na Ponte Internacional Mauá, nesta cidade, teria o réu, mediante violência e grave ameaça, tentado constranger M. C. P. A. à prática de conjunção carnal. O conhecimento do fato pela autoridade policial, conforme se verifica à fl. 06, deu-se 03 dias após, sob o fundamento de que o réu tentara agredir o Sr. R. (fl. 07), que é namorado da vítima. É o que se extrai, com efeito, das declarações da vítima, a qual, após informar não ter comunicado à Polícia o ocorrido, disse que: “Cerca de uma semana depois dos fatos estava na loja do meu namorado e o réu passou em frente. Chamei meu namorado que correu atrás dele. Vi que o réu saiu correndo e o meu namorado atrás dele”. (fl. 139)

R. R., namorado da vítima, informou que no dia do fato foi à Polícia. Todavia, nenhum elemento há nos autos que comprove essa afirmação. Segundo ele: “Cerca de uma semana depois o réu passou em frente à minha loja. Minha namorada disse que era ele. Chamei o réu e ele correu. Fui atrás dele. O réu entrou no mercado e depois saiu com uma faca atrás de mim. Nisso chegaram os policiais. O réu tentou fugir e nas cercanias foi preso”. (fl. 141)

De tais alegações decorre, ao menos para a análise do fato objeto da denúncia, ser imprestável o auto de apreensão das fls. 14 e 36, na medida em que pertine a objetos encontrados com o acusado no dia em que foi preso, isto é, 03 dias após os fatos – em se levando em conta a data apontada na denúncia

–, ou cerca de uma semana depois deles – em se considerando a palavra da vítima e de seu namorado. Analise-se, neste ponto, a afirmação constante da denúncia, de que o réu ameaçou a vítima com uma faca.

No interrogatório das fls. 104/6, reconheceu o réu que, quando preso, “estava na posse dos pedaços de serra descritos no auto de apreensão”. Nada lhe foi perguntado, porém, sobre se, no dia dos fatos de que é acusado, portava tais objetos ou assemelhados. Em seu segundo interrogatório, todavia, a tal indagação respondeu: “Não trazia comigo nenhuma faca. Não tinha nenhum instrumento cortante comigo nem nenhuma arma”. (fl. 150)

A vítima, por sua vez, asseverou, num primeiro momento, que o réu chegou a lhe mostrar uma faca no dia do fato narrado na denúncia, *in verbis*: “Ele chegou a me mostrar uma faca” (fl. 139). Ao ser reperguntada pelo representante do Ministério Público, contudo, reformulou: “No meio da abordagem o réu me mostrou o cabo de um objeto que parecia ser uma faca de serrinha. Ele não chegou a tirar a faca”. (fl. 139)

Do confronto, exsurge a dúvida e, em tal parte, cabe considerar a jurisprudência colacionada pelo autor à fl. 177, a qual se transcreve: “A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada”. (*Superior Tribunal de Justiça*)

“Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes às ocultas, horas mortas,

sem vigília de ninguém. Bem por isso, só quando se arregimentam elementos seguros de quem têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional.” (*Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*)

É de geral sabença que os arestos citados esposam entendimento francamente majoritário. Ambos, porém, não se aplicam à espécie dos autos. O primeiro, por revelar que à palavra da vítima há de ser dado especial relevo quando acompanhada de outros elementos de certeza dos autos. Estes, porém, não há. A prova testemunhal produzida pela acusação refere-se apenas a pessoas que não viram o fato descrito na denúncia e, portanto, nada acrescentaram às declarações da vítima. O segundo aresto, outrossim, não se aplica, na medida em que utiliza, para dar guarida à palavra da vítima como único subsídio a ensejar prolação de decreto condenatório, o argumento de que os crimes contra os costumes são praticados às ocultas, entre quatro paredes, horas mortas. Na espécie, porém, o fato sucedeu às 10h30min, na Ponte Internacional desta cidade, local que, como é cediço, é franqueado ao público, havendo, ademais, freqüente passagem de veículos.

Disse o autor, em suas bem-lançadas alegações finais – como de costume, diga-se –, que “na hora do fato havia a circulação de automóveis e poucas pessoas caminhando (por ser perto do meio-dia e em horário comercial)” (fl. 182). Na denúncia, contudo, outra foi a assertiva. Veja-se: “O crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, quais

sejam devido às reações da vítima e pelo intenso movimento de carros e pessoas no local do fato” (fl. 03). Nas próprias alegações finais, à fl. 184, confirma – ou infirma, não se sabe – seu entendimento: “[...] o delito só não se consumou devido à reação da vítima e ao intenso movimento no local do fato”.

É de se esclarecer que as consequências de uma condenação criminal estão a exigir seriedade na apuração da prova. Trata-se de privilegiar, na dúvida, o texto insculpido no art. 5º, inc. LVII, da CF, do qual se extrai, como consequência, o conhecido brocardo *in dubio pro reo*. Vale dizer, se por um lado se reconhece a jurisprudência colacionada pelo ilustrado representante do Ministério Público, de outra parte não se há de olvidar que sua aplicação no caso vertente é inadmissível, pelas peculiaridades mencionadas acima. O suporte autorizador da aplicação dos arrestos citados, em suma, não se fazem presentes nos autos.

Em acréscimo, de ressaltar-se que o acusado, em nenhum momento, escondeu que pretendia manter com a vítima relação sexual. Todavia, para além de ser aplicável a parêmia de que *cogitationis poenam nemo patitur*, é realmente discutível que conseguisse levar a cabo seu propósito mental, no horário e local mencionados na denúncia. Nesta esteira: “Não se pode aplicar pena de tentativa de estupro por mera cogitação (*cogitationis poenam nemo patitur*)”. (TJSP, AC, Rel. Marino Falcão, *RJTJSP* nº 98/426)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já retirou a credibilidade da palavra da vítima em caso que, com as adaptações

pertinentes, revela-se paradigmático. Com efeito: “Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima não merece credibilidade se [...] não se coadunar com os demais elementos do processo, especialmente quando provado que os fatos não se deram às escondidas e ficar demonstrada, outrossim, a ausência de possibilidade para a ocorrência do delito, devendo-se, em tal hipótese, absolver o réu”. (TJMG, Apelação, Rel. Gomes Lima, julgada em 1º-06-99, *JM* nº 149/338)

E mais, o já citado Nelson Hungria, em lição que se há de tomar com a ressalva do tempo em que foi proferida, assim leciona: “O estupro é daqueles crimes que se praticam, por necessidade mesma do seu êxito, a coberto de testemunhas (*qui clam committi solent*); mas, na ausência de indícios concludentes, não se deve dar fácil crédito às declarações da queixosa, notadamente se esta não apresenta vestígios da alegada violência”. (*op. et loc. cit.*, p. 126)

