



Sentenças

e Decisões de Primeiro Grau

Rio Grande do Sul
2002



PODER JUDICIÁRIO



AJURIS
Associação dos Juizes do RS

7/8

Porto Alegre – Junho / Dezembro de 2002

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

Semestral.

Continuação de : Sentenças : Rio Grande do Sul. – v.1 (jun. 1999)- v.4 (dez. 2000)

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.

CDU 347.993(816.5)(05)

Catálogo elaborado pela Biblioteca do TJRS

SUMÁRIO

Composição do Tribunal de Justiça	5
Composição da Associação dos Juízes	5
Editorial	7
Sentenças Cíveis	11
Sentenças Criminais	111
Decisões Cíveis	151
Decisões Criminais	175
Índice	189

**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 dos Santos Júnior – 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

UM NOVO PASSO

É com satisfação que chegamos a mais uma edição da Revista de Sentenças e Decisões de Primeiro Grau, a qual inaugura a inclusão de decisões interlocutórias, na busca da concretização do desejo de construir um novo espaço na cultura jurisprudencial gaúcha e brasileira.

Iniciada a partir do próprio surgimento da Revista de Sentença, a idéia de valorização da judicância de Primeiro Grau vem agora reforçada pela ampliação do espectro de publicações, com a contemplação de decisões não-definitivas, mas que não raras vezes se constituem no que de mais efetivo e importante há na preservação e/ou satisfação dos interesses em litígio.

A proximidade com os agentes do litígio e com o contexto e os valores que o informam faz da Jurisdição de Primeiro Grau espaço privilegiado para a sensibilização dos conflitos e das necessidades sociais, o que se revela fundamental no processo de afirmação e legitimação do Poder Judiciário e do próprio Direito.

O divórcio com realidade pode ser definitivo para o fracasso de uma ciência ou para o enfraquecimento de um Poder, por isso a conveniência de que nosso Mundo seja mais intensamente mostrado, com a visão de quem está dentro dele, o que acreditamos ser também bastante visível nas questões resolvidas interlocutoriamente.

Este nosso novo passo.

SENTENÇAS CÍVEIS

Processo Cível nº 20.956 – Ação ordinária para reaver bens de herdeiros menores

Comarca de Carazinho – 1ª Vara Cível

Autores: W. S. O. e A. S. O.

Réus: L. O. M.

Juíza prolatora: Gladis de Fátima Ferrareze

Data: 19-11-98

Ação de cobrança. Seguro de vida contratado pelo pai dos autores. Tendo por beneficiária irmã dele, guardiã da filha caçula. Direito dos demais filhos sobre a indenização. Investigação sobre a intenção do segurado. Procedência do pedido.

Vistos, etc.

W. S. O. e A. S. O., qualificados na inicial, ajuizaram a presente ação de rito ordinário contra L. O. M., alegando que são em quatro irmãos, todos entregues à guarda de tios e avós, porquanto seu pai tinha sérios problemas de saúde, e a mãe abandonou o lar. Em razão das enfermidades que sofria, seu pai contratou seguro de vida, em 07-10-96, porém estipulando como beneficiária a ré, sua irmã, que é guardiã de sua irmã S., a caçula dos irmãos. No entanto, afirmam que era intenção do falecido fosse o valor dividido entre todos os filhos, mas que a ré se negou a fazê-lo, alegando ser ela a única beneficiária. Requereram, assim, a procedência para condenar a ré ao pagamento proporcional do valor recebido entre os quatro irmãos, bem como nos demais ônus da sucumbência, acostando aos autos os documentos das fls. 07/14.

Citada, a ré trouxe contestação dizendo ser inverídica a informação de que a intenção do *de cujus* era de que

dividisse o valor do seguro entre todos os filhos, eis que só constou ela como beneficiária. Argumentou ser impossível a prova pretendida, porque os fatos já estão provados por testemunhas, nos termos do art. 400 do CPC, e, ainda, ser inadmissível a prova unicamente testemunhal nos contratos de valor excedente a 10 vezes o maior salário mínimo vigente no País. Disse ter sido beneficiária porque ficou responsável pela filha menor do falecido desde os dois meses de idade, requerendo a improcedência com todas suas conseqüências. Houve réplica, com juntada de novos documentos.

Manifestou-se o Ministério Público, e foi designada audiência de conciliação. Nesta solenidade, determinou-se a inclusão dos demais filhos no pólo ativo, e foi concedida a tutela antecipada para fins de tornar indisponível o valor do seguro. Designou-se audiência de instrução e julgamento onde foram ouvidas testemunhas, e, encerrada a instrução, os debates foram transformados em memoriais, apresentando-os os autores, fls. 108/114, onde analisaram a prova e reiteraram seus argumentos. A ré manifestou-se às fls. 118/120, também reiterando anteriores manifestações.

Trouxe parecer o Ministério Público opinando pelo indeferimento do pedido,

entendendo presentes todos os requisitos para a validade do contrato de seguro, não sendo possível elidir a documentação mediante prova testemunhal. É o relatório. Decido.

Duas considerações iniciais são de suma importância, a fim de se chegar à solução da pretensão posta nestes autos. A primeira é no sentido de situar a questão fática às normas legais aplicáveis, porquanto a nomenclatura do pedido assim não faz concluir. Os autores trazem à discussão um negócio jurídico por excelência, que é o contrato, pretendendo declaração judicial no sentido de sua anulabilidade – por se tratar de nulidade relativa, com a conseqüente condenação reflexa. Se analisada a questão unicamente sob o prisma das expressas disposições legais aplicáveis à espécie, a solução é, efetivamente, singela, como diz o representante ministerial.

Seria preciso verificar, em um primeiro momento, a presença dos elementos constitutivos dos negócios jurídicos como capacidade do agente, objeto lícito e possível e consentimento. Eventualmente, os elementos naturais ou acidentais para, no segundo momento, perquirir sobre eventual defeito do ato jurídico, especialmente no caso, o erro como vício do consentimento. Nesta linha de raciocínio, chegar-se-ia à conclusão de que, mesmo havendo eventual erro do falecido, quanto ao fim colimado, na estipulação do beneficiário do seguro, a prova produzida nestes autos não seria adequada para anular a respectiva cláusula, porque unicamente testemunhal.

Entretanto, essas disposições dos arts. 81 e ss. do CC mostram-se insuficientes para embasar a solução justa e adequa-

da que o caso requer, lembrando, como primeiro norte, que a lei não é única fonte de direito, sendo de extrema valia os princípios gerais do direito e a equidade.

“Admitidos expressamente como fonte formal, do que lhes adviria eficácia vinculativa, os princípios gerais de direito constituem o canal de comunicação entre a Filosofia (Direito Ideal) e a Ciência do Direito (Direito Real). Se sua presença não significa que o ordenamento jurídico é incompleto, pelo menos quer dizer que ele é provisório, no sentido de estar sempre se refazendo”.

Predica-se, por necessidade de certeza e segurança jurídicas, a plenitude lógica – lógica, e não axiológica – do ordenamento jurídico, segundo as doutrinas pioneiras de Ernst Zitelmann e Donato Donati: “O ordenamento jurídico está continuamente se completando, integrando-se. Distingue-se, no processo, a auto-integração e a hetero-integração. Verifica-se a auto-integração através da *analogia legis*, que opera com elementos internos do texto legal; a hetero-integração dá-se por meio de elementos externos à lei, mediante a *analogia juris*, quando se invocam os princípios gerais do Direito. Nas suas águas, navega a doutrina rumo ao porto seguro da positivação e a jurisprudência criadora encontra pretexto para fazer-se valer”. (*Teoria Geral do Direito*, Arnaldo Vasconcelos, 3ª ed., p. 209).

É preciso lembrar, ainda, as teorias que buscam a origem do direito, buscando na fonte material também os fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos, etc., que produzem o direito e condicionam o seu desenvolvimento, tal como a de Carlos Cossio, citado em

Curso de Direito Civil Brasileiro, Maria Helena Diniz, 1987, vol. 01, p. 18. Há que se fazer, na hipótese vertente, uma interpretação declaratória do negócio jurídico, em que se busca a intenção dos interessados e integrativa, pretendendo colocar ao lado das disposições contratuais normas supletivas, costumes, etc.

Primeira premissa, portanto, é a de que a vontade do contratante do seguro – pai de quatro filhos, portador de doença grave e terminal – era a de propiciar um mínimo de segurança, ainda que material, *aos filhos*, amenizando sua ausência que não tardaria, especialmente porque desaparecida a mãe.

É dos princípios morais que se extrai quase a obrigação de tratamento igualitário dos pais em relação aos filhos, é da essência do ser humano que se extrai a preocupação dos pais com a sobrevivência dos filhos, é do costume que se retira a cobrança social quanto à obrigação dos pais pela criação e educação dos filhos, e é nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que encontramos essa obrigação legal em relação aos pais. Importante trazer à lembrança o sentido protetivo aos menores, estabelecido no primeiro livro do Código Civil e no Estatuto acima citado.

As disposições preliminares do Estatuto servem para todo o resto da análise que se pretende. Diz o art. 3º que a criança ou adolescente goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhe, a lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, social, etc. Os direitos básicos do ser humano constam do art. 4º, cuja responsabilidade, em relação às crianças e adolescentes, é da

família, comunidade, sociedade em geral e do Poder Público.

Nenhuma criança poderá, ainda, ser objeto de discriminação e, na interpretação daquelas normas, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, exigências do bem comum e [...] a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Assim colocado o vértice da problemática contida nos autos, tem-se que, antes de mais nada, é preciso dar a devida proteção à criança e à adolescente que compõem o pólo ativo, com fulcro na equidade que reclama sejam beneficiados todos os filhos do proponente do seguro. Veja-se que, além de ser conclusão que se extrai do bom senso, as testemunhas G. S. T., J. A. S. A. e G. P. N. confirmaram a intenção do falecido pai dos autores ao contratar o seguro, a qual era no sentido de beneficiar seus filhos.

Afirma a ré, em defesa, que poderia o falecido ter, fosse essa sua intenção, inserido como beneficiários todos os filhos. Porém, não é caso, aqui, de tentar descobrir por que assim não agiu. Basta perquirir sua vontade para a qual todos os indícios confluem. É da doutrina que “a interpretação do negócio jurídico situa-se na seara do conteúdo da declaração volitiva, fixando-se em normas empíricas, mais de lógica prática do que de normação legal”.

Com relação às normas legais de interpretação, tem-se no art. 85 do CC que “nas declarações de vontade atender-se-á mais a sua intenção do que ao sentido literal da linguagem”, esclarecendo a autora Maria Helena Diniz que “o intérprete do sentido negocial não deve ater-se, unicamente, à exegese do

negócio jurídico, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, mas sim, em fixar a vontade, procurando suas consequências jurídicas, indagando sua intenção, sem se vincular, estritamente, ao teor lingüístico do ato negocial”. (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º vol., Ed. Saraiva, p. 220)

Desta forma, tenho que procede o pedido e, diante da solução dada ao caso, peço vênha para trazer à colação doutrina de Rudolf von Hering, autor por demais decantado, cujo tema *Finalidade do Direito* dispensa comentários: “Através da lei, o poder público ata suas próprias mãos. Até que ponto deve fazê-lo? Inteiramente? Em tal hipótese, cada um estaria submisso apenas à lei, ao poder público, não cabendo comandar ou proibir nada que nela não esteja previsto (...)”.

“Isto seria, ao que parece, o lídimo estado de direito, não podendo ser concebido de modo mais perfeito. Apenas uma qualidade lhe faltaria, entretanto: a vitalidade. Um Estado desta natureza não duraria um mês. (...) Supremacia exclusiva da lei é sinônimo de renúncia da sociedade ao livre uso de suas mãos. De mãos atadas, ela se entregaria à rígida necessidade, sem forças diante de todas as situações e reclamos da vida que não estivessem previstos em lei ou para os quais essa não se revelasse suficiente”.

Após discorrer sobre a dicotomia lei e justiça, o autor prossegue: “O senso natural aponta a cada um a decisão. Importa, entretanto, justificá-la cientificamente. Esta justificação reside na afirmação de que o direito não é um fim em si mesmo, mas apenas, meio para a consecução de um fim. O escopo do Estado, como o do Direito, é o estabelecimento e asseguramento das condi-

ções vitais da sociedade. Disso decorre que, onde excepcionalmente, como nos casos mencionados supra, a situação toma um rumo tal que o poder público se vê diante da alternativa de sacrificar ou o direito ou a sociedade, não só tem a faculdade, como também o dever de abandonar o direito para salvar a sociedade. (...)”. (*A Finalidade do Direito*, vol. 01, Ed. Rio, p. 226)

Quanto ao pedido específico, veja-se que deve ser atendido em termos. Primeiro, porque não há como determinar obrigação de prestar contas, quando este pedido pressupõe rito especial. Segundo, porque a condenação não pode envolver os outros menores que não vieram compor o pólo ativo.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido formulado por W. S. O. e A. S. O., representados por seus tutores, para o fim de anular a cláusula do contrato relativa aos beneficiários, declarando beneficiários do mesmo os filhos do proponente W. Z. S. O. e para condenar a ré L. O. M. a devolver aos autores 2/4 do valor recebido, acrescidos de correção monetária desde a data do recebimento e juros legais a partir da citação, tudo com fundamento nos arts. 8º e 85 do CC, 126 do CPC e 1º a 6º do ECA.

Condeno, outrossim, a ré no pagamento das custas judiciais e honorários de advogado que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, considerando o pouco tempo de duração da demanda. Resta, no entanto, suspensa a condenação, porque concedo à ré o benefício da AJG.

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

Carazinho, 19 de novembro de 1998.

Gladis de Fátima Ferrareze, Juíza de Direito.

Processo nº 5645 – Ação de anulação de partilha amigável

Comarca de Arroio do Meio

Autora: M. L. K.

Réus: J. C. R. e J. M. R.

Juíza prolatora: Cíntia Teresinha Burhalde Mua

Data: 23-08-99

Ação de anulação de partilha. Procedência parcial do pedido, tendo em vista a constatação da presença da figura do erro substancial, no que concerne à aceitação pela autora de exclusão de crédito, cuja meação faz jus, por ter sido orientada, por seu ex-marido e então procurador, a assim proceder, em virtude da existência de compensação que favoreceria o varão, o que não restou demonstrado nos autos. Nulidade da decisão que homologou a partilha original. Nova partilha do acervo patrimonial, redimensionado com o acréscimo, tão-somente, do crédito de R\$ 4.948,34, o que traduz uma meação de R\$ 2.474,17, devidamente corrigido, pelo IGP-M¹, desde a data da apresentação do plano original² até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros de mora, de 6% a. a., desde a citação, já que a responsabilidade é contratual³. Custas e honorários divididos, proporcionalmente, entre as partes.

M. L. K., brasileira, divorciada, representante comercial, residente e domiciliada na Rua V. R. B., Arroio do Meio, propõe *ação de anulação de partilha* contra J. C. C. R., brasileiro, divor-

ciado, residente e domiciliado na Rua M. C., Arroio do Meio-RS, e J. M. R., brasileiro, casado, aposentado, residente e domiciliado na Rua M. C., argumentando que laborou com erro ao firmar o plano de partilha apresentado nos autos da separação consensual promovida por si e pelo primeiro requerido, por aceitar a exclusão dos bens que descreve na prefacial, sendo vítima do dolo do primeiro requerido, na oportunidade, seu procurador. Junta documentos, pedindo a procedência da demanda, para que os bens sejam objeto de nova partilha.

Contestando o feito (fls. 29/38), o primeiro requerido junta documentos e alega, preliminarmente, a inépcia da inicial, pela ausência de correlação lógica entre os fatos expostos e o pedido por ela instrumentalizado e, bem assim, a carência de ação, vez que cabível seria a rescisória.

No mérito, diz que o bem imóvel descrito na inicial não poderia ter sido partilhado, pelos então consortes, vez que a propriedade do mesmo pertence, exclusivamente, ao pai, e ex-sogro da autora (segundo requerido); no que concerne ao crédito advindo do consórcio,

1 – E índices oficiais que o antecederam.

2 – Incidindo, à espécie, a Súmula nº 43 do STJ.

3 – Não havendo incidência, pois, da Súmula nº 54 do STJ.

J. C. justifica a exclusão, tendo em vista a existência de compensação entre a meação que caberia à autora e os créditos que possuía para com ela.

Em réplica (fls. 46/52), a autora sustenta que a peça inaugural está bem posta, sendo cabível a anulatória. No mérito, refuta os argumentos da contestação, reiterando a procedência do pedido. Junta novos documentos.

O primeiro requerido, manifestando-se sobre os documentos juntados com a réplica (fls. 60/1), colaciona novos documentos (fls. 62/76), em relação aos quais a autora postula a incidência do art. 397 do CPC, na manifestação das fls. 79/82.

À fl. 83, com fulcro no art. 130 do CPC, este Juízo manteve os documentos impugnados pela autora. Referida decisão não foi agravada.

Na audiência preliminar, a conciliação restou inexitosa; as partes postularam a realização da prova oral.

À fl. 92, houve decisão saneadora que rejeitou as preliminares aduzidas pelo primeiro requerido, contra a qual foi interposto agravo retido (fls. 108/110), respondido às fls. 116/119.

Na audiência de instrução (fls. 104), ouviu-se o depoimento pessoal do requerido e os testigos [sic] das testemunhas arroladas pela autora, que prestaram compromisso, depois de recusadas as contraditas oferecidas pelo primeiro requerido. Expediu-se precatória para a oitiva da testemunha arrolada pelo primeiro requerido⁴, que foi ouvida (fls. 158/160).

Às fls. 122/3, o primeiro requerido juntou documentos, a fim de comprovar

a procedência das contraditas às testemunhas arroladas pela Autora.

Às fls. 128/132, o segundo requerido pede seja recebido como litisconsorte passivo, *ex vi* do art. 46 do CPC, contestando o feito, para aduzir que o bem imóvel anotado na inicial é de sua propriedade. Junta documentos (fls. 133/135), pedindo a produção de prova oral.

A autora (fls. 138/9) pediu o desentranhamento do último documento juntado pelo primeiro requerido, trazendo à liça, novamente, o art. 397 do CPC.

Às fls. 140/3, a autora, concordando com a formação do litisconsórcio, ofereceu réplica à contestação do segundo requerido. Renovando a procedência do pedido inicial, pediu o julgamento imediato da lide, com a desconsideração do requerimento formulado pelo segundo requerido.

Ouvido o Ministério Público, pronunciou-se pelo deferimento da produção da prova oral requerida pelo litisconsorte, à exceção de seu próprio depoimento pessoal, o que foi levado a efeito, às fls. 200/202.

Na oportunidade, a autora requereu a produção de prova pericial, cujo objeto seria a verificação do fato de terem sido, ou não, os documentos juntados pelo primeiro requerido, elaborados num mesmo dia. A prova foi deferida, nomeado o perito, a indicação não foi impugnada; as partes ficaram intimadas para a apresentação de quesitos, no prazo legal.

Apresentados os quesitos pelos requeridos, a autora enviou pedido de

4 – Consoante decisão da fl. 103, que reduziu o rol apresentado inicialmente, vez que arrolada irmã do primeiro requerido.

desistência à produção da prova técnica, o que, com a concordância dos réus, restou deferido, abrindo-se o prazo para a apresentação de memoriais.

A autora os apresentou às fls. 219/221; o primeiro requerido, às fls. 222/235; o segundo requerido, às fls. 236/240. Todos renovaram as teses iniciais, pedindo, respectivamente, a procedência e a improcedência do pedido.

O Ministério Público lançou parecer, às fls. 242/8. Entendendo que houve, em verdade, cumulação de pedidos, opinou pela improcedência da ação anulatória, porque não provado o erro, e procedência da ação de sonegados, para que o crédito advindo do consórcio não-contemplado fosse partilhado entre as partes, compensando-se, porém, na meação da autora, os valores lançados nos recibos (fl. 44). É o relato. Decido.

I – *Das preliminares.* As preliminares já foram analisadas na decisão saneadora (fl. 92). Neste momento, colho o ensejo para a confirmar, por seus próprios fundamentos, desacolhendo as preliminares suscitadas pelo primeiro requerido.

II – *Do documento novo juntado às fls. 122/3.* O requerido, a fim de comprovar a veracidade das contraditas que ofereceu às testemunhas arroladas na autora, juntou documento novo, qual seja revista *editada depois* da audiência, para demonstrar, com base em reportagem ali existente, que as pessoas já mencionadas partilhavam amizade íntima.

Tenho que a reportagem, tal qual redigida, não tem o efeito pretendido pelo primeiro requerido, já que o fato de algumas pessoas estarem juntas, na festa de aniversário de um amigo comum, não induz, *de per se*, sejam, tais pessoas, amigas íntimas entre si, a ensejar a falência do compromisso prestado. Destarte, mantenho a decisão que indeferiu as contraditas.

III – *No mérito.* Pretende a autora a anulação da decisão que homologou a partilha amigável nos autos da separação consensual do ex-casal, tendo em vista ter sido iludida, pelo ex-marido⁵ e então procurador, a deixar de incluir, no monte partilhável, dois bens; um móvel, outro imóvel, consoante descritos na inicial.

Assim, a causa de pedir da presente demanda, *anulatória de partilha*, é a existência de erro, por parte da autora, ao firmar o plano de partilha, tal qual apresentado e homologado.

Por corolário, em sendo procedente o pedido vertido na inicial, e desfeita a decisão homologatória, como quer a postulante, todos os bens serão repartilhados (assim entendidos os constantes no rol inicial, apresentados de comum acordo pelo então casal, acrescidos dos ora reclamados pela autora).

Pois bem. Compulso o caderno de provas. Por primeiro, as produzidas pela autora. M. (fl. 104, v.), S. (fl. 105), V. (fl. 105 e 105v.) e M. (fls. 105, verso, e 106) disseram que sempre ouviram a autora dizer que deveria fazer economias, porque estavam investindo na obra, que era tida como do casal.

5 – O divórcio já foi decretado em 22-04-98 (fl. 33 do Proc. nº 6843).

V. (fl. 104 e 104v.), engenheiro civil, disse que foi contratado, pelo primeiro requerido, para a realização do projeto e execução da obra, acompanhando-a até janeiro de 1997. Disse que sempre tratou com o primeiro requerido, que lhe pagava os honorários e administrava a obra, não sabendo, contudo, se o mesmo arcava, efetivamente, com os encargos da mesma.

Colacionou documentos. À fl. 07, autorização para construção da edificação, em nome do primeiro requerido; às fls. 53/57, notas fiscais de aquisição de material de construção, pelo mesmo, até maio de 1995 (fls. 53/57).

O primeiro requerido e seu litisconsorte sustentam que, inicialmente, a obra seria destinada à moradia do ex-casal, tendo o primeiro requerido providenciado, junto à Prefeitura, a autorização para realizá-la, contratando o engenheiro (V.) para seu projeto e execução, fatos que restaram confirmados pelo depoimento pessoal do primeiro requerido (fl. 104), bem assim como pelos documentos de fls. 07 e 58.

Contudo, como os desentendimentos do casal passaram a ser freqüentes, o primeiro requerido desistiu de prosseguir no intento. O pai, então, acabou assumindo a continuidade da edificação, que estava sendo construída sobre lotes urbanos de sua propriedade, conforme demonstram os documentos das fls. 39, 40, 134 e 135 combinados com o da fl. 07.

A assunção da obra, pelo litisconsorte, a partir de junho de 1996, restou comprovada, pelo caderno probatório.

Neste sentido, os depoimentos de A. (fls. 158/160), E. (fl. 201 e 201v.) e E. (fls. 201, v. e 202), todos profissionais que trabalharam na obra em questão, tendo sido contratados e remunerados pelo litisconsorte, o que resta corroborado, em relação aos dois últimos, pelos recibos de mão-de-obra das fls. 63 a 67.

Neste contexto, deve ser interpretado, s. m. j., o depoimento de V., vez que o pai, apesar de passar a custear a obra, não retirou do filho a administração parcial da mesma, deixando-o continuar a orientar o engenheiro civil, por ele contratado, *ab initio*.

Os documentos das fls. 68 a 76⁶, mantidos nos autos pela decisão da fl. 83, contra a qual não houve interposição de recurso, têm importância para induzir a continuidade de uma situação que já preexistia, já que ditos documentos são posteriores à separação do casal e, portanto, posteriores à homologação da partilha que a autora pretende deconstituir.

É incontroverso nos autos que, à época dos fatos, inexistia outra obra, gerida pelas partes, em andamento, o que torna indiscutível que todos os recibos juntados se referiam à obra litigiosa.

Assim, sopesados todos estes elementos, revela-se a existência de um condomínio, tendo em vista a indivisibilidade da coisa litigiosa, já que tanto o primeiro requerido (até certa altura), quanto o seu litisconsorte, concorreram para a construção da obra, havendo co-propriedade, pela acessão, na modalidade ins-

6 – Recibos de mão-de-obra a E. e a E.; notas fiscais de aquisição de materiais de construção.

crita no art. 536, V, do CC brasileiro. Por corolário, em parte, o bem também pertence à autora, como decorrência da comunhão.

Delineada a questão, não há que se falar em omissão dolosa, já que o imóvel litigioso não poderia ser partilhado somente entre os partícipes da sociedade conjugal, já que não lhes pertencia, com exclusividade, mas, também, a terceiro, valendo frisar que ainda estão indefinidas as dimensões quantitativas das quotas-partes, que serão proporcionais à contribuição dos condôminos para a construção da obra, o que poderá ser apurado em ação própria, acaso houver interesse dos condôminos.

Neste cenário, o remédio para a situação desenhada vem definido no art. 632 do CC brasileiro; a partilha do imóvel, somente entre os consortes, como quer a autora, não merece crédito.

No que respeita ao crédito advindo de um consórcio de automóvel popular (ainda não contemplado, à época da dissolução da sociedade conjugal), tenho que sua omissão, no plano de partilha levado à homologação, está atrelada a vícios de consentimento, ensejando, portanto, causa para a anulação da partilha efetivada.

Explico. O primeiro requerido afirma que não incluiu tal crédito, nos valores contemporâneos à dissolução da sociedade conjugal, porque houve compensação entre a meação da mulher (neste crédito) e os créditos do primeiro requerido, explicitando que adimpliu

dívidas de M., para, em troca, ficar com a totalidade do crédito advindo do consórcio.

O fato modificativo sustentado pelo primeiro requerido, no entanto, não merece prosperar. *Primo*, há que se levar em consideração que, na constância da sociedade conjugal, mormente nos casos de comunhão universal de bens, regime patrimonial que regulava o enlace (conforme certidão da fl. 13), as dívidas assumidas por um dos cônjuges, na constância do casamento, e desde que não sejam provenientes de ato ilícito, comunicam-se ao outro cônjuge, não havendo que se falar em crédito de um cônjuge em relação ao outro, quando este paga dívida do consorte, porque tal contraria a principiologia da comunhão, *ex vi* dos arts. 262 e ss. do CC brasileiro.

Dos recibos de depósito juntados (fl. 44), um data de 18-09-96, quando a decisão que decretou a separação ainda não havia transitado em julgado⁷, vez que proferida em 17-09-96, estando vigente, portanto, a sociedade conjugal, não havendo espaço para se sustentar a existência de compensação, como quer o primeiro requerido.

O outro documento instrumentaliza depósito, à crédito da conta-corrente da autora, em dezembro de 1996, quando a sociedade conjugal já estava dissolvida. Contudo, dito documento, *de per se*, não tem força para demonstrar a compensação parcial, vez que não explicita qual a finalidade dos depósitos efetuados, inexistindo indícios que demonstrem que,

7 – Sendo consabido que, mesmo que as partes renunciem ao recurso, a decisão não transita em julgado, antes da intercorrência do prazo destinado ao recurso, pelo MP, sempre cabível, na espécie.

na época, o saldo da conta-corrente da autora estivesse devedor, como pretende o primeiro requerido.

Assim, sendo incontroversa a existência de crédito proveniente de consórcio de automóvel não-contemplado, e não restando demonstrada a compensação sustentada pelo primeiro requerido, tem razão a autora em vê-lo partilhado, incidindo em *erro* ao concordar com a sua exclusão do plano de partilha apresentado por ocasião da separação consensual. O erro configura-se como substancial, porque refere-se ao objeto principal da declaração, *ex vi* do art. 87 do CC brasileiro.

Há que se ponderar que a autora, apesar de *não* ser pessoa de poucas luzes, não foi representada por outro profissional, que não o seu ex-marido, não tendo, na ocasião, oportunidade de aconselhar-se sobre o tema e refletir sobre suas implicações.

Ademais, gizo, toda esta problemática não foi trazida ao crivo do fiscal da lei e do Judiciário, por ocasião da homologação do plano; a autora tem respaldo para dizer que se enganou em consentir com a partilha, na forma como assentada.

Desta feita, demonstrado o erro, plenamente justificável pelas circunstâncias, a anulação da decisão homologatória da partilha impõe-se, como providência judicial saneadora do vício.

Em assim sendo, todos os bens⁸ deverão ser repartilhados, porque o pedido inicial não ficou estancado ape-

nas na decisão desconstitutiva, mas foi além, para pedir a nova partilha (item “a”, da inicial) – cuja decisão tem eficácia constitutiva – não havendo que se falar, portanto, no que respeita a este último aspecto, em decisão *extra petita*.

O documento da fl. 177 demonstra que, tal crédito, à época da dissolução da sociedade conjugal, importava 50,55% do valor total do bem (R\$ 9.789,00).

Com estes dados, verifica-se que o crédito, à época gizada (set./96), significava R\$ 4.948,34, o que traduz uma meação de R\$ 2.474,17, que deverá complementar o plano de partilha apresentado (fls. 19/21)⁹, de molde a repor justiça na partição da situação patrimonial dos então consortes.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, razão pela qual: 1 – *decreto* a nulidade da decisão homologatória da partilha realizada, por ocasião da separação consensual de M. e J., tendo em vista a constatação da presença da figura do erro substancial, no que concerne à aceitação de exclusão de crédito, cuja meação faz jus o cônjuge-mulher, por ter sido orientada, por seu ex-marido e então procurador, a assim proceder, em virtude da existência de compensação que favoreceria o varão, o que não restou demonstrado nos autos; 2 – *decreto* a partilha do acervo patrimonial redimensionado com o acréscimo, tão-somente, do crédito de R\$ 4.948,34, o que traduz uma meação de R\$ 2.474,17, devidamente corrigido, pelo IGP-M¹⁰, desde a data

8 – Exclusão feita ao imóvel descrito na inicial, pelas razões já mencionadas.

9 – Porque não há dissídio sobre a forma da partilha dos bens ali mencionados.

da apresentação do plano original¹¹, até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros de mora, de 6% a. a., desde a citação, já que a responsabilidade é contratual¹².

Diante da sucumbência recíproca, as custas deverão ser repartidas entre os litigantes, por metade. Honorários, que fixo em 20 URHs, em atenção ao que preconiza o art. 20, § 4º, do CPC, con-

siderando a complexidade da causa, refletida no tempo de tramitação da lide, na mesma proporcionalidade.

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

Corrija-se a autuação, para incluir, no pólo passivo, o litisconsorte.

Arroio do Meio, 23 de agosto de 1999.

Cíntia Teresinha Burhalde Mua, Juíza de Direito.

10 – E índices oficiais que o antecederam.

11 – Incidindo, à espécie, a Súmula nº 43 do STJ.

12 – Não havendo incidência, pois, da Súmula nº 54 do STJ.

Processos nºs 22296025335 e 22296009826

Comarca de Pelotas – 1ª Vara de Família

Requerentes: E. F. V. e S. S. B. N.

Requerido: Espólio de I. B. P.

Juiz prolator: Nilton Tavares da Silva

Data: 17-01-00

União estável. Conseqüências econômicas. Partilha de bens pelo falecimento de um dos conviventes. Processos conexos promovidos pelas pretensas companheiras. Requisitos para o reconhecimento.

Vistos, etc.

E. F. V., brasileira, solteira, funcionária pública, e S. S. B. N., brasileira, viúva, do lar, enfim, devidamente qualificadas nas respectivas iniciais, propuseram, em autos apartados, ações distintas de “reconhecimento de união estável cumulada com pedido de partilha de bens” contra o espólio de I. B. P., representado por sua inventariante, L. P. L., devidamente qualificada em ambas as iniciais, expondo, cada uma a seu tempo, os fundamentos e as razões dos pedidos.

A primeira requerente, E. F. V., noticia haver mantido união estável com o *de cujus* desde o ano de 1977, tendo inclusive sido reconhecida como sua dependente junto ao INSS e Iate Clube de S. L. S., onde, ademais, teve acrescentado ao seu nome o patronímico do *de cujus*.

Informa, também, que a conta de luz da residência do casal estava em seu nome, até mesmo após o óbito, e que, após a morte do ex-companheiro, peticionou junto ao processo de inventário de nº 22296009669 em busca de seus direitos hereditários, no que, en-

tretanto, não foi atendida ao argumento de que, previamente, haveria de demonstrar, em ação própria, a relação concubinária.

Afirma tal demandante, ainda, ter conhecimento e estar a contestar o feito remanescente, Processo de nº 22296009826, proposto por S. S. B. N., que pleiteia, também, o reconhecimento de união estável com o *de cujus*. Com sua inicial, trouxe a requerente em tela os documentos das fls. 06/09.

A autora S. S. B. N., por seu turno, alegou haver mantido união estável com o *de cujus* nos últimos seis anos de vida deste, tendo sido inclusive dele dependente economicamente, pretendendo, enfim, também ver declarada a união estável mantida. Trouxe a requerente em questão, com sua inicial, os documentos das fls. 08/16.

Citado, contestou o espólio requerido ambos os pedidos (fls. 14/26, da autora E., e fls. 33/50 nos autos da ação proposta por S. S.), pugnando, em ambos, pelo desacolhimento dos pedidos pela razões explícitas nas respectivas peças, com a condenação das demandantes nas parcelas relativas à sucumbência.

Tocante à primeira requerente, E., não descartou, entretanto, a possibilidade de ter havido a alegada entidade familiar a partir de 1984, oportunidade

em que se divorciara o *de cujus* da esposa legítima (H. L. P.), quando, enfim, inscrevera tal demandante junto ao órgão previdenciário como sua dependente.

Relativamente à segunda, S. S., em longas razões, afirmou o espólio contestante, na essência, não se fazerem presentes os elementos imprescindíveis à configuração da união estável, não havendo, assim, se cogitar em declará-la.

Houve réplica em ambos os feitos, com intervenções do órgão ministerial, e entre idas e vindas (a unificação dos feitos, ora nesta Vara, ora na 2ª Vara de Família, com o posterior retorno em definitivo para esta), fundamentalmente, enfim, a partir do comando judicial, exarado à fl. 63 do Proc. nº 22296025335, foram reunidos os dois feitos e concentrados neste a instrução de ambos.

Em seu curso (da instrução única), foram tomados os depoimentos pessoais dos litigantes (fls. 97, 97v. e 98), assim como das testemunhas arroladas tanto pelas duas autoras como pelo espólio demandado (fl. 98v. *usque* fl. 102).

Declarada por fim encerrada a instrução (fl. 96), substituídos os debates orais pela apresentação de memoriais, vieram estes aos autos onde foi concentrada a instrução respectivamente às fls. 107/109, 110 e 111/127, reeditando os litigantes, na essência, as respectivas teses.

Em solenidades subseqüentes (entre outras, conforme termo de audiência da fl. 149, quando, inclusive, foi equacionada pelo Juízo a questão concernente à percepção das pensões previdenciárias pelas autoras – o que ensejou a interposição do agravo retido pela requerente S. S. – fls. 155/156),

buscou-se a conciliação entre os litigantes, o que, todavia, redundou sempre em fracasso.

De ofício, ainda, determinou o Juízo a vinda aos autos das cópias dos expedientes relativos aos pedidos de habilitação como pensionistas deduzidos pelas autoras junto aos órgãos previdenciários, o que se concretizou como se vê às fls. 181/209 e 224/377.

O Ministério Público, por sua vez, manifestou-se às fls. 106/107 (feito nº 22296009826, tocante ao mérito das questões postas, pela procedência da ação intentada por E., e pelo desacolhimento do pedido da autora remanescente (S. S.), entendimento que, de resto, foi sempre ratificado em suas manifestações posteriores (veja-se, em especial, a promoção lançada à fl. 378v.). É o relatório. Decido.

Impõe-se, de início, algumas considerações acerca da tumultuada instrução envolvendo os dois feitos, com idas e vindas como referido no relatório retro, tendo em vista, sobretudo, as críticas dirigidas ao juízo por uma das litigantes (S. S.) consoante petição acostada às fls. 379/380, assim como pelo agente do Ministério Público que oficia junto à 2ª Vara de Família à fl. 107, *in fine*, do feito em apenso.

Tocante a este último aspecto, reporto-me, em princípio, à manifestação lançada pelo agente ministerial que oficia perante este Juízo (fl. 378v.), cujos argumentos no particular endosso.

Quanto à crítica formulada pela autora S. S., cabe explicitar que a solicitação da remessa do feito que tramitava junto à MM. 2ª Vara de Família proposto pela litigante referida foi formulado no

que por este Juízo tramitava pela sua autora, E. F. V., e pelo espólio por ambas demandado (ver petição conjunta acostada à fl. 62).

Reunidos os feitos, finda a instrução única por este Juízo presidida, sobreveio a manifestação do órgão ministerial, sustentando competente o Juízo da 2ª Vara de Família (fl. 130), o que levou este a devolver ambos os feitos àquele julgador por também entendê-lo preventivo.