Sob outra perspectiva, ainda, é de se abordar o presente caso. A acusação formulada contra o réu tipifica sua conduta no art. 213, em combinação com o art. 14, II, do CP. Tratar-se-ia, pois, de tentativa de estupro. A tentativa exige, para configurar-se, a presença de dois elementos, quais sejam: início de execução do crime e não-consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Das declarações da vítima depreende-se que, durante o trajeto pela Ponte Internacional Mauá, o réu a acompanhou, dirigindo-lhe impropérios e dizendo que queria “praticar atos de libidinagem. Ele ficava me narrando isto”

(fl. 139). Acresceu que o acusado lhe abraçava, ocasião em que lhe “passava a mão”. Neste enfoque, não se me afigura tenha o réu dado início à execução de um crime de estupro. É que, como explica Zaffaroni: “A manifestação da vontade do agente através da palavra ou de outro meio simbólico também não é típica, porque a tipicidade proíbe um grau do *iter criminis* que não surja normalmente, representado exclusivamente pela palavra”. (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *in Da Tentativa*, 6ª ed., Ed. ET, p. 14)

Segue ainda o renomado autor: “Tampouco é punível a etapa que por si só transcende a do objetivo, numa forma que excede o âmbito da mera manifestação do desejo ou do propósito, para configurar a parte da conduta imediatamente precedente à da execução, vale dizer, a preparação. A regra geral é de que o *iter criminis* começa a ser punível quando começa a atividade executiva, por serem atípicos os atos preparatórios, embora, às vezes, o legislador transforme esses atos em tipos penais especiais, quebrando a regra”. (*op. et loc. cit.*)

A jurisprudência acompanha a asserção: “O reconhecimento da tentativa requer a prática de atos inequívocos. A atividade executiva é eminentemente típica” (TJSP, apelação cível, Rel. Gentil Leite, *RT* nº 543/348). “Se os réus não exerceram qualquer violência ou grave ameaça contra a vítima, limitando-se aos atos meramente preparatórios, não se configura o delito de estupro.” (TJSP, apelação cível, Rel. Maércio Sampaio, *RT* nº 401/105)

De outra banda, a situação fática descrita pela vítima não está a indicar influência de circunstâncias alheias à vontade do acusado, de molde a impedi-lo de prosseguir na realização do tipo. Em sede policial, aliás, a vítima relatou que após a abordagem na Ponte, ambos – réu e vítima –, ultrapassaram a Aduana Brasileira, e o acusado, após dizer-lhe: “Vou te dar um conselho, não caminha mais sozinha nem na ponte nem em lugar algum”, “eu me apaixonei por ti e não vou te perdoar”, *incontinenti*, desceu as escadas, ocasião em que ela correu (fl. 38).

Ora, caso se estivesse a tratar de hipótese em que a execução do delito se iniciou – e isto já foi excluído acima –, e considerando que, segundo o representante do Ministério Público, trata-se o réu de pessoa com “uma mente doentia e um indivíduo com alta periculosidade” (fl. 179), não se poderia esquecer a famosa fórmula de Frank, de que: “Há desistência voluntária quando o autor diz para si ‘não quero, ainda que possa’, e não existe quando diz, também para si, ‘não posso, ainda que queira’ ”. (*apud* Zaffaroni, *in op. cit.*, p. 97)

Ou seja, seria o caso de se reconhecer a desistência voluntária, como faz crer a profícua peça de alegações finais elaborada pelo patrono do réu, mormente porque, dada a superioridade física e o longo interregno que permaneceu junto à vítima na Ponte – cuja extensão, segundo o membro do *Parquet*, é de cerca de 02 km (fl. 182) –, quisesse o réu consumir o estupro, certamente tê-lo-ia feito. Veja-se: “Quando a não-consumação do delito ocorrer

por ato voluntário de quem iniciou o processo executivo, inexistente crime tentado. Só responderá o agente pelos atos já praticados”. (TJSP, AC, Rel. Celso Limongi, RT nº 682/312)

De modo que, na espécie em exame, não se revelam presentes os elementos necessários ao aperfeiçoamento da tentativa de estupro narrada. Poder-se-ia, no máximo, falar que a conduta do acusado amolda-se ao tipo penal concernente à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, visto que: “O convite, a proposta, à prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso não constitui começo de execução de crime contra a liberdade sexual. Pode, em tese, configurar a contravenção de importunação ofensiva ao pudor”. (TJSP, Apelação Cível, Rel. Cunha Bueno, RT nº 622/282)

Entretanto, aqui um critério de justiça há de prevalecer, olvidando-se tal exame. O réu está preso há mais de 09 meses e referida infração penal prevê como sanção, tão-somente, a multa. Tanto a aplicação desta como a conversão do feito e remessa ao Juizado Especial, para eventual transação penal ou suspensão do processo são medidas que, a considerar o prazo em que está detido, ensejar-lhe-iam prejuízos maiores do que os já suportados à guisa da medida cautelar. O que se impõe, destarte, é a absolvição, inclusive porque, do contrário, tornar-se-ia írrita a menção ao art. 239, § 2º, do CPC, alhures alvitada.

Em arremate, é de se concluir que os argumentos esposados nas alegações finais do autor, pelas razões acima expostas, não merecem acolhida. Como se demonstrou, para além de o feito evi-

denciar ocorrência de nulidade, não se logrou comprovar tenha o réu dado início à execução de um crime de estupro e, caso o tivesse feito, forçosamente dever-se-ia concluir pela desistência voluntária de sua parte. Ademais, a prova produzida restringe-se às declarações da vítima, as quais, se bem que relevantes, em regra, nos casos análogos, tendo em conta as peculiaridades da espécie vertente, são merecedoras de reserva.

Cumpra notar centrar-se a argumentação no fato imputado ao agente. Assim, sequer se há de relevar as insistentes manifestações do autor, em suas alegações finais, no sentido de que o réu “tem uma mente doentia” e “alta periculosidade” (fl. 179). Ou de que o réu é “um elemento perigoso e de mente extremamente fértil” (fl. 180). E ainda aduzindo que o acusado “já foi condenado pelo delito de homicídio e demonstra ser extremamente violento” (fl. 181). No caso em análise, o comportamento do réu, no interrogatório das fls. 104/106, foi de tal modo estranhável que deu causa à instauração de incidente de sanidade mental. Este, no entanto, como faz crer a conclusão da fl. 35 do apenso, resultou na constatação de que se trata o acusado de indivíduo plenamente capaz de entender sua conduta.