Posteriormente, contudo, a esta Vara retornaram ambos os processos, após prévio entendimento entre o eminente Colega que jurisdiciona aquela Vara com este Juízo, eis entender aquele magistrado que preventivo em verdade este julgador por haver presidido a instrução.

Face à consistência do argumento, com o intuito sobretudo de poupar os litigantes de uma maior demora da prestação jurisdicional acaso a questão da competência tivesse ainda de ser dirimida pela Egrégia Instância Superior, concordou, enfim, o signatário com novo retorno de ambos os feitos para aqui serem decididos.

O que se seguiu, tanto a realização de audiências conciliatórias como diligências de ofício determinadas por este julgador (em especial a de que viessem aos autos os pedidos de habilitações de uma das requerentes junto aos órgãos previdenciários), estão rigorosamente dentro das atribuições do Juiz que preside a instrução, devendo ser ressaltado que, relativamente à diligência referida, entendeu o signatário imprescindível para formar o seu convencimento. E assim procedeu, de resto, respaldado na norma expressa insculpida no art. 130 do CPC.

Por conseguinte, embora também lamentavelmente este Juízo que se tenha arrastado a instrução única envolvendo os dois feitos por prazo muito superior à média dos demais que tramitam por esta Vara, é preciso que se compreenda, contudo, que se deveu tal fato basicamente aos incidentes acima expostos, além da demora dos órgãos previdenciários, especialmente do IPE, em atender à solicitação do Juízo. Daí, enfim, repelir este julgador as críticas referidas.

No que diz com as pretensões de ambas as demandantes deduzidas nos feitos em julgamento em relação ao espólio demandado, restei convencido, depois da atenta análise de todo o processado (de todos os elementos de provas carreados aos dois feitos), merecer acolhimento de um lado o pedido da demandante E. F. V. e, de outro, improceder o da autora remanescente, S. S. B. N.

No que concerne àquela (E.), até mesmo por ter sido admitido pelo espólio-demandado já na contestação (ao menos a partir da data do divórcio do *de cujus* que se verificou no ano de 1984 – ver peça contestatória das fls. 14/26), o que, ainda, restou melhor elucidado em uma das tantas audiências realizadas no curso da instrução quando tal aspecto foi dado como incontroverso pelos litigantes (as duas autoras e a representante do espólio-réu).

Mais precisamente, foi em tal oportunidade assentado: “...Consigna-se ainda restar como algo incontroverso entre os litigantes a união estável havida entre a autora E. e o falecido I. até o ano de 1989 quando restou rompido”. (*sic* – fl. 96)

Portanto, a partir de tais aspectos que encontra respaldo, ademais, na prova

documental carregada aos autos pela demandante em questão, haverá, enfim, de ser declarada a união estável havida entre ela e o falecido I. B. P. a partir de janeiro de 1984, tendo perdurado até final do ano de 1989. E desimporta aqui, releva salientar, a questão concernente ao período da relação, anterior, é inegável, à legislação infraconstitucional que regulamentou a união estável e, bom período, à vigência da própria Carta Magna que a equiparou à entidade familiar.

Com efeito, em primeiro plano não se pode perder de vista que a existência de tal união, como já sublinhado, foi dada pelos próprios interessados como insuscetível de questionamento (algo incontroverso – fl. 96).

Em segundo lugar, o rompimento de tal relação ocorreu já sob a égide da atual Constituição, filiando-se este julgador, no particular, à corrente que sempre entendeu como auto-aplicável o seu § 3º do art. 226, para fins de reconhecimento da união estável (entre outros, Des. Antonio Guilherme Tanger Jardim, Desª Maria Berenice Dias, Des. Luiz Felipe Brasil Santos e Des. Léo Afonso Einloft Pereira).

No que diz com a pretensão da requerente remanescente, S. S. B. N., impossível como já explicitado no preâmbulo da presente fundamentação, à luz dos elementos que informam os autos, reconhecer e declarar a união estável que alega ter mantido com o falecido I. B. P. Não se pode perder de vista que para ser reconhecida união estável como propugna, fundamental que se façam presentes três requisitos básicos, a saber: primeiro, que reste demonstrada convivência *more uxorio*, pública e contínua, por período razoável; segundo, que es-

teja evidenciada a intenção dos envolvidos em constituir verdadeiro núcleo familiar, inclusive com compromisso de fidelidade e mútua assistência e, terceiro, a demonstração de que buscam ou buscaram os conviventes, com o esforço comum, constituir um patrimônio para dar sustentação ao núcleo familiar erigido.

No caso dos autos, da atenta análise dos elementos de provas carregados ao longo da demorada instrução, não se verificam presentes tais requisitos. É certo que a demandante em questão (S. S.) prestou assistência efetiva ao falecido I. nos seus últimos e poucos dias de vida. Nem de longe, todavia, evidenciam-se presentes os requisitos antes enumerados. No particular, reputo insuficientes e imprecisas as informações prestadas pelas testemunhas por ela arroladas (fls. 99v. *usque* 101), as quais, de resto, não se coadunam (em verdade, contrapõem-se) com o que depuseram as do espólio réu (fls. 101v., 102 e v.).

Tem-se a cancelar a pretensão da demandante em questão, assim, o fato incontroverso de haver ela assistido na doença o falecido que reputa como companheiro nos seus últimos dias de vida, tendo inclusive realizado o seu funeral; os depoimentos das testemunhas por ela arroladas e já mencionados, os quais, todavia, como igualmente antes posto, são de certo modo elididos pelos depoimentos das testemunhas do espólio demandado; finalmente, o fato de haver logrado perceber o auxílio funeral e por fim obtido pensão *post mortem* junto ao Instituto de Previdência do Estado (fls. 294/377).

Entendo, entretanto, insuficientes tais aspectos para que se tenha por configurada união estável pretendida, nos

moldes idealizados pelo legislador infraconstitucional a quem coube regular a matéria, cujos requisitos fundamentais foram já explicitados. É preciso que se sublinhe que a prova escrita acerca do relacionamento entre a autora S. S. e o falecido I. se resume, a rigor, à época da enfermidade e o passamento do último, período extremamente curto, menos de dez dias.

Com efeito, verifica-se, pelo documento acostado à fl. 11 do feito, pertinente que foi o falecido I., baixado em casa hospitalar por S. S. em 27-03-96, tendo ocorrido o óbito em 02-04-96 (*vide* certidão acostada à fl. 08). E só a partir de então, releva salientar, cuidou tal autora de providenciar em “provas escritas” de modo a emprestar à relação o *status* de união estável (no particular, vejam-se os documentos acostados às fls. 08/12, dentre eles os já referidos).

E nisso, insista-se, resumiu-se a prova documental acerca do relacionamento. Não se tem ao lado daqueles singelos documentos que pouco revelam, por exemplo, uma única fotografia dos conviventes, algo tão comum nesse tipo de relação; conta bancária conjunta ou prova de encargos por ambos assumidos; a existência de amigos comuns [no particular, vejam-se os depoimentos das testemunhas por ela arroladas (fls. 99v. e ss.) que a respeito nada esclarecem], e assim por diante. Sequer foi tal autora, como com a outra (E.) ocorreu, inscrita em vida pelo *de cuius* como sua dependente junto à previdência social.

Em suma, nada se tem de concreto que evidencie ter havido união estável através de uma relação pública, notória e contínua, sobretudo com o *animus* de significar verdadeira entidade familiar.

Como então, em tão frágil contexto probatório, impõe-se a indagação, declarar a união estável entre S. S. e o falecido I.? Onde o *intuitu familiae*? A convivência *more uxorio*, pública e contínua? A prova da mútua assistência e assim por diante.

Ora, considerar relação adstrita à última fase de vida do *de cuius* para o fim almejado sem que estejam corroborados por fatos mesmo singelos que demonstrem ter havido efetiva vida em comum entre a demandante e aquele, em meu entender, escancara as portas à fraude, à obtenção de vantagens indevidas, gerando e incentivando, em última análise, a propalada e abominável “indústria das uniões estáveis”.

Pertinente, a propósito de tal aspecto, voto proferido pelo eminente Des. Sérgio Gischcow Pereira na AC nº 595160888 na qualidade de Relator, ínsito na *RJTJRGs* nº 175, tomo II, p. 719, com a seguinte passagem: “... Não é e nunca foi machismo querer evitar uma verdadeira ‘indústria’ de alegadas uniões estáveis, o que só colaboraria para monetarizar ainda mais as relações sócias, efeito nefasto do pós-moderno e do excesso do liberalismo econômico: não é possível que homem e mulher não consigam mais se aproximar e conviver, por pouco tempo que seja, sem que os sentimentos e afetos sejam logo convertidos em pecúnia.

“Tenho sido defensor ferrenho de direitos aos concubinos. Sempre entendi que o trabalho apenas doméstico pode credenciar o concubino ao recebimento de parcela dos bens adquiridos em comum. Porém, por óbvio, é preciso não haver dúvida sobre a configuração do concubinato ou companheirismo ou união estável...”.

Também o brilhante advogado e emérito doutrinador Fernando Malheiros, em artigo publicado na *Revista AJURIS* nº 75, acerca dos requisitos que reputa indispensáveis à configuração da união estável, leciona: “A meu juízo a qualificação jurídica da união estável carece do estabelecimento de pelo menos duas normas objetivas que, aliadas aos aspectos subjetivos, permitirão com maior segurança a configuração de fenômeno jurídico de tal magnitude.

“A notoriedade ou publicidade, a duração, a continuidade e o *animus* de constituir família, todos relevantes qualificativos presentes na Lei atual, representam paradigmas definidores de averiguação subjetiva, permitindo largueza de interpretação, sempre muito problemática quando se desce ao caso concreto e à necessidade da singularizada aplicação da justiça.

“Talvez o fenômeno jurídico de outras áreas do direito que mais se aproxime da união estável, guardadas as necessárias proporções, seja o instituto do usucapião, cujo fenômeno factual da mesma forma se constitui através da sedimentação dos fatos até que se operam as duas formas de prescrição, a extintiva secundada pela aquisitiva.

“Não é sem razão que, para a configuração deste relevante fenômeno patrimonial, o legislador ancorou seu conceito em pelo menos dois critérios objetivos – a posse e o prazo –, acrescentando pelo menos dois subjetivos: que a posse seja mansa e pacífica e que se dê com ânimo de dono pelo possuidor.

“Na união estável, ao meu sentir, também os critérios objetivos deveriam merecer prestígio da lei, e estes, considerando o surgimento do fenômeno

jurídico à margem do casamento que até o momento guarda hierarquia superior, devem se inspirar o fato jurídico solene que envolve o matrimônio.

“No casamento, a coabitação é dever expresso em lei, e obviamente, considerando que a união estável resulta do sedimento factual, também um prazo mínimo mereceria consideração, a partir do qual os efeitos passarão a se reproduzir”.

Alhures, em breve comentário à Lei nº 9.278/96, já alertara o mesmo tratadista (Fernando Malheiros): “Por isso as cada vez mais frequentes pretensões entre namorados devem ser repudiadas com veemência, pois o entendimento assente, passado e principalmente recente, de que a união estável somente poderá ser reconhecida naqueles casos excepcionais, em tudo iguais ao matrimônio civil, onde ao relacionamento somente falta a formalidade do registro público (certidão de casamento).

“De outra forma, tratando-se de namoro, ainda que presente o sexo, os favores, os pernoites, os passeios, não é possível divisar união estável onde somente presente o desejo cupidinoso de enriquecimento injusto, de vantagem indevida, de benesse desmotivada”. (ZH, de 26-05-98, p. 17)

Como se vê, para que não campeiem “enriquecimentos injustos”, “vantagens indevidas” e “benesses desmotivadas”, rígidos haverão de ser os requisitos – e sobretudo cabalmente demonstrados – para que se possa dar às relações, ainda que de cunho afetivo, o *status* de união estável.

Pelo exposto, julgo *procedente* a ação ajuizada por E. F. V. para declarar a união estável havida entre ela e o falecido I. B. P. no período compreendido

entre janeiro de 1984 até dezembro do ano de 1989; e *improcedente* a ação proposta por S. S. B. N.

Sucumbente esta autora, condeno-a no pagamento das custas processuais em relação ao feito por ela intentado, assim como no pagamento de honorários advocatícios ao procurador do espólio demandado no valor correspondente a 50 URHs, parcelas que ficam, entretanto, suspensas em termos de exigibilidade, por litigar a vencida sob o benefício da AJG. Em relação ao feito no qual restou o espólio vencido, condeno-o no pagamento das custas processuais pertinentes e em honorários

advocatícios à procuradora da autora vencedora, igualmente no valor correspondente a 50 URHs.

Traslade-se cópia da presente decisão ao feito em apenso. Com o trânsito em julgado, remetam-se cópias também aos órgãos previdenciários (IPE e INSS), para que, à luz do que foi decidido e das normas previdenciárias aplicáveis, equacionem em definitivo a questão concernente aos benefícios previdenciários que vêm sendo rateados entre as duas autoras.

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

Pelotas, 17 de janeiro de 2000.

Nilton Tavares da Silva, Juiz de Direito.

Processo nº 6219/237-2000 – Mandado de segurança

Comarca de Ronda Alta-RS

Impetrante: Fátima Isabel Pinto

Impetrado: Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Ronda Alta

Juiz prolator: Emerson Jardim Kaminski

Data: 15-06-00

Mandado de Segurança. Conselho Tutelar. Período. Direito de reconduções/releições.

Vistos, etc.

Fátima Isabel Pinto impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Senhor Presidente do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente de Ronda Alta-RS, postulando, liminarmente, a sua inscrição como candidata ao cargo de Conselheira Tutelar. Alega que a autoridade apontada coatora indeferiu o pedido de registro de sua candidatura, diante da alegação de que já havia sido reconduzida ao cargo, sendo que somente é possível a recondução por uma vez. Acrescentou que não houve recondução anterior, mas apenas prorrogação de seu mandato. Postulou, por fim, a concessão da segurança de forma definitiva.

Deferida a medida liminar, foi notificada a apontada autoridade coatora, a qual apresentou as respectivas informações no prazo legal. O Ministério Público, por sua vez, postulou a denegação da ordem. *Este é o relatório. Passo a fundamentar a decisão.*

Após detida análise da prova coligida aos autos, tenho que não assiste razão à impetrante. Segundo a abalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles, extraída

da obra *Mandado de Segurança*, 14ª ed., Malheiros Editores, pp. 15/82, o mandado de segurança é ação civil de procedimento sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo próprio, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora.

Com isso, é ele meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica para proteção de direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Noutras palavras, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação. Em última análise, direito líquido e certo é o direito comprovado de plano.

Seu objeto, por conseguinte, é sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual, líquido e certo do impetrante. Corolário lógico da própria natureza do *writ* é a comprovação de

plano da liquidez e certeza do direito do impetrante, ônus do autor em tela.

Neste sentido, ao contrário do propalado pela impetrante, verifica-se que o presidente da comissão eleitoral, encarregada da condução das eleições para o Conselho Tutelar de Ronda Alta, agiu com acerto e licitamente ao indeferir o pleito da impetrante, eis que sua decisão estava estribada no disposto pelo art. 132 da Lei nº 8.069/90, alterado pela Lei nº 8.242/91.

Conforme consta nas informações prestadas pela autoridade apontada coatora, a impetrante exerce a nobre atividade de Conselheira Tutelar desde que o órgão foi criado no Município, sendo reconduzida ao cargo em 17-03-97, conforme Atas nº 02/97 e nº 04/97, ambas de reuniões do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, aliás, situação esta expressamente admitida pela impetrante na exordial.

Em que pese a legislação municipal vigente à época da recondução não tivesse explicitado a forma pela qual se daria cumprimento ao comando do art. 132 do ECA, o fato é que foram mantidos os atuais Conselheiros Tutelares no exercício de suas funções, presumindo-se que por igual período de 03 anos.

Desta forma, interpretando-se teleologicamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se que o prazo máximo de exercício das funções de Conselheiro Tutelar é de 06 anos, independentemente da forma de recondução, cujos critérios devem ser livremente escolhidos pelos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme o disposto pelo art. 139 do referido Diploma Legal, de sorte que,

não havendo substancial diferença entre recondução ou prorrogação de mandato, basta conferir qual período de tempo que o postulante ao novo certame já exerce suas atividades para se saber se pode ou não concorrer novamente.

Ora, considerando-se os Conselheiros Tutelares prestam um serviço público relevante, evidentemente que não são servidores municipais em sentido estrito e que tenham direito à estabilidade no cargo, nem tampouco fazem jus à eternização no exercício da novel função, pois a intenção do Estatuto é a de difundir, nas comunidades municipais, a idéia da necessidade de efetivo zelo pelo cumprimento dos direitos fundamentais dos menores de 21 anos de idade, o que se obtém com a indispensável renovação dos Conselheiros Tutelares ao longo de períodos de tempo não superiores a 06 anos.

De outro lado, não se pode pretender a aplicação da Lei Municipal nº 1.078/00 a fatos pretéritos à sua entrada em vigor, na medida em que visou a regulamentar, através do seu art. 3º, a forma de recondução dos Conselheiros Tutelares somente a partir das eleições ocorrentes neste ano, ou seja, projetou seus efeitos para o futuro.

Portanto, comprovado documentalmente que a impetrante atua como Conselheira Tutelar há 06 anos, situação confessada na inicial, por óbvio que está legalmente impedida de concorrer novamente ao cargo, razão pela qual merece ser revogada a medida liminar deferida, já que apoiada em premissas falsas. Não fosse assim, estar-se-ia burlando o disposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cujas disposições

cogentes não podem ser modificadas por legislação municipal. Portanto, ausente direito líquido e certo a ser reparado por meio do remédio constitucional, o indeferimento da ordem postulada se impõe.

Diante do exposto, *nego a ordem impetrada* por Fátima Isabel Pinto contra ato do Senhor Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Ronda Alta-RS, face à não-comprovação dos pressupostos elencados no art. 1º da Lei nº 1.533/51. Condeno, outrossim, a impetrante, no

pagamento das custas e despesas processuais incidentes na espécie. Sem honorários advocatícios, porque incabíveis, face às Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Por fim, suspendo a exigibilidade da verba sucumbencial atribuída à impetrante, já que litiga sob o manto da gratuidade processual, consoante o disposto pelo art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Publique-se. Registre-se e intimem-se.

Ronda Alta, 15 de junho de 2000.

Emerson Jardim Kaminski, Juiz de Direito.

Processo nº 134 (antigo 18.003/690) – Ação declaratória de reconhecimento de união estável c/c petição de herança

Comarca de Vacaria – 1ª Vara Cível

Autora: T. C. D. T.

Réus: Espólio de S. P. L., E. B. L., E. L. C., H. N. L., M. N. L. V., E. L. B., D. T. L. D., Z. F. L. V., R. G. L. F., L. G. L. S., Z. L. P., C. L., J. D. L., G. J. L., V. F. L., A. C. S. L., M. C. S. L., R. F. S. L., J. L. S. L., N. G. M., A. L. G., I. L. G., A. G. O., R. A. G. G., M. G., D. G., E. M. L. W., J. C. L., J. V. Z. L., G. F. L. S., B. M. L. C., P. J. Z. L., E. Z. L., H. Z. L. e C. M. Z. L.

Juiz prolator: Leandro Raul Klippel

Data: 30-08-00

União estável. Coabitação por mera conveniência econômica. Ausência de afeto. Entidade familiar de exceção. Reconhecimento de ordem pública. Atenção a regras mínimas estabelecidas para o casamento. Improcedência.

Vistos.

T. C. D. T. ajuizou ação declaratória de reconhecimento de união estável c/c petição de herança contra o espólio de S. P. L., E. B. L. e demais herdeiros, narrando que manteve união estável com S. N. L., que também se assinava S. P. L., por mais de 05 anos. S. veio a falecer em 03-09-97. Foi protocolado pedido de admissão da requerente como herdeira única no processo de inventário dos bens deixados por S., sendo que, naquele feito, o inventariante teria confirmado a convivência da autora com o *de cujus*. Requereu o reconhecimento da união estável, bem como que fosse reconhecida como herdeira única dos bens deixados pelo falecimento de S.

Deferida a assistência judiciária gratuita à autora, os requeridos ofereceram contestação, na qual disseram que a

autora residiu com S., mas nunca com o intuito de constituir família. Ambos acordaram em residir na mesma casa, um suprimindo as necessidades do outro. A autora prestava serviços domésticos, e S. sustentava a casa. Este último não tinha perfeito juízo, sendo que sempre era auxiliado por terceiros em seus negócios.

Em réplica, a autora reiterou os termos da inicial. Na instrução do feito, foi ouvido o depoimento pessoal da autora e das testemunhas arroladas pelas partes. As alegações finais foram produzidas em memoriais. O Ministério Público exarou parecer no sentido da procedência do feito. Vieram os autos conclusos. É o relatório. Passo a decidir.

Cuidam os presentes autos de pedido de declaração de existência de união estável entre a autora e S. N. L., o qual já é falecido. Visa a autora, com tal reconhecimento, à obtenção de título hábil para se habilitar no processo de inventário dos bens deixados pelo *de cujus*, com fulcro na Lei nº 8.971/94. Assim, devemos verificar se estão presentes os requisitos necessários para que

tal relacionamento possa ser considerado como uma união estável que esteja ao abrigo da legislação mencionada.

Inicialmente, deve-se referir que algumas circunstâncias são incontroversas nos autos. S. e a autora conviveram sob o mesmo teto por um largo espaço de tempo, seguramente em torno de 10 anos, sendo que não restou completamente precisado nos autos qual o seu marco temporal inicial. Contudo, é certo que tal convivência somente se findou com a morte do primeiro.

O que transparece dos autos é que ambos passaram a morar juntos por mera conveniência, não havendo uma aproximação por afetividade. A autora passava por dificuldades, recebendo pequena pensão de seu falecido marido. Por outro lado, S. necessitava de alguém que cuidasse dele. Desta forma, prestaram-se auxílio mútuo, a autora realizando serviços domésticos, e S. sustentando a casa. Ressalte-se que o início de tal convivência foi promovido por familiares de S. com o fim de que este tivesse quem lhe cuidasse.

Também, sem discussão de que esta coabitação era pública e notória, sendo por todos conhecida na pequena comunidade em que viviam. Entretanto, não restou cabalmente comprovado o intuito de constituição de uma família. Para a existência de tal *animus*, necessário restar comprovado que ambos os consortes tenham presentes solidariedade e cumplicidade para que sejam alcançados objetivos comuns, formando uma só união, um só corpo social perante a sociedade. No caso presente, a situação era diversa, tendo a união entre as partes mais a característica de complementa-

ridade das necessidades individuais de cada um dos coabitantes do que a existência de união de esforços para um objetivo comum, característico da *affectio maritalis intuitu familiae*, no qual há a comunhão de ânimo e interesses no progresso da entidade familiar.

Evidente que, no caso em comento, as características existentes em tal relacionamento tangenciam a existência do objetivo de constituição de uma família, pelo auxílio mútuo prestado, o qual é expressamente reconhecido na contestação. Todavia, a presente ação deve ser julgada improcedente por outro fundamento, não devendo ser tal relacionamento considerado como união estável.

A união estável é reconhecida como forma de entidade familiar pela Constituição Federal, bem como pelas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, que estabelecem direitos para os conviventes. Entretanto, esta é considerada exceção como entidade familiar, sendo que a regra, o modelo a ser alcançado, é que tais entidades familiares se formem com o casamento. Esta é a conclusão que se chega ao interpretarmos o § 3º do art. 226 da CF. Por esta norma legal, a união estável é reconhecida como entidade familiar, mas tão-somente para fins de proteção do Estado. Destarte, a razão deste reconhecimento é de ordem pública, não de ordem privada. Além disto, o mesmo dispositivo legal estabelece que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento.

Por conseguinte, considerando-se que o mesmo parágrafo que dá direitos à união estável pugna pela conversão desta em casamento, deve-se interpretar que a união estável, embora reconhecida

juridicamente, continua a ser a exceção, sendo que o casamento ainda é a forma de entidade familiar preferencial, a regra a ser alcançada, quando da união afetiva entre um homem e uma mulher.

Não há, no ordenamento jurídico, qualquer impedimento relacionado com a idade das partes para que se estabeleça uma união estável entre um homem e uma mulher, mesmo porque esta é essencialmente uma situação de fato. Também, a idade não é impedimento para que a ordem jurídica defina a existência de direitos decorrentes desta união. Assim, não existiria qualquer impedimento a que considerássemos existente uma união estável entre as partes pelo fato de que S. tinha mais de 65 anos quando se iniciou tal relacionamento.

Contudo, se a regra constitucional estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, necessariamente devemos verificar se, em um dado relacionamento, não há impedimentos suficientemente fortes que impeçam o casamento entre as partes para que possamos considerá-lo como entidade familiar e, conseqüentemente, uma união estável geradora de direitos entre as partes. Sendo a união estável somente uma exceção, deve seguir as regras mínimas estabelecidas para o casamento.

Ademais, o dispositivo constitucional supramencionado tem a clara intenção de colocar o casamento como a forma de união preferencial para a constituição de uma entidade familiar, porquanto normatiza que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Afastando-se a necessidade de estarem presentes os requisitos bási-

cos para a realização do casamento para um dado relacionamento entre um homem e uma mulher ser considerado como união estável, estar-se-ia indo de encontro ao princípio inserto nesta norma constitucional, possibilitando-se que uniões sem o mínimo substrato moral, ético e de aceitação social fossem considerados como união estável. Basta imaginarmos a situação de uma união entre dois irmãos, ou entre tutor e tutelada.

Também, necessário referir que, com relação à classificação dos Fatos Jurídicos divulgada e recriada por Pontes de Miranda, a constituição de uma união estável, assim como o casamento, está no limiar entre o grupo dos atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

Tal classificação leva em conta uma espécie de escala com força maior da vontade na produção do efeito. No topo da classificação, estão os negócios jurídicos, nos quais é possível escolher a figura jurídica e as conseqüências queridas. São atos de autonomia da vontade. Já nos atos jurídicos em sentido estrito, a participação do agente se resume à realização ou não do ato, sendo as conseqüências todas predefinidas pela norma, as quais dependem exclusivamente do legislador, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estrutura do conteúdo das relações jurídicas respectivas. Como já referido, tanto a união estável quanto o casamento estão no limiar entre estas duas classes de fatos jurídicos *lato sensu*, pois o legislador admitiu pouca liberdade para que as partes direcionassem os seus efeitos, citando-se como exemplo de tal possibilidade de escolha de efeitos o regime de

casamento e a faculdade de estipulação acerca da comunhão dos bens na união estável (ver art. 5º da Lei nº 9.278/96).

Entretanto, para o caso presente, pouca relevância tem classificarmos a união estável como negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. Ocorre que ambas as classes *exigem* a presença de *agente capaz*, ou seja, que possa manifestar de forma válida a sua vontade, sob pena de nulidade do ato.

As causas de incapacidade absoluta estão enumeradas no art. 5º do CC. São considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos; *os loucos de todo o gênero*; os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; os ausentes, declarados tais por atos do Juiz. A consequência de um ato jurídico realizado por um absolutamente incapaz é a sua nulidade, segundo normatiza o art. 145 do CC.

No caso concreto, a prova dos autos é uniforme no sentido de que S. era portador de debilidade mental bastante acentuada, de modo que era desprovido de capacidade de fato para gerir seus bens e negócios, bem como de se autodeterminar e de entender a real natureza, efeitos e consequências de seus atos. Neste sentido, as testemunhas foram unânimes quando esclarecerem que o *de cuius* não tinha capacidade mental suficiente para ser considerado como pessoa juridicamente capaz, conforme se verifica pelos seguintes extratos de depoimentos:

– a autora, em seu depoimento pessoal, fl. 77, disse que “S. era um homem velho, doente, igual a uma criança. S. não entendia as coisas. Era uma pessoa doente”.

– J. N. D. narrou, fl. 78, que S. não era bem normal como a gente, era meio “tipo bobo como uma criança”.

– P. L. P., fl. 78v., quando foi perguntado se S. era normal, disse que este deveria ter alguma falha.

– J. F. M. K., fl. 79, referiu que “S. não era bem normal, era meio bobo”.

– J. J. R. P. esclareceu, fl. 80v., que “S. tinha problemas de cabeça. Não lia, nem escrevia. ...Este não conhecia dinheiro. ...S. não tinha condições de viver sozinho, era um homem que precisava de ter o apoio de quem conhecia as coisas. Quem dava um jeito nas coisas para S. e T. era primeiro P.; depois, com o falecimento deste, E. P. e E. traziam comida para casa, pagavam as despesas”.

– V. B. L., fl. 81, asseverou que “S. tinha sintomas de mente fraca. Não sabia ler e nem escrever. Não conhecia dinheiro. ...S. não tinha condições de constituir família pela sua idade e pela sua debilitação. ...P. e E. administravam os bens de S. S. não comprava nem vendia nada sozinho”.

– Por fim, D. L., fl. 82, afirmou que “S. aparentava ter um problema, aparentava não ser bem normal. ...Quem atendia S. era o falecido P. Este levava S. de um lado para outro, comprava comida antes e depois de S. viver com T.”

Portanto, evidente a situação de debilidade mental de S., porquanto todas as testemunhas são unânimes em narrar uma situação de anormalidade mental e de dependência deste para a realização dos atos da vida civil. Assim, evidente que, no caso em comento, incide a regra limitadora de capacidade civil trazida pelo inc. II do art. 5º do CC.

A debilidade mental gera a incapacidade absoluta de exercer pessoalmente os atos da vida civil nas pessoas dela portadoras, segundo a exegese da aludida norma legal. A expressão “loucos de todo o gênero” abrange todos aqueles que, devido a qualquer anomalia psíquica ou mental, não têm condições de entender a natureza de seus atos. Portanto, os agentes que sofrem de obnubilação mental podem adquirir direitos, mas não podem exercê-los, devendo estar representados por seus representantes legais, ou por quem for nomeado judicialmente, em todos os atos da vida civil. A aquisição de direitos somente é admitida quando não implique uma manifestação de vontade e no estabelecimento de uma contraprestação, ou seja, somente nos chamados atos-fatos, na classificação dos atos jurídicos de Pontes de Miranda.

Como regra, uma pessoa que tem qualquer debilidade mental que afete sua capacidade de entender e agir tem declarada esta condição por meio de um processo de interdição, sendo-lhe nomeado curador, o qual representa o mentalmente incapaz em todos os atos da vida civil. Quaisquer atos praticados por agente declarado incapaz e, conseqüentemente, interditado, são absolutamente nulos. Pode-se dizer que a interdição cria uma presunção absoluta de incapacidade, não podendo esta ser afastada por qualquer prova produzida em juízo, salvo se levantada a interdição.

No caso de não existir procedimento de interdição do agente, os atos praticados pelo enfermo mental também podem ser declarados nulos, na esteira do

art. 145, inc. I, do CC, pois este determina que são nulos os atos praticados pelo absolutamente incapaz, e não pelo interditado judicialmente. Ocorre que, neste caso, deve a parte interessada em decretar a nulidade dos atos praticados neste estado de incapacidade mental provar que, ao tempo em que o ato foi praticado, não tinha o agente condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil, pelo fato de já ser portador de uma debilidade ou deficiência mental. No caso concreto, deveriam ser trazidas aos autos informações suficientes para ficasse comprovado que, quando S. iniciou o seu relacionamento com a autora, não tinha esta capacidade mental para entender a natureza de seus atos, bem como as conseqüências advindas destes.

Como já referido, a prova testemunhal é farta no sentido de que S. não tinha condições de gerir seus negócios, nem entender a natureza de seus atos ao tempo em que conviveu com a autora. Não tinha esta a capacidade de entendimento dos fatos e das conseqüências destes atos, necessitando, desta forma, ser representado por quem de direito.

Destarte, de acordo com o art. 5º c/c o art. 145 do CC, bem como a analogia com o impedimento para o casamento disciplinado pelo art. 183, IX, também do CC, não pode ser considerado como união estável o relacionamento existente entre a autora e S., pois este último não tinha capacidade volitiva suficiente para o correto entendimento de seus atos e das conseqüências e efeitos destes. Retomando o raciocínio desenvolvido parágrafos acima, não se pode considerar possível alguém constituir famí-

lia por meio de união estável, sendo mentalmente incapaz, quando o modelo de instituição familiar estabelecido pelo legislador constitucional, qual seja o casamento, não pode ser realizado quando um dos cônjuges é incapaz.

O reconhecimento da existência de uma união estável somente é possível quando presentes os pressupostos de validade dos atos jurídicos, normatizados pelo Código Civil no seu art. 82, quais sejam *agente capaz*, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Ausente qualquer um deles, resta impossível considerarmos que um dado relacionamento é efetivamente uma união estável.

Conseqüentemente, o juízo de improcedência do presente feito se impõe, uma vez que não estão presentes os pressupostos necessários para que possamos considerar que a convivência entre a autora e S. N. L. fosse efetivamente

uma união estável, restando prejudicado o pedido de petição de herança.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação declaratória de reconhecimento de união estável c/c petição de herança ajuizada por T. C. D. T. contra o espólio de S. P. L., E. B. L. e demais herdeiros.

Condeno a requerente ao pagamento das custas processuais, bem como aos honorários advocatícios devidos ao patrono do demandado, arbitrados em 10 URHs, de acordo com art. 20, § 4º, do CPC, em face de não haver condenação, tendo em vista a natureza da causa e o trabalho despendido, suspendendo a executividade das verbas sucumbenciais, em face da concessão da assistência judiciária gratuita à autora.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.
Vacaria, 30 de agosto de 2000.

Leandro Raul Klippel, Juiz de Direito.

Processo nº 1196446726 – Reparação de danos
Comarca de Porto Alegre – 2ª Vara da Fazenda Pública – 1º Juizado
Autoras: Massa Falida Pastifício Caxiense S/A Ind. e Com. e Dal Pont Participações e Comércio Ltda.
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Juiz prolator: Pedro Luiz Pozza
Data: 26-12-00

Ação de reparação de danos. Interdição pela Vigilância Sanitária. Divulgação. Responsabilidade civil do Estado. Danos de imagem.

RELATÓRIO

Versa a presente sobre ação de reparação de danos ajuizada por Pastifício Caxiense S/A Indústria e Comércio e Dal Pont Participações e Comércio Ltda. contra o Estado do Rio Grande do Sul.

Inicia a primeira autora a exordial dizendo ser uma empresa com 50 anos de tradição na produção de massas alimentícias e biscoitos, com distribuição não apenas neste Estado, como também nos Estados de Santa Catarina e Paraná, tendo, com a preocupação de fornecer produtos de qualidade, conquistado grande número de clientes e encontrar-se em terceiro lugar em preferência no *ranking* do segmento no Rio Grande do Sul. Assevera o fato de sempre ter buscado a qualidade de seus produtos e a higiene, limpeza e sanitização em suas instalações, inclusive, com o auxílio da Delegacia Regional da Saúde, por intermédio de cursos aos funcionários, além da presença de técnicos na área, sempre no afã de preservar seus produtos e evitar problemas de qualquer natureza.

Comenta que, no dia 26-07-95, foi informada pelo cliente Supermercado Na-

cional de Guaíba da apreensão de algumas mercadorias ao mesmo fornecedoras, realizada pela Vigilância Sanitária daquele Município, sob suspeita de haverem sido contaminadas com querosene, segundo queixa de uma consumidora àquele Órgão. Informa ter deslocado alguns funcionários, no dia seguinte, até o local, para saber de algo sobre o ocorrido, sendo então informada de que a mercadoria seria submetida a exame no IML, vindo, em face disto, a requerer algumas unidades da mercadoria sob suspeita, para a encaminhar também para análise que encomendara. Deste dia passaram-se, segundo alega, 03 meses sem saber do resultado exato do exame ou porque em diversos clientes seguiam as apreensões de seus produtos, apenas obtendo informações oficiosas de que na mercadoria haviam encontrado veneno de rato. No dia 07 de dezembro do mesmo ano, refere, foi interditada por um técnico da Secretaria da Saúde do Estado, sem ser ainda informada dos motivos do ato, somente levantada no dia 19 seguinte.

Comenta que o fato foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação, inclusive com alerta de funcionários do Estado sobre os problemas de saúde que poderiam ser gerados caso consumidas as mercadorias similares

não-apreendidas, e pedidos de que as mesmas fossem trocadas por outras marcas, embora a empresa que havia contratado para também analisá-las refutava tais afirmações, tentando demonstrar o equívoco que acontecera. Refere também que neste intervalo ocorreu a devolução dos produtos que havia vendido, restando um débito junto aos seus fornecedores e funcionários o qual não tinha condições de pagar, vindo a receber um financiamento do Banco do Estado na tentativa de reparar o prejuízo gerado por erro do próprio Estado.

Tece comentários acerca dos motivos que levaram à errada análise e conclusão do IML e aponta a desconsideração da Secretaria da Saúde com o caso, referindo que ela, diante de análises feitas por outros laboratórios com prestígio interessados no caso, assim como frente ao que a própria autora havia encomendado, ambos contrariando o que se divulgava na imprensa, dificultou o levantamento da interdição e não comunicou às delegacias espalhadas pelo Estado o equívoco, fazendo com que suas mercadorias não pudessem ser comercializadas. Informa ainda que logo em seguida, em face da impossibilidade de pagamento dos funcionários e fornecedores, requereu ao Juízo de Caxias do Sul concordata preventiva, que fora deferida.