Os documentos das fls. 72 e 111/2 sinalizam o mau comportamento do acusado durante o interregno de sua prisão preventiva; esses, todavia, aliados aos documentos das fls. 154/5 – antecedentes do réu –, bem como à afirmação do próprio acusado de que cumpriu pena por homicídio, são elementos reveladores do que, ou de quem

é o agente do fato. Não se pode, contudo, em tal perspectiva, retornar-se às teses de culpabilidade do autor, por seu caráter, personalidade ou modo de conduzir-se. Esta análise admitir-se-ia, quando muito, no nível de aplicação da pena – art. 59 do CP –, mas não para emplacar condenação à mímica de outros elementos, sob pena de consagrar-se inominável ignomínia consistente em condenar alguém pelo que é e não pelo que fez. Ou seja: “Fácil é de ver que a culpabilidade pela condução de vida não explica a culpa jurídico-penal, mas apenas se amolda a certos tipos criminológicos de autor”. (Francisco de Assis Toledo, *in Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 5ª ed., p. 240)

E assim é pela circunstância de que o ordenamento jurídico-penal trabalha sobre fenômenos históricos e culturais, sendo que: “Um Direito Penal que pre-

tenda modelar o homem correrá o risco de cair na indigência, com todo o seu excesso de penas. [...] Não pode, pois, ter pretensões de modelar, sob cominação de pena, o ser existencial do homem. Essa missão não lhe compete”. (Francisco de Assis Toledo, *op. cit.*, p. 247)

Isto posto, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação penal que o Ministério Público promove em face de M. C. O. P., e o faço para absolver o réu com lastro no art. 386, incs. III e VI, do CPP. Expeça-se alvará de soltura, se por *al* não estiver preso. Transitada em julgado essa decisão, preencha-se o Boletim de Informações Estatísticas. Custas *ex lege*.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Jaguarão, 25 de março de 2002.

Orlando Faccini Neto, Juiz de Direito Substituto.

Processo nº 45302 – Apropriação Indébita

2ª Vara Criminal de Uruguaiana

Autora: Justiça Pública

Réu: R. L. R.

Juiz prolator: Luís Alberto Rotta

Data: 12-06-02

Preliminar de intempestividade das alegações finais do Ministério Público. Ausência de prova do animus rem sibi habendi. Caracterização do tipo penal do art. 345 do CP.

Vistos, etc.

R. L. R., brasileiro, casado, advogado, escrito na OAB-RS, residente nesta cidade, foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inc. III, do CP, pela prática do seguinte fato delituoso:

No mês de julho de 1998, nesta cidade, o acusado apropriou-se indevidamente da quantia de R\$ 7.531,14, de que tinha posse em razão da profissão de advogado, proveniente de ação de cobrança por ele representada, retirando tal numerário através de alvará, em benefício próprio, em prejuízo da vítima M. T. S.

M. teria contratado os serviços profissionais do bacharel R. L. R., a fim de que este propusesse ação contra a União e a Caixa Econômica Federal, buscando as diferenças de índices de correção de caderneta de poupança relativos a determinado plano econômico de governo. A ação foi julgada procedente. No dia 23-07-98, a vítima recebera uma

notificação da Justiça Federal dando conta de que teria um crédito a receber proveniente da ação.

Na ocasião, o denunciado informou à vítima que o montante em dinheiro estaria depositado na Caixa Federal na cidade de Porto Alegre, e que levaria 20 a 30 dias para ser transferido à Uruguaiana, passados mais de 02 meses, M. entrou novamente em contato com o seu procurador, quando foi surpreendida com a notícia de que este teria retirado o numerário, informando-lhe que havia-se apoderado dos valores. Indignada e sentindo-se lesionada com tal situação, M. procurou obter maiores informações a respeito do fato, quando descobriu que o dinheiro havia sido retirado no dia 10-07-98, ou seja, 13 dias antes de ele próprio ter recebido a notificação da disponibilidade dos valores.

Com isso, fica configurada a consumação do crime de apropriação indébita, eis que o denunciado tomou para si dinheiro alheio, convertendo-o por vontade própria em pagamento por serviço prestado, sem o conhecimento do verdadeiro credor da ação, agindo como dono e negando-se a devolver certa quantia, aduzindo que tratava-se de honorários advocatícios.

Contudo, quanto ao pagamento de honorários, o Estatuto de Advocacia diz que o contrato entre cliente e advogado deverá ser escrito, para que, na condição de mandatário, o advogado possa receber em dinheiro, em nome do cliente, deduzindo-os a título de honorários. Por outro lado, o advogado que retém valor recebido via alvará para compensar eventuais honorários comete infração disciplinar.

A denúncia foi recebida em 04-02-00 (fl. 02). A defesa, em arazoados das fls. 317/320 requereu a suspensão do curso do processo invocando, para tanto, o art. 93 do CPP. Em decisão da fl. 334 indeferiu o juízo o pedido defensivo. O réu foi citado, qualificado e interrogado (fl. 337 e fls. 343/345). Seguiu-se a apresentação de defesa prévia por defensor constituído (fls. 346/355).

Durante a instrução processual, foi colhida a prova oral (fls. 372/373, 383/389 e fls. 414/415). No prazo do art. 499 do Estatuto Processual Penal o *Parquet* requereu a juntada de cópia da tabela de honorários advocatícios vigente no mês de julho de 1998. A defesa nada requereu.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela procedência integral da ação nos termos da inicial acusatória (fls. 430/443). A defesa, ao seu turno, em preliminar, postulou o não-conhecimento das alegações finais apresentadas pelo Ministério Público. No mérito, invocando a debilidade da prova, pleiteou a absolvição do réu. É, em síntese, o relato. Passo a fundamentar e decidir.

Da Questão Preliminar. Acolho a preliminar invocada. Consoante bem

clareado pela certidão da fl. 429 do processo, o Ministério Público foi intimado em 22-03-02 para o oferecimento de alegações finais. Contudo, sem que apresentadas razões para tanto, as combativas alegações ministeriais só foram protocoladas em 02-04-02; portanto, ao arpejo do preceito desenhado no art. 500 do CPP. Sendo assim, por tratar-se de prazo peremptório, ausente privilégio a qualquer das partes, determino o desentranhamento da peça apresentada às fls. 430 a 443 dos autos, arazoado que deixo de conhecer.

Nesse sentido: “Alegações finais do Ministério Público extemporâneas. Desentranhamento. Pronúncia. Intenção de matar. Dúvida. Apresentadas as alegações finais, pelo Ministério Público, fora do prazo legal, é de direito que sejam retiradas dos autos. Infanticídio. A indagação se a ré quis ou não matar, ou seja, se agiu ou não com dolo, deverá ser apreciada e respondida pelos jurados.” (Recurso Crime nº 692037971, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Santiago, Rel. Des. Antonio Carlos Netto Manguabeira, julgado em 04-03-93).