A segunda autora informa ter origem da transferência das cotas da demandante principal, transformando-se na sua principal acionista desde então, o que a legitima para requerer a indenização também junto ao Estado em face da desvalorização das ações. Sustentam as autoras que a interdição de seu estabelecimento feita pelo Estado foi arbitrária,

sem observância do devido processo legal, que se depreende dos fatos supranarrados. Invocam o previsto no § 6º do art. 37 da CF e dizem ter o réu desrespeitado o que determinam os arts. 517 do Decreto nº 23.430/74 e 13 da Lei nº 6.437/77, motivo pelo qual desejam vê-lo responsabilizado pelo ocorrido. Ao final, requerem a condenação do Estado ao pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos, conforme pretensões enumeradas às fls. 60/62. Acostam documentos das fls. 63/678, distribuídos em quatro volumes.

Citado, compareceu nos autos o Estado do Rio Grande do Sul, refutando a narração das empresas-autoras. Alega ter agido em consonância com o previsto em dispositivos do Decreto nº 6.437/77, sob abrigo do poder de polícia em proteção à saúde pública. Diz serem infundados os pedidos das autoras, impugnando-os na totalidade. Refere não poder ser responsabilizado por problemas econômico-financeiros pelos quais passaram as autoras após a interdição e que, se a divulgação do fato abalara seu crédito, entendendo ter havido abuso, poderiam processar os que assim agiram. Postula a improcedência da ação. Acosta documentos das fls. 693/782.

Houve réplica. À fl. 831, manifestou-se o Ministério Público. Na instrução, ouviram-se as testemunhas arroladas pelas partes. Comparecem as autoras nos autos, informando da declaração da falência da primeira autora (fls. 1.249/1.251). Além disso, foi realizada prova pericial, vindo aos autos o laudo das fls. 1.293/1.304, acerca do qual manifestaram-se os litigantes. Manifestaram-se as partes em memoriais. Com vista dos autos, o Ministério Público manifesta-se

pela parcial procedência da demanda. Conclusos os autos, só os recebi em 15-08-00, em virtude de designação para o Projeto Sentença-Zero. Relatados, passo a fundamentar.

MOTIVAÇÃO

A demanda merece parcial acolhida, na esteira do brilhante parecer do Ministério Público, da lavra do Dr. Roberto Varalo Inácio, que, para evitar tautologia, adoto como razões de decidir, passando a fazer parte integrante do presente decisório, *in verbis*: "... 4. A matéria diz respeito à responsabilidade civil do Estado, tal como previsto no art. 37, § 6º, da CF. Depreende-se da inicial que a interdição da empresa Pastificio, promovida pela Secretaria Estadual da Saúde e do Meio Ambiente, no mês de dezembro de 1995, estaria eivada de ilegalidade e abusividade. Em face dessa questionada decisão administrativa, a autora teria sofrido os danos morais e patrimoniais relacionados na inicial, fundamento da pretensão indenizatória. A responsabilidade civil do Estado está condicionada a alguma falha ou ao mau funcionamento do serviço público. Desnecessário, para firmá-la, indagar da culpa, bastando estabelecer o nexo de causalidade entre o agir do servidor e o dano ou prejuízo supervenientes, sem a culpa da outra parte. É a chamada responsabilidade objetiva pelo risco administrativo. Nem sempre, porém, o dever de indenizar do Estado foi posto nesses termos, como a farta doutrina relacionada com a matéria tem-se ocupado de mostrar.

"Em abrangente estudo sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, o Min. Carlos Velloso traçou, em linhas

didáticas, a sua evolução doutrinária: 'Segundo Hely Lopes Meirelles, forte em José de Aguiar Dias, foram três as fases por que passou a responsabilidade civil do Poder Público: da irresponsabilidade absoluta da Administração passou-se para a fase da responsabilidade civilística e, desta, para a fase da responsabilidade pública. Preferimos, de nossa parte, registrar quatro fases distintas: da absoluta irresponsabilidade civil do Poder Público passou-se à fase da responsabilidade subjetiva, em que predominava o elemento culpa, por isso denominada de fase civilística; na 3ª fase, tivemos a responsabilidade com base na idéia denominada de *faute du service*, dos franceses, na qual se deu a publicização da culpa; finalmente, na 4ª fase, chegou-se à responsabilidade objetiva, em que pouco importa a culpa, exigindo-se, apenas, o fato do nexo causal entre o dano e o ato do agente'. (*Responsabilidade Civil do Estado, in Revista Jurídica* nº 161/129, março/91)

"O mesmo Min. Carlos Velloso foi Relator de esclarecedor julgado relacionado à matéria: 'Responsabilidade civil do Estado. CF/67, art. 107, e CF/88, art. 37, § 6º. I – A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em

razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais'. (RE nº 113.587-5-SP, 2ª Turma do STF, *DJU*, de 03-04-92)

“Por sua vez, ensina Caio Mário da Silva Pereira: ‘A pessoa jurídica de Direito Público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexó de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido (*Revista dos Tribunais* vol. 484, p. 68). Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de *in rem verso*, da Administração contra o agente. Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. (...) A aceitação da teoria do risco administrativo não significa, entretanto, que o Estado é responsável em qualquer circunstância. (...) Embora predomine a doutrina objetiva, a culpa da vítima pode afastar ou diminuir a responsabilidade’. (*Responsabilidade Civil*, Ed. Forense, 2ª ed., p. 142)

“O festejado Hely Lopes Meirelles, por sua vez, com sua peculiar clareza, assim expôs a matéria: ‘A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administra-

ção. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. (...) O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46’.

“Prosseguindo o exame, o mesmo mestre procurou situar a distinção entre a teoria do risco administrativo, acolhida pelo Direito brasileiro, e a teoria do risco integral: ‘Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização’. (*Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 14ª ed., pp. 550/551)

“5. Na hipótese em exame, o ato danoso do Estado seria a decretação da

interdição da empresa, a partir de 07-12-95, mediante a lavratura de auto de infração. Motivação do ato: existência de laudos técnicos constatando a presença, em produtos alimentícios produzidos pela autora (biscoitos marca Pérola), de derivados cumarínicos, princípio ativo de veneno de rato.

“Sustenta o Estado inexistir nexo causal a impor-lhe a obrigação de indenizar. No exercício do regular poder de polícia sanitária, teria agido em proteção da população, tendo em vista a ocorrência, nas cidades de Guaíba e Porto Alegre, de casos de intoxicação química de pessoas (duas ou três, segundo noticiado nos autos), após consumo de biscoitos produzidos pela autora. Como medida cautelar, após a realização de exames laboratoriais, a interdição do estabelecimento industrial da autora, na cidade de Caxias do Sul, foi decidida pela Secretaria Estadual da Saúde e do Meio Ambiente, por iniciativa da Delegacia de Vigilância Sanitária. Na avaliação do Estado, a autora, ao comercializar produtos contaminados, em desacordo com as condições de sanidade exigidas em lei, teria criado situação de risco para a população, a obrigar os órgãos responsáveis pela fiscalização sanitária a agir. Não se haveria de falar, em razão disso, em nexo causal entre o ato de interdição e os danos resultantes, pois a situação de risco teria sido criada exclusivamente pela autora.

“Não assiste razão ao Estado. Embora tenha, inicialmente, agido no regular exercício do poder de polícia sanitária, ao decidir pela apreensão de produtos alimentícios suspeitos de contaminação – uma vez registrados casos de intoxicação em consumidores –, é certo que os

desdobramentos seguintes, em especial o ato de interdição do estabelecimento da autora, consagraram abusividade, a impor o dever de indenizar os danos resultantes.

“Vê-se que as suspeitas de contaminação dos biscoitos produzidos pela autora começaram em 26-07-95, quando uma consumidora teria passado mal após ingerir biscoitos marca Pérola, adquiridos no Supermercado Nacional, na cidade de Guaíba. A partir daí, a Vigilância Sanitária do Município de Guaíba passou a apreender os produtos para análise. E o primeiro laudo técnico, realizado pelo IML a pedido do IPB, em 22-08-95, sem descrição específica do método utilizado, concluiu que a amostra de biscoitos marca Pérola continha ‘um veneno derivado cumarínico’ (fl. 114). Outros exames se seguiram, também pelo IML, mediante utilização do método da cromatografia em camada delgada, sempre identificando a presença de derivados cumarínicos no material examinado. E a conclusão era categórica: ‘veneno usado como raticida’ (fls. 733 e ss.). Avaliações posteriores, pelo mesmo método da anterior, agora em produtos alimentícios recolhidos na indústria, também apontavam a presença de derivados cumarínicos. E o IML concluía, expressamente, pela presença de veneno de rato no material examinado.

“Ocorre que esses exames prévios realizados pelo IML, que indicavam a presença de veneno de rato nos produtos alimentícios do Pastifício Caxiense, não eram confiáveis, como posteriormente ficou demonstrado nos autos. Tanto isso é verdade que os laudos posteriores, em especial o realizado pela Fundação Oswaldo Cruz, por meio do

Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde, não confirmam as suspeitas iniciais. Esse Instituto, de reconhecida idoneidade, valendo-se do método da cromatografia gasosa, mais precisa que a cromatografia em camada delgada, analisou biscoitos Pérola integrantes da mesma produção daquela com suspeita de contaminação e concluiu pela inexistência de contaminação por Warfarina ou por Brodifacoum (princípio ativo do produto *Klerat*), ou seja, não identificou presença de raticida no material examinado (fls. 709 e ss.).

“A mesma conclusão constou no laudo produzido pelo órgão Pró-Ambiente Análises Químicas e Toxicológicas, de Porto Alegre, contratado pela empresa-autora para fazer perícia nos produtos suspeitos de contaminação. Como se vê às fls. 755/758, o método da cromatografia em camada delgada, utilizado pelo IML, ‘não possui especificidade para derivados cumarínicos’. Logo, na explicação do técnico, os resultados obtidos por esse método não se mostram confiáveis, já que ‘inúmeras substâncias orgânicas podem apresentar idênticos comportamentos aos constatados para os cumarínicos, inclusive componentes naturais, inerentes à composição química do cereal trigo’. Ainda sobre esse exame, chama a atenção que foram avaliados, pelo método da cromatografia em camada delgada, produtos da autora e de outros fabricantes (biscoitos, massas, farinhas de trigo, etc.). E a conclusão impressiona: dos 19 itens examinados, todos os produtos à base de farinha de trigo apresentaram resultado positivo para derivados cumarínicos. A prevalecer a avaliação inicialmente feita pelo IML, não só os produtos da autora,

mas todos os demais disponíveis no mercado, que contenham farinha de trigo na sua composição, poderiam estar condenados por contaminação com derivados cumarínicos.

“Fica evidente, então, que os laudos iniciais, que condenavam os produtos da autora, não eram confiáveis. Isso porque o método da cromatografia em camada delgada pode apontar a presença nos alimentos de derivados cumarínicos, mas não tem condições de especificar se esses componentes são naturais (presentes no reino vegetal) ou sintéticos (princípio ativo de raticidas). Essa conclusão também é possível retirar do laudo pericial das fls. 1.294/1.304, produzido pela Prof^a Isa Noil, especialista em Toxicologia de Alimentos e perita do Juízo. A *expert*, após abrangente exame acerca dos métodos laboratoriais, aponta diversos fatores ‘que mostram a inespecificidade da CCD [cromatografia em camada delgada] para a determinação de compostos cumarínicos nas amostras de biscoitos do Pastifício Caxiense’. (fl. 1.302)

“Refere a sra. perita: ‘O método CCD [cromatografia em camada delgada] não possui especificidade para derivados cumarínicos e nem para qualquer outro tipo de substância presente em qualquer tipo de matriz. Na verdade, *deve-se ter em mente que a CCD (como outros métodos cromatográficos) é um método de separação, por excelência.* (...) A confirmação da identidade do(s) composto(s) é fator preponderante, que pode ser feita por cromatografia bidimensional ou por derivatização’. (fl. 1.298, grifos apostos)

“Ouvida em audiência, às fls. 1.209/1.211, a Eng^a Química Justina Ines

Toneser Mamhud, responsável técnica pela empresa-autora, trouxe importante avaliação sobre os métodos empregados na análise de contaminação de alimentos. Refere a testemunha que o método da cromatografia em camada delgada, usado nas primeiras avaliações dos produtos da autora, assim que surgiu a denúncia de possível contaminação, ‘é um método artesanal, bem menos preciso’. Os métodos da cromatografia gasosa e da espectrometria de massa são mais precisos. Afirma a testemunha, ainda, que não era possível que os produtos da empresa estivessem contaminados com veneno de rato, ‘porque o controle de pragas é feito somente externamente e por pessoal especializado da Multicontrol’.

“Enfim, é possível concluir que em face de laudos técnicos imprecisos feitos pelo IML, as autoridades estaduais da área da saúde pública decidiram pela interdição do estabelecimento industrial da autora, paralisando suas atividades fabris e comerciais, pelo período de 16 dias. E o próprio Estado veio a reconhecer, mais tarde, que a interdição havia-se baseado em suspeitas de contaminação não-confirmadas: em 21-12-95, o Secretário de Estado da Saúde e do Meio Ambiente em exercício, Sr. Marinon Porto, remetia ofício aos Órgãos de Vigilância Sanitária do Estado (e também à direção da empresa, conforme documento da fl. 247), levantando a interdição do estabelecimento da autora, em razão de que ‘os resultados das análises de amostras de produtos alimentícios (biscoitos) fabricados pelo Pastifício Caxiense S. A. Indústria e Comércio não oferecem indicação de contaminação por Warfarin [princípio ativo do veneno de rato],

conforme exames por espectofotometria de massa realizado pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde’ (fl. 245).

“A interdição do estabelecimento da autora, então, foi ilegal e abusiva, constituindo-se um excesso diante do problema constatado. Não havia um surto de intoxicação química, como chegou a afirmar o réu, pois isso pressupõe um número considerável de pessoas doentes. Os autos dão conta do registro de apenas três pessoas doentes (veja-se o documento da fl. 729). A interdição, nesses termos, é desproposita: por conta de apenas três casos de intoxicação, interrompe-se a produção e o comércio de uma grande empresa de alimentos, com mais de 40 anos de atuação na economia de sua região, que emprega centenas de pessoas e que atende – em toneladas – todo o Estado do Rio Grande do Sul e ainda Santa Catarina e Paraná. A interdição é ilegal porque em absoluto descompasso com a graduação de penalidades estabelecida pelo art. 2º da Lei nº 6.437/77, que dispõe sobre infrações à legislação sanitária federal. Se a Vigilância Sanitária tinha suspeitas de contaminação em pacotes de biscoitos, por que não apreender, em medida cautelar, apenas os lotes de produtos suspeitos para posterior avaliação? Haveria, aí, resguardo legal em face da razoabilidade da medida administrativa (art. 2º, inc. III, da Lei nº 6.437/77).

“Mais: haveria razoabilidade na interdição de todo o estabelecimento se tivesse havido, efetivamente, um surto de intoxicação por produtos produzidos pelo Pastifício. No resguardo da saúde pública, encontraria a Administração respaldo legal para fazer prevalecer o in-

teresse público, em detrimento dos interesses da direção da empresa autuada e de seus inúmeros empregados, que sofreriam prejuízo, por certo. O problema, entretanto, foi localizado: e o documento da fl. 729, como precisamente alertou a autora, dá a entender que os biscoitos consumidos pelas pessoas intoxicadas já estariam com prazo de validade vencido havia alguns meses. Não há certeza quanto a isso, mas é um indício que não pode ser desprezado.

“Ademais, se a vistoria realizada na empresa não encontrou qualquer anormalidade nas suas condições de funcionamento, relativamente à higiene, conforme laudo contido nos autos; se a suspeita de contaminação estava restrita a pacotes de biscoitos adquiridos em um supermercado; e se a empresa, além de biscoitos, também produzia massas alimentícias, não há como deixar de concluir que a interdição de todo o estabelecimento foi abusiva. E precipitada, pois impunha-se que os órgãos de saúde pública do Estado procedessem à realização de novos laudos técnicos nos produtos apreendidos, valendo-se de métodos mais precisos, permitindo à autora o exercício de seu legítimo direito de defesa (mediante produção de contraprova), para só então deliberar – se o interesse público assim o recomendasse – pela interdição.

“E os danos causados pela interdição são inquestionáveis. A notícia de que os produtos da empresa (e não só dos biscoitos) estavam contaminados correu o Estado, já que os Órgãos de Vigilância Sanitária se encarregaram de fazer o alerta. O próprio Secretário de Estado da Saúde e do Meio Ambiente, Deputado Germano Bonow, em notícia

publicada no jornal *Correio do Povo*, logo após a decretação da interdição, alertava a população para que não consumisse os produtos do Pastifício Caxiense, pois continham veneno para rato, ‘que pode levar à morte se for ingerido’ (fl. 151). Tratando-se de uma empresa fabricante de alimentos, um alerta dessa natureza equivale a uma sentença de morte. Os consumidores deixam de adquirir os produtos da empresa, pois a nuvem de suspeita não se dissipa mais. Quem se arrisca a consumir produtos que podem, segundo o Secretário de Estado da Saúde e do Meio Ambiente, conter veneno de ratos? O dano à imagem, especialmente, é inarredável. Veja-se que a autora deixou de comercializar seus produtos, depois da interdição, em importantes redes de supermercados, como o Carrefour e o Zaffari.

“Deve-se levar em conta, no entanto, na aferição da indenização cabível à autora, que a sua falência não pode ser atribuída, exclusivamente, à atuação do Estado na malograda interdição. É certo que a empresa já possuía dificuldades de ordem financeira, como a própria inicial se encarrega de dar conhecimento. E o réu, por sua vez, trouxe informações importantes sobre ‘o declínio financeiro’ do Pastifício Caxiense, que possuía diversos débitos inscritos junto à Secretaria Estadual da Fazenda, relativamente aos anos de 1991, 1992, 1993 e 1994, anteriores, portanto, à interdição (fls. 1.217 e ss.). Mas os fatos descritos na inicial são determinantes para comprometer, em definitivo, a própria saúde financeira da empresa. Um quadro esclarecedor sobre as conseqüências sofridas pela autora, em razão da interdição, é encontrado no depoimento da

testemunha Eloi Lino Turmina, funcionário da empresa havia 25 anos (fl. 1.210v.).

“6. A ação procede, portanto, já que estabelecido o nexu causal entre o agir do Estado e os danos resultantes. Devem os pedidos deduzidos na inicial ser acolhidos em parte, nos termos a seguir propostos.

“*Danos materiais: período sem faturamento, por ocasião da interdição (item a da inicial)*. Entende este Órgão que a indenização é cabível, porque a interdição, embora revestida de aparente legalidade, decorreu de abuso da Administração.

“*Danos materiais decorrentes da diminuição do faturamento da empresa após e em vista da interdição (item b)*. Pedido que deve ser acolhido. Naquilo que for comprovado, caberá indenização por queda de faturamento da empresa. Para tanto, deve-se ter em consideração o documento fornecido à fl. 102. Quanto ao termo final dessa indenização, sugere-se o termo inicial da falência da empresa, 18-03-96 (fls. 1.249 e ss.).