Do Mérito. Imputa-se ao réu a prática do crime de apropriação indébita, isso porque, no mês de julho de 1998, o acusado R. L. R. ter-se-ia apropriado da quantia de R\$ 7.531,14, da qual tinha a posse em razão da condição de advogado, valor proveniente de ação de cobrança por ele representada, retirando tal numerário, através de alvará, em benefício próprio e em prejuízo da vítima M. T. S.

Segundo se logrou apurar, a vítima M., no ano de 1989, contratou os serviços profissionais de R. L. para que este

ingressasse, como de fato o fez (*vide* fls. 11 a 14), com ação de cobrança contra a União e a Caixa Econômica Federal, tudo com o fim de buscar diferenças de índices de correção de caderneta de poupança.

Dita ação, consoante fez prova a decisão judicial das fls. 58 a 70 e arrestos das fls. 94 a 98 e fls. 140 a 142, teve parcial acolhimento, tudo para o fim de condenar a Caixa Econômica Federal ao pagamento, em favor de M. T., de diferença de índice de caderneta de poupança referente ao mês de janeiro de 1989.

À vista da procedência parcial da demanda, ajuizou o acusado ação de execução contra a Caixa Econômica Federal, apresentando, para tanto, cálculo discriminado (*vide* fls. 151/152). Em seguimento, determinou o juízo (*vide decisum* da fl. 228) a expedição de alvará para levantamento de parcela incontroversa, objeto da execução, documento esse entregue ao advogado R. L. no dia 03-07-98 (*vide* fl. 176 do processo).

Da expedição do alvará e conseqüente autorização de entrega do valor ao advogado R. tomou ciência à vítima M. T. no dia 23-07-98, consoante certidão lançada à fl. 180 do processo. O acusado R. L., de posse de alvará judicial, compareceu num posto da Caixa Econômica Federal para efetuar o levantamento da parcela incontroversa, o que de fato veio a fazer no dia 10-07-98, sacando naquele, então, a quantia de R\$ 7.531,14 e acréscimos legais, tudo conforme documento da fl. 184.

Ocorre que, segundo a vítima, e nisso reside o nó da questão, o acusado R. L.,

procurado por ela no dia 23-07-98, teria informado, modo falacioso, que o dinheiro a ser recebido estava depositado na Caixa Econômica Federal na cidade de Porto Alegre e que levaria de 20 a 30 dias para ser transferido a Uruguaiana.

Conforme a denúncia, passado o referido prazo, M. voltou a procurar o denunciado, oportunidade em que, estupefato, teria sido avisado pelo próprio L. de que o numerário já havia sido sacado e de que ele, R., já havia, inclusive, se apoderado dos valores, gastando-os. Sendo assim, no entender da vítima e do Ministério Público, o réu, R. L., por ter levantado o numerário na data de 10-07-98, ou seja, 13 dias antes de ter sido procurado por M., quando então informou à vítima que nada havia sacado e que o dinheiro só estaria disponível dentro de 30 dias, terminou por praticar a conduta típica desenhada no art. 168, § 1º, inc. III, do CP, uma vez que, sem prévio conhecimento ou consentimento da vítima, tomou para si dinheiro alheio, convertendo-o, por vontade própria, em pagamento de serviço prestado, negando-se, por isso, a devolver a quantia sacada.

O réu, ouvido em juízo, admitiu, sem receio, o fato de ter levantado, no mês de julho de 1998, o valor de R\$ 7.531,14 e acréscimos legais, tudo referente à parcela incontroversa de execução movida contra a Caixa Econômica Federal.

R. R., contudo, ao contrário do sugerido por T., afirmou que seu cliente e ora vítima não só tinha conhecimento do saque levado a cabo como, também, havia consentido com o levantamento do valor.

Isso porque, conforme afirmado por L., em juízo (*vide* fl. 344), a vítima M. T., ciente do resgate havido, voltou a solicitar os serviços do réu, tanto que pediu a R. que ajuizasse uma ação de imissão na posse junto à Justiça Comum.

Segundo R., em face desse novo pedido, combinou com a vítima, modo verbal, que ficaria com o dinheiro sacado, sendo que, ao final das ações, tanto a de cobrança como a de imissão na posse, acertaria com T., agora de forma definitiva, os valores devidos a título de honorários advocatícios.

A relação entre réu e vítima, até então estável e lastrada na confiança, começou a deteriorar-se a partir do momento em que T., ao final da ação de imissão, achou por bem limitar o pagamento dos honorários de R. L. aos valores sucumbenciais fixados pelo Juiz nas duas ações, atitude que, segundo L., além de inapropriada, teria contado ainda com o estímulo e o aval do Promotor A. S., pessoa com quem, ele réu, não mantinha boa relação (*vide* fl. 344).

Em matéria de apropriação indébita, boa parte da jurisprudência pátria tem firmado o entendimento de que a recusa do causídico em fazer a entrega de dinheiro que sabe pertencer a cliente ou, ainda, a atitude de não repassar, sem justa causa, em prazo razoável, numerário já resgatado e pertencente ao titular da ação, constituem condutas criminosas e, portanto, merecedoras de sanção. Nesse particular, trago à baila alguns arestos que bem elucidam a questão.

Senão vejamos: “Apropriação indébita. Advogado. Aposseamento de quan-

tia levantada em nome do cliente. Fato que faz com que o causídico responda pelo delito previsto no art. 168, § 1º, III, do CP. Irrelevância da posterior restituição do dinheiro. Ementa da redação: Com base no art. 168, § 1º, III, do CP, responde por apropriação indébita, o advogado que *levanta quantia* pertencente a seu cliente e, *injustificadamente*, não lhe encaminha, imediatamente, o numerário, ainda que, posteriormente, venha a restituir o dinheiro.” (RT nº 760/574 – grifei)

E mais: “Apropriação indébita. Caracterização. Advogado. Recusa pelo causídico de entregar à sua cliente o valor recebido a título de prestação alimentícia. Hipótese em que a devolução do valor, após vencido em ação de prestação de contas, não descaracteriza o crime. Aplicação do art. 168, § 1º, III, do CP.

“Ementa oficial: ‘Pratica crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do CP, com o aumento de pena previsto no inc. III de seu § 1º, o advogado que, depois de receber o valor da prestação alimentícia devida à sua constituinte, *se recusa a entregá-la*, obrigando-a a uma ação de prestação de contas, para só depois de vencido nesta, efetuar o pagamento’.” (RT nº 746/522 – grifei)

E ainda: “Apropriação indébita. Advogado. Reparação do dano. Circunstância atenuante. Regime penitenciário. *Sursis*. Afigura-se correta a condenação por apropriação indébita praticada por advogado que recebe em juízo quantia pertencente a seu cliente e *deixa de repassá-la ao mesmo imediata e integralmente*, ainda que promova posterior reparação do dano, providência que repercute apenas

na dosimetria da pena, devendo ser-lhe concedido, se for réu primário, tratamento mais brando representado pelo regime prisional aberto e pela suspensão condicional da pena.” (AC nº 0222065-9, 1996, 2ª Câmara Criminal do TAMG, João Monlevade, Relª Myriam Saboya, julgada em 05-11-96, publicada na *RJTAMG* nº 65/366, unânime – grifei)

Como se vê, é condição *sine qua non* à integralização do tipo penal desenhado no art. 168, § 1º, inc. III, do CP, que o advogado, ou *recuse* a entrega de valor pertencente a cliente seu ou não repasse, em prazo razoável, *modo injustificado*, numerário pertencente ao autor da ação.

Nelson Hungria, em *Comentários ao Código Penal*, sustenta que para que a apropriação esteja presente “é indispensável que a *negativa ou omissão* seja precedida ou acompanhada de circunstâncias que *inequivocadamente* revelem o arbitrário *animus rem sibi habendi*, ou que não haja, de todo, qualquer fundamento legal ou motivo razoável para a *recusa ou omissão*” (grifei). Sendo assim, afirma ainda o prestigiado jurista, que “a ausência do *animus rem sibi habendi* exclui, *subjettivamente*, a apropriação indébita”.

Nesse contexto, para verificação da tipicidade da conduta imputada a L. é imperioso que se examine, modo profundo, a *intenção do agente ao recusar ou omitir a entrega de dinheiro pertencente a terceiro*, tudo para visualização, ou não, do *elemento subjetivo do tipo*. Isso porque, conforme preceitua Nelson Hungria: “É de mister que fique averiguado, *de modo convincente*, o propósito de não restituir ou a consciência de

não mais poder restituir. A abusiva retenção ou disposição da coisa *pode não ser acompanhada dessa subjetividade*”. (grifei)

Assim, sem maiores delongas, vamos aos fatos! Chamou atenção, *desde o início*, o comportamento adotado por T. ao tomar conhecimento de que R., sem prévio conhecimento ou consentimento seu, conforme sugerido pela própria vítima, havia apoderado-se do valor de R\$ 7.531,14.

A denúncia, a bem da verdade, lastrou a acusação basicamente à circunstância do acusado L. ter mentido à vítima ao afirmar, modo matreiro, que ainda não estava na posse do numerário disponibilizado por alvará judicial, quando, na verdade, em 10-07-98, já havia apoderado-se de vultosa quantia em dinheiro. Tal situação, conforme clareado no termo das fls. 07/08, levou a vítima T. a adotar providências, tanto que, desgostosa com o agir do réu, resolveu *denunciar* o fato ao Ministério Público.

M., em depoimento prestado ao Ministério Público (*vide* fls. 07/08), deixou transparecer, modo cristalino, *seu absoluto inconformismo* com a circunstância do denunciado, pessoa a quem depositava irrestrita confiança, ter apoderado-se, sem prévio consentimento ou conhecimento seu, do valor de R\$ 7.531,14.

Afinal, segundo afirmado por T., o acusado L. R. faltou descaradamente com a verdade ao informar que o tal dinheiro só estaria a disposição dentro de vinte ou trinta dias quando, na verdade, já havia sido sacado pelo próprio advogado. O *inegável descontentamento de T.*

com a reprovável conduta de L. veio bem desenhado em trecho da narrativa exibida às fls. 07/08 dos autos.

Senão vejamos: “Passados cerca de dois meses, em virtude de outra ação que havia confiado ao Dr. L., no escritório deste, perguntou se o dinheiro já estava à disposição do declarante, ao que respondeu ‘Não vou mentir para o meu amigo. Quero dizer que peguei o dinheiro e *pauleei*’. Diante do *absurdo*, o declarante *ficou sem ação, estupefato* porque tinha no Dr. L. uma pessoa de sua inteira confiança.” (grifei)

À vista disso, resolveu a vítima investigar o que de fato havia acontecido, quando então veio a saber que R. L., já em 10-07-98, ou seja, “13 dias antes do declarante receber a notificação e ser informado por L. que o dinheiro ainda estava em Porto Alegre” (sic – *vide* fl. 08), já havia se apoderado de numerário que lhe pertencia.

Contudo, modo estranho e pouco razoável, a própria vítima, pessoa que se dizia *estupefata, chocada e traída, mesmo assim*, em que pese “revoltada” com a atitude de L., *resolveu mantê-lo à frente de ação de imissão na posse já ajuizada perante a Justiça Estadual*, tudo conforme documentos das fls. 247 a 253 do processo.

Assim foi o relato de T. na fase pré-processual. Nesse ponto, destaco excerto de depoimento prestado pela vítima no Ministério Público estadual. Senão vejamos: “[...] *soube que o advogado havia retirado o numerário numa agência da Caixa Econômica Federal em Porto Alegre, no dia 10-07-98, ou seja, 13 dias antes do declarante receber a notificação e de ser informado por L. que o*

dinheiro ainda estava em Porto Alegre. Como a outra ação entregue ao patrocínio do Dr. L. (uma ação de imissão de posse de um imóvel) ainda estava em curso, aguardou seu desate final”. (*vide* fl. 08 – grifei)

Ora, repita-se, o conformismo demonstrado por T., *pessoa com discernimento acima da média*, porquanto médico que é, mostrou-se *absolutamente incompatível* com o estado de estupefação e revolta noticiados, situação, no mínimo, a revestir de certa dúvida a versão desenhada pelo Ministério Público na denúncia.

Fosse leviano e inaceitável o comportamento de L., conforme sugerido pela própria vítima, esperava-se de T., no mínimo, *pessoa esclarecida que é*, que não só promovesse a rescisão do acordo entabulado com R. L. como, mais do que isso, que levasse a conhecimento das autoridades, *de imediato*, inclusive da Ordem dos Advogados do Brasil, a prática de tão censurável conduta.

Não foi o que fez! Tanto é que T. só resolveu denunciar a dita “apropriação” em abril de 1999, consoante fez certo o termo das fls. 07/08 do processo. E mais: somente em 10-05-99, consoante atestou o documento da fl. 278, entendeu por bem delegar a outro profissional, *agora de sua confiança(!)*, o manejo da ação de imissão de posse já em curso.