“*Danos decorrentes do aumento de pedidos de troca das mercadorias vendidas antes da interdição e em face de buscas e apreensões de mercadorias determinadas pela Secretaria Estadual da Saúde (item c)*. Esse pedido não pode ser acolhido. Era razoável que as mercadorias produzidas pela autora antes da interdição, naquele período, fossem recolhidas, ante a constatação prévia de que os produtos não eram apropriados para consumo. Era legítimo que os adquirentes postulassem trocas de mercadorias adquiridas da autora. Ademais, não há a necessária comprovação nos autos no que tange a esse item.

“*Danos em relação à imagem da autora junto a seus clientes e população em geral (item d), danos em relação às marcas fabricadas pela autora (item i) e danos morais (item h)*. Esses danos imateriais devem ser indenizados, porque evidentes. Caberá ao juízo arbitrar o valor correspondente, tendo em mente os critérios fixados pela jurisprudência.

“*Danos referentes à necessidade de veiculação de campanha publicitária amenizando os efeitos da interdição (item g)*. Entende-se que essa postulação está prejudicada diante da falência da empresa. E não houve demonstração de que, antes da decretação da falência, a autora tivesse promovido campanha publicitária para esse fim.

“*Danos imateriais decorrentes da perda de mercado consumidor para empresas concorrentes (Isabela, Coroa, etc.) (item i)*. Embora seja muito provável que essa perda tenha acontecido, já que o mercado de produtos alimentícios é inegavelmente competitivo, não há como mensurar, em termos quantitativos, a dimensão dessa perda de mercado, em face dos elementos de prova trazidos aos autos. É um item a ser considerado por ocasião do arbitramento de valor relativamente à indenização pelos danos morais e à imagem (danos extrapatrimoniais) sofridos pela autora.

“*Danos materiais decorrentes do fato de que a autora, para manter-se no mercado, teve de baixar o preço de seus produtos quase abaixo do preço de custo, para, ao menos, tentar vender alguma coisa (item i)*. É mais um item a ser avaliado por ocasião do arbitramento do dano moral e à imagem (extrapatrimonial), em razão da dificuldade, dian-

te dos elementos de prova colhidos, de determinar o montante dessa eventual redução de preços efetuada pela autora, na tentativa de continuar operando. É uma linha tênue a confundir-se com a prática de atos ruinosos desencadeadores da falência.

“Danos emergentes e lucros cessantes, na forma mais ampla possível (item k). O pedido referente aos danos emergentes já está englobado nos anteriores pedidos de indenização por danos materiais. Quanto aos lucros cessantes, o pedido deve ser acolhido, a abranger o período entre a interdição (07-12-95) e o termo inicial da falência (18-03-96). Em liquidação de sentença, caberá à autora demonstrar a ocorrência de diminuição nas vendas a redes de supermercados e outros atacadistas e demais pontos de venda de seus produtos.

“Para a co-autora Dal Pont, indenização referente à perda no valor patrimonial de suas ações junto ao Pastifício Caxiense (item l). Em liquidação de sentença, caberá à co-autora demonstrar essa perda, considerando o período imediatamente anterior à decretação da interdição e o termo inicial da falência da empresa.

“Pelo exposto, opina o Ministério Público pela procedência parcial da ação, nos termos acima examinados”.

Gize-se, ainda, o fato de que nem mesmo os laudos do IML, realizados após a interdição, eram conclusivos, pois, conforme se vê das fls. 193/207, de quinze amostras de produtos analisadas, apenas cinco apresentavam derivados cumarínicos, ao passo que as outras dez, ou seja, a maioria, não apresentavam qualquer contaminação – não se

esquecendo, aliás, que os derivados cumarínicos, como bem salientou o Ministério Público em seu parecer, podem ser encontrados em todos os derivados de trigo, justamente os produtos produzidos pela autora.

Ademais, nenhum laudo, mesmo os produzidos pelo IML, apontava contaminação das massas produzidas pela autora, mas tão-somente nos biscoitos. Assim, e na medida em que o Coordenador da Vigilância Sanitária havia fiscalizado a sede da empresa, em 11-10-95, verificando que todo o seu processo de fabricação estava regular, sem possibilidade de contaminação do produto final por produtos cumarínicos, conforme fl. 112, quando muito (e isso apenas para argumentar) poderia o réu proceder à interdição da fabricação dos biscoitos, não de toda a produção da autora, que também fabricava massas.

Aliás, a própria Lei nº 6.437/77, em que se baseou o réu para proceder à interdição, refere a possibilidade de que ela seja parcial ou total – art. 2º, inc. VIII. Note-se que o próprio documento da fl. 143, originário da Casa Civil do Governo do Estado, que é de uma infelicidade gritante, faz menção, tão-somente, à intoxicação de pessoas que comeram biscoitos Pérola, não fazendo qualquer menção às massas Diana, também fabricadas pela autora. Apesar disso, a Secretaria Estadual da Saúde e Meio Ambiente divulgou aos quatro ventos que todos os produtos da autora estavam contaminados, o que resultou, logicamente, na sua apreensão em vários Municípios, consoante fls. 120/135 e 149, sem distinção entre biscoitos e massas. E, logicamente, isso obrigou a

autora a recolher produtos em vários pontos de venda, como, por exemplo, junto à rede Zottis/Mobycenter, como se pode ver à fl. 148, documento não-impugnado pelo réu.

De outra banda, a pura e simples interdição da totalidade da produção da autora era medida totalmente temerária, considerando que até então havia apenas cinco testes realizados pelo IML (fls. 114/118) (que os fez porque o laboratório estadual responsável pela análise de alimentos estava sem condições de realizá-los, pois, ao que se sabe, não é sua atribuição ordinária, o que, logicamente, contribuiu para os resultados equivocados), e apenas uma notícia de três pessoas intoxicadas após ingerirem biscoitos Pérola vencidos há quase 05 meses, consoante comprova o documento da fl. 729, preenchido em formulário próprio da Secretaria da Saúde, jamais se podendo cogitar de um surto, como propalado pelas autoridades da Vigilância Sanitária do Estado, mas de casos isolados, que poderiam justificar, pura e simplesmente, a apreensão dos produtos contaminados, não a interdição total da linha de produção de uma grande empresa.

Aliás, tivesse antes da interdição a Secretaria da Saúde e Meio Ambiente feito a vistoria relatada às fls. 184/187, por certo não teria levado a efeito tal medida drástica e totalmente descabida, pois ali foi verificado que: “Não se tem dados suficientes para relacionar a desratização com a contaminação química detectada nos laudos do IML”, que, aliás, só veio a confirmar o apurado por outro técnico da Vigilância Sanitária Estadual, conforme consta do documento da fl. 112. E, ante essa situação,

obviamente que não poderia o Estado agir como agiu.

A respeito do assunto, aliás, cumpre referir o magistério do sempre festejado José Aguiar Dias, em sua conhecida obra *Da Responsabilidade Civil*, ao tratar da interdição, pelo Poder Público, de estabelecimento comercial, industrial, etc. “Outra espécie semelhante: certo indivíduo, dono de um açougue, foi intimado formalmente pelo Prefeito da cidade a fechar o seu estabelecimento, sob o fundamento de que sua mulher era portadora do mal de Hansen. Teve de obedecer e experimentou vultosos prejuízos. Tempos depois, foi-lhe permitida a reabertura do negócio, mas isso nenhum proveito pôde trazer ao prejudicado, que não teve aí senão uma oportunidade para verificar que sua freguesia se transferira aos concorrentes, seja em virtude da falta de concorrência anterior, seja por perdurar no seu espírito a má impressão a respeito da doença da mulher. Ficou provado que a Administração Municipal obrara precipitadamente e interditara o açougue por mera suspeita, sem ouvir sequer o parecer de um médico. Assumira essa atitude tão-só em homenagem ao rumor popular, que se verificou não ter fundamento. Nessas condições, nada mais acertado do que a sua condenação às perdas e danos sofridos pelo açougueiro. A espécie dá idéia bem nítida da distinção a fazer entre atos de mero arbítrio e os de polícia, no caso, sanitária. Provado o fundamento, a cessação das atividades do estabelecimento se legitimaria, como ato de defesa da saúde da população.

“O Tribunal de São Paulo decidiu em termos idênticos, responsabilizando a Municipalidade, que fizera interditar

um estabelecimento comercial por estar funcionando em condições precárias de segurança e higiene. Aqui, a responsabilidade do Poder Público derivou do fato de não haver recorrido ao Poder Judiciário, para obter dele o necessário mandado. A medida, em princípio, se justificava. O processo empregado, porém, constituiu excesso. Votou vencido o Des. Antão de Moraes, que mostrou haver lei que autorizava a providência, mediante formalidades que foram cumpridas. O Judiciário, nesses casos, apenas intervém para evitar excessos.

“A Prefeitura do Distrito Federal, por suspeita de que certo gado estabulado estava atacado de tuberculose, fê-lo abater, sem proceder a arbitramento prévio de seu valor. Ofereceu, depois, indenização ao proprietário, que a recusou, por achá-la insuficiente, intentando contra a Municipalidade a competente ação de reparação do dano, tanto mais porque, dispondo os regulamentos sanitários que os despojos seriam entregues ao proprietário, para aproveitamento em outros misteres que não o consumo da população, isso não tinha sido feito. A sentença de primeira instância mandou indenizar os prejuízos globais verificados, considerando inconstitucional a lei municipal que autorizava o ato, em contrário ao Regulamento da Saúde Pública, decreto federal, que não podia ser revogado por aquela. O Tribunal Pleno julgou, porém, constitucional a lei. Em obediência a essa decisão, a 4ª Câmara, apreciando o mérito, reformou a sentença apelada, para mandar pagar tão-somente o valor dos despojos não-ressituídos ao dono do gado. Parece, entretanto, que a 4ª Câmara foi levada a esse resultado por lhe ser forçoso acatar a

decisão do Tribunal sobre a constitucionalidade da lei, porque considerou: a) que, quando a coisa perece por fato alheio à vontade do seu dono, tem este ação contra o culpado dos prejuízos advindos; b) que quem viola direito ou causa prejuízo a outrem está obrigado a reparar o dano; e c) que a prática de ato ilícito, para remover perigo iminente, quando o dono da coisa não seja culpado do perigo, acarreta, sem embargo de sua natureza, a obrigação de indenizar; argumentos, todos, que conduzem à conclusão da sentença apelada.

“A questão é, como se vê, cheia de interesse. Em primeiro lugar, suscita a pergunta: simples suspeitas justificarão o procedimento da repartição em tais casos? Cremos que não, tendo em vista que ela dispõe de recursos científicos capazes de positivar ou de afastar essas suspeitas. Em nossa opinião, a menos que ocorra caso de extrema urgência, a saber, quando os sintomas apresentados pelos animais, para valer-nos do exemplo discutido, sejam alarmantes e indiquem um *morbus* que exija, no interesse da saúde pública, pronta e rápida extinção, é pelo menos precipitado o ato da autoridade. Salvo se o único meio de apurar a suspeita seja o sacrifício dos animais sob observação. A suspeita razoavelmente levantada pelo técnico, mas que só se possa confirmar pelo exame das vísceras, é motivo suficiente para a eliminação do gado, como única forma de defesa da saúde pública, que prima sobre o interesse do proprietário.” (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1987, pp. 700/702)

Ora, a lição do renomado mestre cai como uma luva para a hipótese dos autos, pois o Estado, com base em

apenas cinco laudos que davam conta da contaminação de biscoitos Pérola por derivados cumarínicos, que, como vimos, podem ser encontrados até mesmo em vegetais, entre eles o trigo, matéria-prima dos biscoitos e massas, e uma única notícia confirmada de intoxicação de três pessoas, que ingeriram os referidos biscoitos depois de vencidos há quase 05 meses, desconsiderou o relatório do Chefe da Vigilância Sanitária de Caxias do Sul (fl. 112), que descartava a possibilidade de contaminação dos produtos na linha de produção, e procedeu, temerariamente, à interdição de toda a linha de produção, inclusive de massas, a respeito do que não havia notícia de contaminação, sem antes proceder a novos testes, mais apurados, pois, conforme a prova pericial, os feitos pelo IML não eram precisos o suficiente para detectar de forma definitiva a alardeada contaminação que, depois, se verificou que não ocorreu.

E, além disso, as autoridades da Saúde Pública Estadual, inclusive o Secretário Estadual da Saúde (fl. 151), alardearam aos quatro ventos a contaminação existente, causando, obviamente, sérios prejuízos à autora, que, ao menos no mês de dezembro/95, sofreu redução marcante em suas vendas, numa época em que elas deveriam, em virtude das festas de Natal e Ano-Novo, aumentar sensivelmente. Assim, a responsabilidade do réu é irretorquível, cabendo, apenas, apreciar as pretensões indenizatórias, pois, no particular, o parecer do Ministério Público merece pequenos reparos. Com efeito, tem a autora, hoje massa falida, direito à indenização pelo tempo em que, em vista da interdição, não pôde fabricar seus produtos e, assim,

ficou sem apurar a respectiva receita. Nesse caso, todavia, a indenização deve limitar-se ao lucro líquido que a receita inexistente poderia ter gerado no período, a ser calculado com base no lucro líquido médio do ano de 1995, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Quanto à diminuição do faturamento da empresa após e em vista da interdição, entendo que não ocorreu, pois, conforme o documento das fls. 101/102, o faturamento, que diminuiu para menos da metade em dezembro/95, em relação ao mês anterior, alcançou, em janeiro/95, apenas 6% menos do que em novembro/95. E em fevereiro, apesar de ter sido menor em números absolutos que no mês anterior, o faturamento diário aumentou (R\$ 26.981,67 por dia corrido em 02/96 contra R\$ 25.150,67). A pequena diminuição, logicamente, decorre do fato de que, no início do ano, as vendas sempre caem, em virtude das férias, o que provoca uma normal retração na atividade de toda a economia. Aliás, basta observar o faturamento da autora em 1995 (fl. 102) para ver que o mesmo ocorreu no início desse ano.

Pelas mesmas razões, não prosperam os pedidos relativos aos itens *g*, *i* e *j*, até porque, além dos representantes comerciais da autora, que não foram compromissados, que referem a dificuldade de colocação dos produtos da autora por vários meses após o episódio que deu origem à demanda, os dois gerentes de supermercados ouvidos em juízo referem que, assim que levantada a interdição, o mercado da autora foi sendo recuperado normalmente. Aliás, isso se deflui inclusive da recuperação

do faturamento da autora já no mês de janeiro/96, imediatamente após o levantamento da interdição.

Note-se que a autora não demonstrou que a manutenção, no ano de 1996, do mesmo faturamento do último semestre de 1995 (excluído o mês de dezembro, é lógico) decorreu não da recuperação do mesmo nível de vendas, mas, sim, da redução do valor unitário de seus produtos. Não se pode olvidar que na ação de conhecimento o prejuízo deve ser efetivamente demonstrado. Sua extensão e valor podem ser remetidos à liquidação de sentença, mas desde que, repiso, o dano seja comprovado no processo de conhecimento. E, no particular, a autora descurou do ônus da prova que, obviamente, lhe competia, na medida em que não incide o disposto no art. 302, *caput*, do CPC, em vista da exceção do seu inc. I.

Com respeito ao pedido do item *c* (aumento das trocas de mercadorias em virtude da notícia de contaminação), deve ser acolhido, eis que demonstrado pelos gráficos das fls. 640/641. Além disso, o documento da fl. 148 também comprova a exigência, ao menos de uma rede de supermercados, quanto ao recolhimento de produtos em estoque.

Quanto aos itens *d*, *e* e *h*, eles se confundem, pois, na verdade, consistem no prejuízo que a autora teve com o abalo ao seu nome e dos produtos que fabricava. Aliás, isso ficou claro no depoimento de Eloi Lino Turmina, que refere que as empresas concorrentes se utilizaram do episódio para vender mais, “espalhando recortes de jornais e divulgação do fato” (fl. 1.210v.). Além disso, a testemunha Sérgio José Rabaioli refere

(fl. 953) que “determinou a retirada do comércio do produto ‘massa Diana’, além do biscoito Pérola, pois ambos são fabricados pela autora. Tomou esta medida porque os consumidores ‘viam com maus olhos a permanência do produto massa Diana para venda ao público, já que os biscoitos Pérola estavam envenenados’”. À falta de elementos nos autos para fixar esses prejuízos, remeto sua fixação à liquidação de sentença por arbitramento.

Quanto ao item *f*, deve ser acolhido, na medida em que a autora esperava um aumento de seu faturamento no mês de dezembro/95. Isso, aliás, para enfrentar as despesas, especialmente com seus funcionários, que duplicam no final do ano, em virtude da gratificação natalina. Todavia, o que ocorreu foi uma diminuição do faturamento para menos de 50% do apurado no mês anterior. Aliás, a inicial refere, inclusive, que a autora atrasou o pagamento dos salários de seus funcionários naquele mês, além de ter inúmeros títulos protestados no período, o que, inclusive, seria resultado normal para uma empresa que já passava por dificuldades, conforme confessado na inicial.

Quanto à campanha publicitária, não prospera a pretensão, considerando, como já referi, a recuperação das vendas já no mês seguinte à interdição, além do fato, que deve ser considerado, na forma do art. 462 do CPC, da autofalência da autora, o que, logicamente, torna desnecessária a recuperação de seu conceito nos meios empresariais.

Por fim, prospera o pedido da autora Dal Pont Participações e Comércio Ltda., na medida em que a empresa da qual é controladora acabou, não só em

vista do episódio de que tratam os autos, mas também em conta das dificuldades que já enfrentava, tendo declarada sua autofalência, depois de uma concordata preventiva malsucedida. Certo, a própria inicial reconhece as dificuldades pré-existentes, e que foram enfrentadas pela grande maioria das empresas nacionais, especialmente com a implantação do Plano Real, que foi, em verdade, uma revolução na economia do País, pois antes muitas empresas auferiam lucros com as aplicações financeiras, ao passo que, a partir de julho/94, elas deixaram de ser atrativas, além do que as margens de lucro diminuíram sensivelmente.

Entretanto, por certo que o desatino do Poder Público Estadual, levando a efeito a interdição total das atividades da autora por mais de duas semanas, foi a pá de cal para sua derrocada. Aliás, a partir da interdição, a autora enfrentou problemas de crédito junto a fornecedores, que passaram a exigir, conforme a inicial e documentos das fls. 271/286, garantias maiores para continuar a fornecer matérias-primas. E isso a custos muito elevados (6% ao mês, fl. 275, e 9% ao mês, fl. 277). Desta forma, ainda que parte da derrocada da autora se deva à situação difícil pré-existente, parte é atribuída ao réu. Essa proporção, todavia, não foi apurada nos autos, pelo que será apurada em liquidação de sentença por artigos e arbitramento, a fim de fixar-se qual o valor devido pelo Estado pela desvalorização das ações da segunda no capital da primeira autora.