Surpreendeu ainda a atitude de T., em pleno *descompasso com o estado de indignação invocado*, a circunstância de, em maio de 2001, por conta própria, ter solicitado junto à OAB local o arquivamento de representação movida em face de R. L. R. (*vide* fl. 402). Sendo assim,

o comportamento notadamente incoerente de M., pessoa esclarecida que é, *no mínimo* terminou por revestir de *inegável dubiedade* a versão por ele verberada e, ao depois, sufragada pela denúncia.

Repita-se: fosse a apropriação atribuída a R., fato grave e censurável, porquanto realizada, *como sugerido*, à revelia da vítima, cabia a T., por lógico, *em face da quebra dos laços de confiança* (?!), procurar outro profissional para dar prosseguimento à ação de imissão na posse. Não foi o que ocorreu!

Tudo isso, além de por em *dúvida* a credibilidade dos relatos da vítima, terminou por indicar, ainda, situação quiçá diversa daquela desenhada na denúncia. Isso porque a vítima, nas duas oportunidades em que ouvida, deixou transparecer, *mesmo que timidamente*, o fato de estar *em dívida para com o réu*, tudo tendo em vista os serviços prestados e o não-pagamento dos honorários advocatícios.

Na verdade, o pagamento de tais honorários só não se ultimou *em razão da discordância da vítima em relação aos percentuais e valores cobrados por L.*, porquanto entendia T. que a verba honorária estava cingida ao valor fixado pelo Juiz, a título de sucumbência, por ocasião do julgamento das ações.

Senão vejamos. T., quando do depoimento prestado em juízo (*vide* fls. 383/384), informou que, em relação as duas ações movidas por R., acertou *verbalmente* que pagaria, a título de honorários advocatícios, “aquilo que o Juiz determinasse na sentença” (*sic*), nada mais.

Insinuou, portanto, num primeiro momento, que os honorários devidos a

R. estariam limitados aos valores arbitrados por força da *sucumbência*. Tal informação, contudo, foi desmentida por R. L. em juízo (*vide* fls. 343/344 do processo). Inquirido, informou que, a título de honorários, em relação as duas ações, haveria de receber, além dos honorários sucumbenciais, outro percentual a título de honorários remuneratórios. Tal acerto, segundo R., *havia sido verbalmente realizado com a vítima*.

Ainda que T., *em um primeiro instante*, tivesse restringido o pagamento de honorários aos fixados na sentença, mesmo assim, no transcorrer de seus depoimentos, *indicou, modo claro, que encontrava-se obrigado ao pagamento de honorários outros, verba bem diversa daquela já fixada na sentença*.

Nesse aspecto, merece *mor lustre* excerto de narrativa prestada pela vítima em juízo. Aliás vejamos: “Que contratou *verbalmente* o ajuizamento desta nova ação de imissão da posse com o acusado. [...] Que inclusive o réu referiu que a causa estava ganha e que, por isso, só iria cobrar ‘aquilo que o Juiz estabelecesse na sentença’. *Que prontamente referiu ao réu que além do valor fixado pelo Juiz pagaria a título de remuneração os valores consignados na tabela da OAB*”. (grifei)

O *desacerto entre réu e vítima* acerca do valor devido a título de honorários restou, outrossim, bem desenhado em trecho de depoimento prestado por T. às fls. 07/08 do processo.

Assim relatou: “No dia 17-02-99, quarta-feira de cinzas, por volta das 10h, *terminada a ação de imissão de posse, procurou o Dr. L. para a devida prestação e*

acerto de contas. Foi-lhe foi dito pelo advogado ‘vamos deixar assim e que uma coisa fica pela outra’, com o que não concordou, visto que as ações nada têm a ver entre si. Disse o declarante que primeiro lhe fosse pago o que era devido (R\$ 7.531,14) e que depois acertariam a outra conta”. (grifei)

Ora, tal depoimento está a *sugerir, ainda que de modo velado*, não só o prévio conhecimento da vítima acerca da retenção dos R\$ 7.531,14, como sobretudo, *bem ou mal*, o consentimento de T. para que, *ao final da ação de imissão na posse, fosse realizada a necessária prestação de contas*, prestação que envolvia, inclusive, o dinheiro já levantado por R.

Tudo isso, no mínimo, terminou por revelar, ainda que de modo tímido, a *predisposição* de M. em efetivar o acerto da verba honorária *só ao final da ação de imissão na posse* e, mais do que isso, por conseqüência, certa *concordância de T., mesmo que precária*, em relação à retenção do numerário por L., situação que, a toda evidência, acabou por revestir de insanável *dúvida* o caráter apropriatório da conduta atribuída ao réu na denúncia.

O fato de o réu ter efetivamente ajuizado duas ações em favor da vítima, situação cristalizada nos autos, aliado à circunstância de L., como já era esperado (*inclusive por T.*), ter direito à contraprestação pelos serviços realizados terminaram por dar aos fatos colorido diverso daquele lançado na peça acusatória. E, aqui, outra circunstância merece realce, qual seja a de que, nem réu, nem vítima haviam acertado, *por escrito, modo claro e determinado*, os

valores devidos a R. a título de prestação de serviço.

L., ouvido em juízo, aduziu que o valor era um. A vítima, por sua vez, informou que o valor era outro. Atestando tais “acertos” nada mais veio aos autos a não ser os discursos unilaterais e opostos de cada um dos contendores. Assim, de início, observa-se que, ao contrário do sugerido pela combativa defesa, não tinha o acusado L. *direito líquido e certo* à pretensão honorária, estabelecida unilateralmente por ele próprio e, nessa condição, exigida da vítima. Isso porque, obviamente, não havia nenhum título, quer judicial ou extrajudicial, revestindo de correição e justiça os valores cobrados por R.

Nesse contexto, ainda que facultado a R., por força do art. 22 e parágrafos da Lei nº 8.906/94, o recebimento de honorários advocatícios em razão de serviços prestados, *é inarredável que, ausente prévia e ajustada estipulação, caso dos autos, não se encontrava tal direito revestido de certeza e liquidez*. O que tinha o advogado, a bem da verdade, nada mais era do que *mera expectativa de direito*.

Não fosse assim, estar-se-ia legitimando, o que não se pode admitir, *porquanto ilegal e draconiano*, a retenção, por advogado munido de poderes, de todo e qualquer numerário devido à parte, *tudo sob o frágil argumento de que retidos para pagamentos de honorários advocatícios!*

Tal ilação, por certo, além de absurda, porquanto geradora de instabilidade e insegurança negocial, *submeteria a parte contratante*, mais precisamente o cliente, *modo inaceitável, à vontade e*

aos caprichos do advogado, pessoa que, a vingar tal entendimento, *em subversão ao equilíbrio contratual*, estaria legitimada a aquilatar, a seu talante, modo unilateral, o valor entendido como “justo” a título de honorários advocatícios.

Ora, não se pode olvidar, modo algum, que o numerário levantado por R. pertencia *exclusivamente à vítima*. Tinha sido ela, obviamente, a única agraciada pelo ganho de causa movida contra a Caixa Econômica Federal. Outrossim, não se pode perder de vista a *circunstância do próprio acusado*, ouvido em juízo, ter admitido, *modo claro e liso*, sob o argumento de que tinha autorização para tanto, fato negado pela vítima, à *retenção* do valor de R\$ 7.531,14, tudo por reputar devidos a título de honorários advocatícios.

Tanto é que R., *mesmo ciente da discordância da vítima e sobretudo da ausência de contrato escrito* que estipulasse, modo preciso, os valores devidos a título de verba honorária, mesmo assim resolveu reter o dinheiro levantado junto a Caixa Econômica Federal para só após, mediante ação de prestação de contas, solver a questão em juízo.

Nesse ponto, ainda que admitida a versão de R., embora *duvidosa*, porquanto contraditada pela versão da vítima, não se pode olvidar que a retenção do valor de R\$ 7.531,14 era *notadamente a título precário*, tanto que, consoante afirmado pelo próprio acusado em juízo, ao final da ação de imissão na posse, haveria de ser feito um “*acerto definitivo* acerca dos valores de honorários advocatícios” (*sic* – fl. 344 – grifei).

Pois bem, se pendia de *acerto definitivo* (*sic*) a questão envolvendo paga-

mento de honorários, *não tinha por certo R. L.*, ao contrário do sugerido pelo combativo defensor, *direito líquido e certo aos R\$ 7.531,14 retidos*, mas, ao contrário, apenas a uma *expectativa de direito* em saldar seu crédito valendo-se do valor levantado.

Incerto era tal direito, porque não estipulado documentalmente e, outrossim, porque *ainda não-reconhecido judicialmente*, condição *sine qua non* a eventual cobrança (vide art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94). *Líquido* por igual não era, porquanto ainda não fixado de forma quantificada e precisa.

Conforme leciona Nelson Hungria “Ninguém pode, *arbitrariamente*, fazer justiça por si mesmo. Se tenho ou supponho ter um direito contra alguém, e este não o reconhece ou se nega a cumprir a obrigação correlata, *não posso arvorar-me em Juiz, decidindo unilateralmente a questão a meu favor e tomando, por minhas próprias razões, aquilo que pretendo ser-me devido*, ao invés de recorrer à autoridade judicial, a quem a lei atribui a função de resolver os dissídios privados”. (grifei)

Sendo assim, o acusado, mesmo ciente do caráter precário da retenção havida e, mais do que isso, da posterior discordância da vítima em relação aos honorários cobrados, mesmo assim, resolveu fazer justiça com as próprias mãos, invocando, para tanto, pretensão que entendia legítima para, a seu talante, reter valor cuja devolução era exigida, tudo sob o equivocado argumento de que tinha sobre o numerário, direito líquido e certo!?

Repita-se que o numerário levantado por R. pertencia a M. T., e não,

obviamente, a ele advogado. Sendo assim, na ausência de estipulação escrita ou de prévio pronunciamento judicial, caso dos autos, tanto que ajuizada ação de prestação de contas, só ao depois, quando já patente o desacerto entre réu e vítima, e incerto o valor devido a título de honorários, não estava R. L. legitimado a reter o valor de R\$ 7.531,14, para, ao seu talante, compensar verba que entendia “justa”.

Cabia ao advogado, ao contrário, já que exigido pela vítima e porque pendente de “acerto definitivo” a questão remuneratória, o que, por evidente, revestia de precariedade a retenção do numerário levantado por L., fazer a entrega dos R\$ 7.531,14 a T. e só após, em face do desacerto e da ausência de acordo escrito ou prévio título judicial, buscar a cobrança e a execução dos valores que entendia oportunos.

Saliente-se que a vítima, embora fazendo certo o direito do acusado aos honorários sucumbenciais, nada mais natural, até por se tratar de verba devida ao próprio advogado e suportada pela parte vencida, jamais admitiu ou se conformou com os honorários unilateralmente fixados e exigidos por R., situação a reforçar, dada a ausência de título escrito, judicial ou extrajudicial, a temeridade do comportamento do réu ao reter, ciente da insurgência da vítima, ausente direito líquido e certo, a vultosa quantia de R\$ 7.531,14.

O certo é que, sob o argumento de que verba honorária era devida, arvorou-se o réu à condição de arbitrador, desconhecendo, contudo, a limitação do direito que dizia ter. Tivessem réu e

vítima, como era de se exigir, porquanto esclarecidos que são, pactuado prévia e documentalmente os valores devidos a título de honorários, nada disso teria acontecido.

Contudo, lastrados em frágeis laços de confiança, tanto que ao depois quebrados, pagaram as partes o amargo preço por tamanho descuido. Perfeitamente caracterizado, portanto, o delito desenhado no art. 345 do CP. Isso porque L., à míngua de provas outras, ao reter o dinheiro da vítima nada mais buscava, fato admitido, do que realizar justiça com as próprias mãos, tudo com o intuito de satisfazer direito que reputava legítimo.

De todo o dito e redito duas conclusões são inevitáveis. Primeiramente, a de que, embora presentes indícios, não brotaram dos autos provas insuspeitas que atestassem, modo certo e indubioso, o propósito do réu de apropriar-se, com *animus rem sibi habendi*, do dinheiro levantado através do alvará da fl. 184, fato ocorrido em 10-07-98. Nesse particular, trago à colação ementa jurisprudencial que, *mutatis mutandis*, bem equaciona a questão.

Aliás vejamos: “Apelação-crime. Apropriação indébita. Preliminar de cerceamento de defesa por não terem sido cumpridas as diligências postuladas no prazo do art. 499 do CPP. Rejeição, uma vez que tais diligências nenhuma importância têm para o deslinde da questão, pois o fato de o réu ter gestionado e obtido o benefício para a vítima é incontroverso, e tais diligências poderiam perfeitamente ter sido realizadas antes do aludido, questão anterior à fase de instrução.