DISPOSITIVO

Isso posto: 1) Julgo parcialmente procedente a demanda aforada por

Pastifício Caxiense S/A Indústria e Comércio contra o Estado do Rio Grande do Sul, para condenar o réu a indenizar a autora pelos (a) prejuízos sofridos pela diminuição do faturamento da autora, no mês de dezembro/95, durante a interdição, com base no lucro líquido médio do ano de 1995; (b) prejuízos sofridos com o aumento da troca de mercadorias em vista da interdição; (c) prejuízos sofridos pela impossibilidade de cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias, civis e comerciais em decorrência da interdição; e (d) danos morais à imagem da autora e das marcas à época por ela comercializadas (biscoitos Pérola e massas Diana);

2) Julgo procedente a demanda aforada por Dal Pont Participações e Comércio Ltda. contra o Estado do Rio Grande do Sul, para condenar o réu a indenizar a autora pela perda do valor patrimonial de suas ações junto à empresa Pastifício Caxiense S/A Indústria e Comércio, causada pela interdição e posterior falência da mesma, e na proporção da responsabilidade atribuída à referida interdição.

Todas as verbas indenizatórias serão apuradas em liquidação de sentença por arbitramento e artigos, exceto as concedidas nos itens *1a* e *1d*, que serão liquidadas apenas por arbitramento. Tudo com correção monetária pelo INPC a contar das datas em que apurados os valores, além de juros de mora de 6% ao ano, contados da indevida interdição (dezembro/95), nos termos do CC, art. 962, e Súmula nº 54 do STJ.

A inicial formula 12 pedidos, dos quais 07 foram acolhidos. Cada um representa 1/12 avos. Assim, o réu pagará

7/12 das custas processuais e honorários periciais em valor já arbitrado, com correção monetária pelo INPC a partir do desembolso, além de honorários advocatícios de 5% sobre o valor da condenação. Outrossim, a primeira autora pagará os outros 5/12 das custas processuais e honorários periciais. Quanto aos honorários advocatícios, não há como estimar o valor das pretensões das quais a primeira autora decaiu. Por isso, e até para evitar injustiça na fixação da honorária devida ao Estado, e levando em conta que o réu sucumbiu de 07 pedidos, decaindo a autora de 05, aplico a mesma proporção e, assim, con-

deno a primeira autora ao pagamento do percentual de 3,6% sobre a condenação devida pelo réu. Com compensação dos encargos sucumbenciais, nos termos do CPC, art. 21, *caput*¹.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, 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 intemem-se, primeiro o Ministério Público.

Porto Alegre, 26 de dezembro de 2000.

Pedro Luiz Pozza, Juiz de Direito.

1 – Segundo a orientação majoritária do Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma, REsp nº 234.676-RS, Relator o Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 15-02-00, *in DJU*, de 10-04-00, p. 96; REsp nº 164.249-RS, Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 16-04-98, *in DJU*, de 08-06-98, p. 141; e EDREsp nº 164.368-RS, Relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 11-02-99, *in DJU*, de 29-03-99, p. 181), embora seja certo que a Lei nº 8.906/94 assegure pertencer ao advogado a verba honorária, é igualmente verdadeiro, no que seja atinente ao instituto da sucumbência e à distribuição dos ônus, que continuam tendo aplicação as regras contidas no Código de Processo Civil. Assim, o Juiz pode compensar honorários, sem que isso importe em ofensa qualquer à legislação específica.

Processo nº 66.057 – Ação civil pública
Comarca de Guaíba – 1ª Vara Cível
Autor: Ministério Público
Réus: Município de Guaíba e Eliseu Kopp & Cia. Ltda.
Juiz prolator: Gilberto Schäfer
Data: 28-05-01

Sentença em ACP anulando multas aplicadas a partir de controladores eletrônicos (lombadas eletrônicas e pardais) instalados em desacordo com as resoluções do DENATRAN e impedindo a aplicação de novas multas até a regularização do equipamento.

Vistos.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Município de Guaíba e Eliseu Kopp & Cia. Ltda.

Alega que, no dia 27-05-99, foi celebrado contrato de locação de equipamentos nº 014/99 – Serviço de Monitoramento – entre os requeridos, objetivando o monitoramento eletrônico da velocidade no perímetro urbano. Tal equipamento eletrônico, conhecido também como “barreiras eletrônicas”, possui a finalidade de detectar a velocidade, bem como as infrações em cruzamentos com a emissão de prova visual.

Informa que o sistema de monitoramento se compõe de cinco lombadas eletrônicas (Av. Nestor de Moura Jardim, Rua Santa Catarina, Rua Ismael Chaves Barcelos, Rua São Geraldo e Av. Castelo Branco) e dois pardais, tendo iniciado o serviço em 25-09-00. Este fato foi divulgado à população através de um panfleto informativo, cuja cópia foi remetida ao Ministério Público em 27-11-00. Ressalta a autora, porém, que houve desrespeito:

a) no que tange à legislação concernente à sinalização, indicando a presença das referidas lombadas e controladores discretos (pardais) instalados na cidade, conforme Resolução CONTRAN nº 79; e b) relativamente à prévia homologação e registro com base na Resolução CONTRAN nº 795. No tocante ao registro das barreiras, somente a constante na Av. Nestor de Moura Jardim e a localizada na Av. Ismael Chaves Barcelos foram registradas. Quanto aos pardais, não houve remessa de documentos solicitada pela autora. Cabe frisar, ainda, que o contrato firmado entre os requeridos passou a vigorar após a aferição do INMETRO, ou seja, em 26-09-00, sendo que somente dois dias após ocorreu vistoria pelo referido órgão.

Requeru, pois, liminarmente, a suspensão do funcionamento das lombadas eletrônicas e pardais, com cominação de multa diária, para que fossem colocados novamente em operação após o cumprimento de todos os requisitos exigidos pelas resoluções do CONTRAN. Pede anulação das multas aplicadas até a regularização da situação.

Junta documentos (fls. 14/46), sendo-lhe deferida parcialmente a liminar suspendendo a cobrança de multas já aplicadas e as que seriam em razão do uso dos pardais e lombadas eletrônicas sob multa diária de 20.000 UFIRs.

Em contestação, o Município de Guaíba informa que somente estão devidamente sinalizados e funcionando os seguintes equipamentos: Av. Nestor de Moura Jardim, Av. Castelo Branco, Rua São Geraldo, Av. João Pessoa e Av. Ismael Chaves Barcelos. Junta fotografias (fls. 60, 62, 63, 65 a 68, 70 a 73, 75 a 76, 78 a 79, 81, 83 a 84), croquis (fls. 59, 61, 64, 69, 74, 77, 80 e 82) e laudo técnico (fls. 85 a 89). Ressalta que o controlador eletrônico situado na Av. Castelo Branco não se encontra ativado.

Quanto ao registro dos equipamentos eletrônicos, juntam certidões (fls. 91 a 150) com o objetivo de comprovar os procedimentos previstos na legislação. Afirma, também, que houve comunicação com antecedência de 30 dias ao DENATRAN (fls. 151/154) sobre a instalação dos equipamentos eletrônicos, tendo este procedido na inclusão da comunicação no Sistema Nacional de Trânsito. Requerem a reconsideração da liminar e a improcedência à presente ação com condenação do autor ao ônus da sucumbência.

O segundo contestante refere que a sinalização se constitui em obrigação do Município e que foi efetivamente aplicada, conforme juntam cópia do contrato de locação dos equipamentos (fls. 168/171), bem como laudo e fotografias (fls. 172/178), além dos croquis (fls. 179/186). Refere que o registro no INPI antecede a instalação do equipamento eletrônico (fls. 187/224). Junta certificados do INMETRO (fls. 227/248). Ressalta, ainda, que a barreira constante na Rua Castelo Branco não está ativada e que houve um período anterior à instalação no qual ocorreram, obviamente, testes com o equipamento. Em relação ao prazo de

30 dias para informar sobre a instalação dos equipamentos ao DENATRAN, juntam correspondência (fls. 248/251). Pedem a revogação da liminar. Houve réplica.

Mantida a decisão liminar, foi determinada inspeção judicial para averiguação das condições legais. Houve juntada de ofícios (fls. 274/313) com documentos informando o descumprimento da liminar pelo Município de Guaíba. Realizada audiência e inspeção judicial (fl. 314). Veio resposta a ofício (fl. 340), juntados novos documentos (fls. 342/345) e com manifestação do segundo demandado (fls. 346/351), com manifestação do Ministério Público (fls. 352 a 354). Os autos vieram conclusos. Relatei. Decido.

Para a instalação de uma barreira eletrônica, conforme dispõe a Resolução CONTRAN nº 795, de 16-05-95, são necessárias uma série de medidas, a cargo da autoridade competente com autorização sobre a via (art. 2º): a *homologação*, localização, instalação, sinalização, operação e fiscalização.

Segundo essa resolução, para ocorrer a prévia homologação é necessário que sejam atendidos antes os requisitos do art. 3º, incs. I e II, *in verbis*: “Art. 3º – Para a instalação de Barreiras Eletrônicas *será necessária a prévia homologação*, atendidas, no mínimo, as seguintes exigências:

“I – registro do equipamento no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI; e

“II – certificação pelo Instituto Nacional de Metrologia – INMETRO ou entidade por ele credenciada de que o equipamento atende aos requisitos técnicos estabelecidos pelo CONTRAN”.

Somente após esse caminho é que será instalada a referida lombada. Para a instalação é necessário o ato de homologação: “Art. 5º – A autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via deverá informar ao Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da entrada em operação da Barreira Eletrônica:

“III – o ato de homologação da Barreira Eletrônica, juntando cópia dos documentos constantes dos Incisos I e II, do art. 3º, desta Resolução”.

Portanto, o ato de homologação é um *requisito prévio* e indispensável à entrada em operação das barreiras eletrônicas.

Presentes os requisitos legais, deve a Administração editar o ato de homologação, que no caso deve ser *escrito* (eis que senão seria impossível informar ao DENATRAN) e formal (objetivo de proteger o cidadão), sendo ato vinculado aos requisitos de ordem técnica.

A forma, aqui, é o que confere existência ao próprio ato e “revela de modo inequívoco aos olhos do mundo exterior a vontade do agente público que se dirige para o objeto lícito”¹, servindo de proteção para o cidadão contra decisões insuficientemente estudadas e como meio de prova posterior. Para a homologação do ato (a forma), a Administração há que dizer que foram seguidas as formalidades, ou seja, estão presentes os requisitos legais.

Por isso, tratando-se de ato administrativo, a forma deve ser escrita, e a sua não-obediência acarreta a invalidade dos atos posteriores.

No caso concreto, vemos que a falta de homologação procura esconder diversas tropelias na instalação dos referidos pardais e lombadas. Tomemos o próprio roteiro do ofício das fls. 349-251 e vejamos as falhas em cada equipamento eletrônico:

1 – Duas lombadas eletrônicas modelo KLS 3 – localizadas na Ismael Chaves Barcellos, duas torres simples, uma em cada sentido, com parâmetro de velocidade de 40 km/h (fl. 349). A verificação do referido aparelho na velocidade indicada ocorreu apenas em 28-09-00 (fl. 92), portanto, após a instalação. Anteriormente, foram feitas verificações em abril, mas na velocidade de 30 km/h (fls. 95 e 98).

2 – Uma lombada eletrônica modelo KLS 4 – localizada na Ismael Chaves Barcellos, com parâmetro de velocidade de 40 km/h. Não se encontra lombada eletrônica modelo KLS 4 que tenha sido verificada nos autos. Apenas há verificação da modelo KLS 3 (fls. 95, 98, 239, 241, 242 e 243), verificada em 19-04-00, na velocidade de 30 km/h e em 28-09-00, na velocidade de 40 km/h.

3 – Uma lombada eletrônica modelo KLS 5, parâmetro 40 km/h, localizada na Av. São Geraldo. Não foi juntada aos autos qualquer documentação referente à lombada eletrônica modelo KLS 5 no endereço acima. Apenas existem documentos da lombada modelo KLS 3, certificada a 30 km/h, e não a 40 km/h (fl. 99).

4 – Uma lombada eletrônica modelo KLS 5, parâmetro de 40 km/h, localizada na Av. Santa Catarina. Não se encontra

1 – José Cretella Júnior, *Dos Atos Administrativos Especiais*, Editora Forense, p. 223.

lombada eletrônica modelo KLS 5 que tenha sido verificada nos autos. Apenas há verificação da modelo KLS 3, certificada a 30 km/h, e não a 40 km/h (fl. 100).

5 – Uma lombada eletrônica modelo KLS 4, parâmetro de 40 km/h, localizada na Av. Castelo Branco. Este modelo foi tão-somente verificado em 28-09-00 (fl. 103), sendo que anteriormente há apenas a verificação da modelo KLS 3, certificada a 30 km/h, e não a 40 km/h (fl. 101).

6 – Uma lombada eletrônica modelo KLS 5, parâmetro de 40 km/h, localizada na Nestor de Moura Jardim. Foi aferida apenas em 28-09-00, na velocidade de 40 km/h (fls. 92, 93, 238 e 239).

7 – Uma lombada eletrônica modelo KLS 4, parâmetro de 40 km/h, localizada na Nestor de Moura Jardim. Foi aferida apenas em 28-09-00, na velocidade de 40 km/h (fls. 93, 94, 236, 237, 238, 239).

Existem, nos autos, referências ao modelo KLS 3, parâmetro de 30 km/h (fls. 91, 102, 234 e 235), cuja comunicação não consta no ofício enviado para o DENATRAN (fls. 349/351).

8 – João Pessoa 1.763. Não há especificação do modelo, tendo sido verificado um modelo KPS 4 (fls. 96 e 97) naquele endereço apenas em 31-10-00.

9 – João Pessoa 1.869. Não há especificação do modelo, tendo sido verificado um modelo KPS 4 (fls. 96 e 97) naquele endereço apenas em 31-10-00.

Ao analisar o histórico de cada lombada eletrônica instalada, percebe-se uma série de incongruências, que bem demonstram que não ocorreu o ato de homologação prévia. Em primeiro lu-

gar, porque existe um ofício informando o funcionamento das lombadas, datado de 18-08-00, quando a maioria das lombadas foi verificada apenas em 28-09-00, posteriormente, inclusive, à previsão de funcionamento que ocorreu em 24-09-00.

No caso dos pardais instalados na Av. João Pessoa, o desrespeito à lei é tão flagrante que as aferições foram feitas apenas em 31-10-00, tendo sido informado no ofício que seriam instalados em 24-09-00. Somente após essa verificação é que deveria ter ocorrido a homologação e, depois, então, a comunicação ao DENATRAN.

Assim, efetivamente não ocorreu ato algum de homologação prévia, tendo ocorrido a aferição posterior de muitos equipamentos, e outros que, conforme se verificam nos autos, sequer foram certificados na velocidade nas quais entrariam em vigor (40 km/h).

Resolução nº 79.

Foram satisfeitos os requisitos de sinalização expressos na Resolução nº 79 do DENATRAN, conforme os laudos dos autos, as fotografias e a inspeção judicial realizada.

No entanto, não se pode afirmar com certeza o momento em que estas disposições foram cumpridas o que dependeria de maior deslinde probatório, ficando reservado para as demandas individuais que eventualmente questionem a matéria.

Invalidez das Multas Aplicadas.

Temos, no caso, dois comportamentos da Administração: atos onde sequer é possível a sua repetição com a forma exigida (caso das lombadas que sequer foram verificadas) e atos em que a verificação foi posterior à comunicação do

referido equipamento, sem ocorrer a necessária homologação pela Administração. Por não terem sido observadas as formalidades legais, as multas estão eivadas de invalidade.

Assim, não há outro caminho a não ser declarar inválidas todas as multas aplicadas pelo Município, bem como a proibição de cobrança até que sejam tomadas as providências determinadas nesta sentença.

Como dito acima, a formalidade, neste caso concreto, visa a garantir os interesses (difusos) do cidadão em ver bem aplicada a administração do trânsito e a garantir a aplicação dos conceitos de ordem técnicas. A formalidade tem a finalidade de “garantia ao administrado”.

Como foi demonstrado, os referidos controladores não poderiam ter entrado em funcionamento sem que tivessem sido observadas as formalidades legais e que ocasionaram uma série de irregularidades insanáveis e que trazem prejuízos aos cidadãos (se bem que os prejuízos sejam apenas indiretos aos cofres públicos, que têm que deslocar um Corpo de Procuradores para efetuar a defesa nas inúmeras ações que entram em juízo), abalando o princípio da confiança na Administração.

Por isso se exige que o ato obedeça a forma legal. “O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (art. 2º, parágrafo único, b, da Lei nº 4.717/74).

Essas formalidades são exigidas pela Resolução, dotada do caráter de abstração e generalidade, eis que se aplica a todos os Municípios, Estados e agentes de trânsito no Brasil (lei em sentido material e não formal²), expressa na resolução de prévia verificação, homologação e informação ao DENATRAN, estabelecendo um *iter* procedimental que confere legitimidade a esse tipo de cobrança.

Além do mais, é fato notório que não houve uma ampla e geral comunicação para a população da entrada em vigor dos referidos equipamentos eletrônicos, o que, em muitos casos, constituiu uma surpresa ao administrado.

Da Procedência quanto à Ré Eliseu Kopp.

A procedência no que tange à empresa Eliseu Kopp apenas abrange o pedido de cumprimento da certificação dos equipamentos de nºs “3” e “4” (ofício das fls. 349-251).

Os demais pedidos, bem como a multa, referem-se apenas ao Município, sendo improcedente em relação à co-ré.

Multa.

Para o caso de descumprimento de cada um dos pedidos, fixo a multa diária em 10.000 UFIRs que entendo suficiente para os fins almejados e razoável na espécie. Tenho que a referida multa é razoável para cumprir os seus desideratos.

Diante do exposto, tenho em julgar parcialmente procedente a presente ação para – a) condenar o Município a só colocar em operação os equipamentos

2 – Nesse sentido: Paul Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris, V. Giard et. E., Brière, 1901.

eletrônicos após: (i) *fazer a certificação* dos equipamentos de nºs “3” e “4” (a certificação será feita em conjunto com a co-ré Eliseu Kopp & Cia. Ltda.); (ii) ocorrer a *prévia homologação* de todas as barreiras eletrônicas; (iii) *informar*, depois da prévia homologação, o DENATRAN, na forma do art. 5º da Resolução nº 795 do CONTRAN; b) *julgar satisfeitas* as exigências expressas da Resolução nº 79 do CONTRAN (com a ressalva da inexistência da sinalização no momento anterior à comprovação nos autos); e c) *determinar a anulação de todas as multas* aplicadas até que seja regularizada a situação na forma do item “a”.

O Município deverá proceder à retirada definitiva do sistema de todas as multas aplicadas, sob pena de aplicação da multa constante na liminar deferida.