“Mérito. Necessária prova inconteste do *animus rem sibi habendi*. Prestação de serviços junto ao INSS para recebimento de pensão por morte. Réu que age com procuração por instrumento público outorgada pela vítima com poderes para receber tais benefícios. *Réu que retém metade do valor do benefício, alegando ter pactuado com a vítima tal valor a título de honorários. Inexistência de contrato de honorários escrito entre as partes. Dúvida que favorece a defesa. Absolvição com fulcro no art. 386, VI do CPP.* Matéria a ser discutida no juízo cível. Apelo provido.” (AC nº 699406914, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do RS, Rel. Dr. Carlos Roberto Lofego Caníbal – grifei)

A segunda, a de que R. L., conforme exhaustivamente analisado, ao reter número pertencente à vítima, tudo com o propósito de satisfazer pretensão que entendia justa, terminou por incorrer na sanção desenhada no art. 345 do CP, delito que se processa mediante *queixa*.

Diante do exposto, julgo improcedente a denúncia para o efeito de *absolver* R. L. R., já qualificado, do crime estampado no art. 168, § 1º, inc. III, do CP, forte no art. 386, inc. VI, do CPP. Custas pelo Estado. Diante de ausência de previsão legal, deixo de condenar o

Estado ao pagamento de honorários advocatícios.

Nesse sentido: “Direito Processual Penal. Medidas assecuratórias. Honorários advocatícios. 1. O Capítulo VI do Título VI do Livro I do CPP disciplina integralmente o processamento das medidas assecuratórias no Direito Processual Penal, não havendo previsão acerca de condenação em honorários advocatícios. 2. A integração analógica da Lei Processual Penal (art. 3º do CPP) somente pode ser admitida quando houver lacuna a ser suprida. Como esse não é o caso dos autos, torna-se dispensável a aplicação analógica do Código de Processo Civil. 3. Assim, tendo em conta a ausência de previsão legal na norma que rege integralmente a matéria, não cabe condenação em honorários advocatícios no Processo Penal”. (AC nº 97.04.72705-4/SC (00072565), 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Jardim de Camargo, julgada em 15-04-99, publicada no *DJ*, em 07-07-99, p. 229)

Com o trânsito em julgado, preencha-se e remeta-se o BIE, arquivando-se com baixa, bem como remeta-se cópia integral do *decisum* à Ordem dos Advogados do Brasil para conhecimento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Uruguaiana, 12 de Junho de 2002.

Luís Alberto Rotta, Juiz de Direito.

ÍNDICE

SENTENÇAS CÍVEIS

A

Ação cautelar inominada. Representação sindical e de mesma categoria econômica. Princípio da unicidade sindical. Recolhimento de contribuições.....	82
Ação civil pública. Fixação do número de vereadores. Competência da Justiça Estadual. Representatividade mínima. Princípio da soberania do voto.....	118
Ação civil pública. Cobrança de taxas para serviço de policiamento ostensivo. Contribuição para o CONSEPRO. Ofensa aos princípios da igualdade e da moralidade.	183
Ação condenatória. Restituição de quota-parte. Sociedade cooperativa. Direito de decesso.	99
Ação de cobrança. Município. Adicional de periculosidade a servidor público.....	29
Ação declaratória combinada com condenatória. Diferenças remuneratórias que exsurgiram da aplicação da conversão de Cruzeiro Real para URV.	93
Ação reivindicatória. Imóvel pertencente a loteamento urbano. Inventário. Falecimento do doador do imóvel antes de outorgar a escritura.	21

C

Compra e venda. Semoventes. Falta de pagamento do valor acordado. Posse.....	25
--	----

Constituição Federal/1988. Art. 5º, XXXIV, “a”, e XXXV.....	108
---	-----

F

Falência. Não-aceitação do cargo de síndico pelos credores da massa. Aplicação do artigo 75 da LF. Encerramento da falência.	91
---	----

G

Gravidez. *Vide* Interrupção

H

Habilitação de crédito. Sistema Financeiro da Habitação. Carteira de crédito imobiliário. Promessa de compra e venda de unidade imobiliária adquirida de empresa falida. Taxa de juros limitada para o financiamento imobiliário. ...	69
---	----

I

Indenização. Dano material e moral. Rescisão unilateral de contrato administrativo. Lucros cessantes limitados ao lucro líquido.	104
---	-----

Indenização. Dano material e moral. Fixação. Acidente de trânsito seguido de morte. Pensão.	62
--	----

Indenização. Danos morais. Ato ilícito combinada com pedido de tutela antecipada. Pessoa jurídica.....	36
--	----

Inventário. Doação. Venda fictícia. Colação de bens. Sonegação. Penalidade. ...	11
---	----

<i>Internet</i> . Ação cominatória. Investimento em bolsa de valores. Serviço de provimento de acesso. Desinteresse da parte.....	179
---	-----

Interrupção de gravidez. Autorização judicial. Menor. Má-formação congênita.	42
---	----

Interrupção de gravidez. Autorização judicial. Juízo competente. Tutela jurisdicional necessária diante da provocação e da lesão.....	108
---	-----

L

Lei Estadual nº 7.672/82, art. 73.....	73
--	----

M

Mandado de segurança. Pagamento parcelado em atraso dos pensionistas. Isonomia aos aposentados e pensionistas. Medidas saneadoras da autoridade administrativa por problemas orçamentários. Teoria das “circunstâncias excepcionais”.....	45
---	----

Mandado de segurança. Pensão para as filhas maiores de 21 anos de idade com capacidade laborativa do servidor público. Aplicação dos princípios da igualdade, da valorização do trabalho e da solidariedade. Norma injusta e contrária ao ideário de emancipação feminina e do gênero humano. Invocação do princípio da boa-fé na concepção ética.....	73
--	----

R

Registro de imóveis. Ação reivindicatória. Nulidade de registro duplo.	50
---	----

Reintegração de posse. Coletividade instalada em terrenos lindeiros à via férrea. Bem público. Função social. Usucapião. Inviabilidade.	145
--	-----

S

Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Anulabilidade. Redução de capital social a zero em Assembléia Geral Extraordinária. Direito de preferência dos acionistas para subscreverem novas ações. Afastamento de acionista da sociedade. Emissão de novas ações.	174
---	-----

SENTENÇAS CRIMINAIS**A**

Apropriação indébita. Advogado. Alegação de serviço prestado. Infração disciplinar.....	219
---	-----

C

Casa de prostituição. Denúncia do Ministério Público. Erro de proibição. Alvará do Município para a manutenção do estabelecimento. 204

Contravenção penal. Adolescente que pratica vias de fato contra sua irmã puxando seus cabelos. 201

E

Estupro. Tentativa. Relevância da palavra da vítima. Culpabilidade pela condução de vida. 210

H

Homicídio culposo de trânsito. Atropelamento de pedestre em rodovia. Choque em acostamento da pista oposta. Motorista em estado ébrio. Comunicação horas após do ocorrido. Falta de socorro. Culpa configurada. 195