Em caso de descumprimento tanto das retiradas das multas quanto da obri-

gação de fazer, deverá o Município pagar multa diária de 10.000 UFIRs, que entendo ser razoável na espécie.

Condeno os réus ao pagamento das custas. Dispensados os honorários por estes não serem cabíveis ao Órgão Ministerial, tendo em vista que, por definição legal (art. 23 da Lei nº 8.906/94), os honorários são destinados tão-somente ao advogado.

Após o trânsito em julgado, retorne-se a *oficiar* ao DETRAN que deve fazer a busca e informar, sob as penalidades da lei, se as multas foram retiradas do sistema.

Decorrido o prazo para recurso voluntário, proceda-se a remessa em *reexame necessário* dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça (475, inc. II, do CPC)³.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Guafba, 28 de maio de 2001.

Gilberto Schäfer, Juiz de Direito.

3. Art. 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal a sentença: I – que anular o casamento; II – proferida contra a União, o Estado e o Município; III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Processo nº 00105907969 – Ação declaratória
Comarca de Porto Alegre – 1ª Vara da Fazenda Pública – 2º Juizado
Autor: Nelson Fernando Furtado Juruena
Réu: Município de Porto Alegre
Juiz prolator: Cláudio Luís Martinewski
Data: 23-07-01

Tributário. IPTU. Progressividade ou proporção progressiva ou graduada. Município de Porto Alegre. Constitucionabilidade. A interpretação sistemática da Constituição Federal impõe que a construção das normas e sentido das mesmas seja elaborada a partir dos princípios estruturantes e objetivos fundamentais contemplados pelas opções políticas consagradas em referidos princípios. A opção pelo sistema republicano e federativo constituído em estado democrático e de direito (CF, art. 1º), impondo como um dos objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), evidencia o seu caráter conformador e consagra o princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin). O sistema normativo tributário, antes de servir como instrumento de política urbana, é instrumento de justiça social, implementado pelos princípios e regras da legalidade (CF, art. 150, I), da isonomia tributária (CF, art. 150, II), pessoalidade, capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º), progressividade, generalidade, universalidade (CF, art. 153, § 2º, I), seletividade (CF, arts. 153, § 3º, I, e 155, § 2º, III) e isenções e incentivos fiscais (CF, arts. 151, I, in fine, e 179). No sistema normativo tributário vigente, a única classificação cabível entre os impostos é no sentido de que são diretos ou indiretos, sendo inca-

bível, juridicamente, falar-se em imposto real (CF, arts. 153, § 3º, II, 154, I, e 155, § 2º, I, e CTN, art. 166). A expressa referência à identificação do patrimônio, rendimentos e atividade econômica do contribuinte (CF, art. 145, § 1º) evidencia tal distinção, pois contribuinte é quem possui relação pessoal e direta com o fato jurídico tributário (CTN, art. 121, parágrafo único, I). Interpretação que conduza ao entendimento de que a única progressividade do IPTU possível é a progressividade no tempo, para cumprimento da função social da propriedade (CF, art. 156, § 1º, c/c o art. 182, §§ 2º e 4º), é assistemática e, portanto, insustentável, pois exclui parcela da autonomia da competência legislativa municipal em ordenar o uso, ocupação e zoneamento do solo urbano, por intermédio do sistema tributário municipal, em relação aos imóveis edificados (CF, arts. 1º, 18, 30, III e VIII, e 156, § 1º), bem ainda obstrui o enfrentamento da parcela que compete aos Municípios na integração social dos setores desfavorecidos, no combate das causas da pobreza e dos fatores de marginalização (CF, art. 23, X).

RELATÓRIO

A parte-autora, qualificada na inicial, propôs a presente demanda contra o Município de Porto Alegre visando à

restituição de valores cobrados indevidamente a título de IPTU, corrigidos, desde o efetivo desembolso. Em síntese, afirma ser proprietário de imóveis urbanos, descritos na inicial. Ocorre que o requerido, ao efetuar os lançamentos do valor do referido imposto, se valeu da LC Municipal nº 212/89. Diz que, conforme decisões recentes, no Supremo Tribunal Federal, tal dispositivo legal foi declarado inconstitucional. Assim, vem o requerente cobrar as diferenças resultantes de pagamentos do IPTU, no período que indica, ao Município de Porto Alegre. Pede a procedência da ação e junta documentos.

Citada, contestou a parte-ré, sustentando a legalidade da progressividade do imposto efetivada através de alíquotas, e, assim não sendo o entendimento, deve-se considerar a alíquota fixa da legislação antecedente à ora atacada, prevista na redação original da LC nº 07/73, e não a mínima pretendida pelo autor, se a final houver tributo a restituir. Pede a improcedência da ação e junta documentos. Replicou a parte-autora, advindo parecer ministerial pela procedência da demanda.

MOTIVAÇÃO

O feito enseja julgamento antecipado, pois prescinde de dilação probatória em audiência, na forma do art. 330, I, do CPC. A matéria controvertida na presente demanda refere-se à possibilidade da existência válida, no sistema normativo vigente, da denominada progressividade ou proporção progressiva ou graduada do Imposto sobre Propriedade Territorial

e Predial Urbana, consistente no aumento de alíquota na medida em que há aumento da matéria tributável, mais especificamente da base de cálculo, realidade jurídica qualificada como progressividade fiscal, com lastro no art. 145, § 1º, da CF, adotada pela legislação infraconstitucional do Município de Porto Alegre, ou se, modo contrário, a única possibilidade de progressividade é a qualificada como extrafiscal, cuja finalidade é o cumprimento da função social da propriedade nos termos dos enunciados constantes dos arts. 156, § 1º, e 182, § 4º, II, do texto constitucional.

Destarte, conforme se depreende dos termos em que delineada a questão, o seu deslinde é insitivamente constitucional, pois da Constituição emanam os enunciados informadores do discurso jurídico criador da norma jurídica e da significação que se pretende prevalecer, mais especificamente ao controle difuso da constitucionalidade em face à lei municipal em causa. Falar-se em Constituição é, sem embargo de lhe reconhecer sua plurissignificação, inclusive temporal¹, saber que, em determinada perspectiva, ela se constitui em um sistema aberto de regras e princípios, que é dotado de estrutura, conteúdo e finalidade próprios, e que conforma e dá validade a todos os atos normativos que dela decorrem, sejam os gerais e abstratos, sejam os individuais e concretos, buscando, por intermédio de tais instrumentos, dentro de um caráter unitário e relacional, a realização de tais finalidades.

Tal entendimento, sem embargo de corrente que nega a possibilidade de o

1 – J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Liv. Almedina, 1993, in *As Palavras Viajantes e o Sentido da Constituição*, pp. 56 e ss.

Direito Positivo apresentar-se como sistema, é consagrado na doutrina^{2 3 4} e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em relação às mais variadas matérias: Direito Internacional⁵, Constitucional⁶, Obrigacional⁷ e Penal⁸, entre outros, o que impõe que a interpretação necessariamente estabeleça as conexões internas que enlaçam as instituições e normas jurídicas⁹. Pois bem. Diante de tais premissas, em que se coloca uma análise sistêmica, a indagação que cabe fazer é se é possível se interpretar o enunciado do art. 156, § 1º, da CF – tal qual foi feito com o do art. 182, §§ 2º e 4º, II – sem levar em conta, na construção das normas jurídicas, na construção do sentido destas mesmas normas, os enunciados dos arts. 1º e 3º da mesma Carta, e até mesmo com o preâmbulo da mesma Carta? A meu sentir, com todas as *venias*, em um juízo de razoabilidade, à vista da própria condição de sistema, penso que não.

Fartos são os doutrinadores que pugnam, pelas mais diversas formas, que: “Na verdade, nunca se interpreta um

preceito isoladamente, mas o conjunto de normas que têm incidência sobre o fato examinado”¹⁰. “Nenhuma norma jurídica tem existência isolada. Embora normas constitucionais articuladas, o importante é o conjunto, a normatividade como um todo. Cada uma delas é parte do todo relativo ao texto constitucional (...). Antes que uma interpretação isolada de uma norma constitucional, deve-se buscar uma interpretação que harmonize com as demais normas existentes. Interpretação globalizada, e não setorizada. O elemento básico é o todo da Constituição que representa um sistema, contra o qual nenhuma norma, constitucional ou não, pode conflitar.”¹¹ “Na verdade, toda e qualquer norma jurídica só encontra o seu sentido e validade quando interpretada como parte de um todo, o ordenamento jurídico.”¹²

E quais são, pois, as relações existentes na construção das normas tributárias, na construção de sentido ou significação das normas tributárias, com os enunciados referidos, arts. 1º e 3º, bem ainda o preâmbulo da Constituição Fe-

2 – Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, 1999, pp. 127 e ss.

3 – Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, São Paulo, 1988, pp. 08-38.

4 – Lourival Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, 1977, cap. VIII.

5 – AGRCR nº 8.279, Ag. Reg. em Carta Rogatória, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno.

6 – MS nº 22.503-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

7 – RE nº 188.366-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma.

8 – HC nº 73.338-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma.

9 – Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, 1996, p. 127, cujo embasamento, em nota de rodapé, se dá em Francesco Ferrara, Norberto Bobbio, José de Oliveira Ascensão, Maria da Conceição Ferreira Magalhães e Raúl Canosa Usera.

10 – Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e Direito Tributário*, São Paulo, 1999, p. 186.

11 – Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários à Constituição Federal, Princípios Fundamentais*, Porto Alegre, 1997, p. 101.

12 – Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, op. cit., p. 19.

deral? A meu sentir, há uma relação essencial, impositiva, condicionante e conformadora¹³, que influi não só estruturalmente, mas igualmente no conteúdo e finalidade, bastando que o exercício se faça pela ação negativa que representaria a inexistência de tais preceitos normativos.

Se a estrutura de Estado fosse unitária, existiria a distribuição de competência tributária na forma como está estruturada a Constituição vigente? Certamente que não. Pois, se a estrutura é republicana e federativa, não há como se pensar, formar juízos, legislar, jurisdicionar, interpretar a Constituição sem levar em conta tais formas e sobretudo os valores fundantes e objetivos/finalidades que expressamente elencou como fundamentais. Portanto, nenhum enunciado da Constituição, nas suas relações de construção de normas e sentidos, está imune a tal estrutura e objetivos, cuja tônica é tão superlativa que só um poder real, um poder de força, se pode sobrepor à sua força normativa (CF, art. 60, § 4º).

E o que expressam tais enunciados senão valores e princípios fundamentais tais como que o Estado é um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma

sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, na solidariedade, buscando erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais. Pois bem. Diante do exposto, qual a intersecção que tais enunciados, tão genéricos, tão abstratos, tão plurissignificativos, possuem com o IPTU, tão concreto, tão definido, tão aparentemente unívoco? Penso que é absolutamente integral e total.

Não há interpretação válida, que se pretenda sistemática, de qualquer norma que não parta da valoração vincada em tais princípios. É decorrência indeclinável da condição de parte do sistema que uma norma, uma regra, um princípio, implique todos os outros elementos do todo do sistema. Os princípios constitucionais, em tal estrutura, no entanto, se revelam de acentuada importância, em relação à função do sistema, pois, em última análise, são as diretrizes do sistema jurídico. Daí a precisa advertência de Pensovecchio Li Basi, catedrático da Universidade de Milão: “O intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição”¹⁴.

13 – “Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Cuida-se, aí, da consagração de princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – autêntica norma-objeto; o caráter constitucional conformador do princípio é, não obstante, evidenciado.” (Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, 1997, p. 237)

14 – *Apud* Roque Antônio Carraza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, 1988, p. 34.

Diante de tais premissas, a questão que se coloca é, pois, de que forma os tributos inserem-se em tais fundamentos e finalidades? Como se pode realizar tais valores e finalidades por intermédio dos tributos? O que igualdade, justiça, sociedade fraterna, fundada na harmonia social e solidária, que erradique pobreza e a marginalização, que reduza desigualdades, tem a ver com os tributos?

Creio que a expressão mais serena a tal questionamento está inserta no próprio *leading case*, RE nº 153.771-0-MG, no voto da lavra do eminente Relator, Min. Carlos Velloso, quando explicita a possibilidade da progressividade fiscal: “Ela se assenta, a função social do art. 156, § 1º, numa política redistributiva, ou a progressividade assentada no art. 156, § 1º, visa a realizar uma política redistributivista, na linha da lição de Wilherm Gerloff (*Los Impuestos – Doctrina Geral de los Impuestos, in Tratado de Finanzas*, Buenos Aires, El Ateneo, trad. Espanhola, 1961, vol. I/255-256), invocada por Alcides Jorge Costa: ‘A tributação progressiva pode justificar-se pelo argumento compensatório: se um sistema tributário tem impostos progressivos, a progressividade de outros serve de compensação e restabelece o equilíbrio, com

a eliminação da regressividade, considerado o sistema em seu todo. A progressividade pode justificar-se como concretização de uma política redistributivista, porque se reconhece estar a renda distribuída de modo inconveniente à vista das aspirações éticas da sociedade (...)’ ”.

É precisamente esta a questão: instrumento de política redistributivista, que, para alcançar a verdadeira igualdade, parte da existência de desigualdades reais, aferíveis por intermédio de critérios lógicos, no caso, a expressão objetiva manifestada por intermédio de signos presuntivos de riqueza de que quem possui maior base tributável possui, conseqüentemente, maior capacidade contributiva¹⁵, devendo, na medida da expressão de tal capacidade, suportar o sacrifício segundo o estabelecimento da equidade vertical que tal representa¹⁶. E é precisamente na observância ou não observância deste princípio – capacidade contributiva – que se verifica se há equidade ou falta de equidade da tributação¹⁷.

E só a progressividade é instrumento que, realizando o princípio da capacidade contributiva, implementa, na concretude dos fatos sociais, a igualdade ou isonomia tributária, pois “a propor-

15 – “Este princípio se origina, em suas linhas essenciais, do ideal de justiça redistributiva formulado pelos filósofos gregos.” (Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, 1972, p. 437)

16 – “O estabelecimento da equidade vertical, ou seja, a justa tributação de indivíduos, com capacidade contributiva desigual, leva, em regra, de acordo com os defensores das teorias do sacrifício, à tributação progressiva. Segundo este conjunto de teorias, o objetivo final da tributação é a igualdade de sacrifício entre os contribuintes.” (José Maurício Conti, *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*, São Paulo, 1997, p. 81)

17 – Adam Smith, *A Riqueza das Nações*, São Paulo, 1988, p. 100, *apud* Marciano Seabra de Godói, *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*, São Paulo, 1999, p. 188.

cionalidade é princípio neutro, que não objetiva atenuar as grandes disparidades econômicas advindas dos fatos”¹⁸. De fato, no sistema constitucional brasileiro, outra não poderia ser a conclusão, posto que “é intuitiva a inferência de que o princípio republicano leva à igualdade da tributação. Os dois princípios interligam-se e completam-se. De fato, o princípio republicano exige que os contribuintes (pessoas físicas e jurídicas) recebam tratamento isonômico”¹⁹.

Tal princípio, ademais, embora sequer necessitasse estar positivado no subsistema tributário – pois é princípio nuclear do próprio sistema (Preâmbulo, art. 5º, da CF) –, foi expressamente explicitado: “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (Omissis) II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. A realização de tal igualdade, dentro do modelo de Estado adotado, o Estado democrático e de direito (CF, art. 1º, *caput*), não se resume ao mero aspecto formal, de igualdade perante a lei, mas, sim, exige que o Estado corrija as desigualdades socioeconômicas existentes.

Essa é a preleção de J. J. Gomes Canotilho, no capítulo dos princípios estruturantes, acerca do princípio da

democracia econômica, social e cultural, da Constituição portuguesa, na qual se abeberou o poder constituinte nacional: “Em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um ‘princípio estático’ indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia econômica como um ‘princípio dinâmico’, impositivo de uma igualdade material. Isto poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da ‘dignidade social’ (cfe. art. 13); este constituiria tão-somente um instrumento de diminuição de desigualdades fácticas. A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é um simples ‘instrumento’, não tem função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma ‘função conformadora’ tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa ‘justiça de oportunidades’. Isto significa o dever de compensação positiva da ‘desigualdade de oportunidades’ (cfe., p. ex., arts. 9º/d, 20/1 e 74/1 e 2, etc.). O princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social aglutinam-se reciprocamente numa ‘unidade’ não-redutível

18 – Mizabel Derzi, in *Princípios da Igualdade e suas Manifestações*, V Congresso Brasileiro Tributário, Separata da RDT, 1991, p. 176.

19 – Roque Antônio Carraza, *op. cit.*, p. 59.

a momentos unidimensionais de ‘estática’ ou ‘dinâmica’ da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*)”²⁰.

Dá a precisa assertiva de Elizabeth Nazar Carraza no sentido de que “o Estado não pode, portanto, omitir-se diante das desigualdades socioeconômicas existentes. Tem o dever de atuar no sentido de corrigi-las ou, quando pouco, diminuí-las, garantindo, a todos, a igualdade de possibilidade”²¹. E como se realiza, por intermédio dos tributos, o dever do Estado democrático e de direito de buscar o bem-estar dos cidadãos, o desenvolvimento, uma sociedade fraterna, onde se possa erradicar a pobreza e a marginalização, estimular a solidariedade, enfim a justiça e, ao mesmo tempo, a realização do princípio nuclear do sistema que é a igualdade?

Dentre as possibilidades pelas quais o próprio sistema operacionaliza a forma de se atingir tais desideratos, ressaltam do próprio discurso jurídico-constitucional, no plano individual, em caráter genérico, os princípios da isonomia tributária (CF, art. 150, II), da legalidade (CF, art. 150, I), da pessoalidade e da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º) e, em caráter específico, os da generalidade, da universalidade e da progressividade (CF, arts. 153, § 2º, I, e 156, § 1º), e o da seletividade (CF, arts. 153,

§ 3º, I, e 155, § 1º, III). No plano meta-individual, pelo princípio da uniformidade geográfica (CF, art. 151, I, primeira parte, e II) e da não-discriminação tributária em razão da procedência ou destino (CF, art. 152), bem ainda pela concessão de isenções e de incentivos fiscais (CF, arts. 151, I, *in fine*, e 179).

Todos os princípios supra-referidos, em verdade, são instrumentos da chamada justiça tributária, que devem ser necessariamente considerados na interpretação e aplicação do sistema normativo tributário, pois são cogentes e estruturais, servindo de pauta obrigatória para o legislador, o administrador e o julgador, sob pena de se conduzir a injustiças, individuais e social, não toleradas pelo Estado democrático. Como então realizá-los, especificamente, no que se refere ao IPTU, dado que a ele não se referem, por exemplo, os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade (CF, art. 153, § 2º, I), o da seletividade (CF, arts. 153, § 3º, I, e 155, § 1º, III), e, no plano meta-individual, o princípio da uniformidade geográfica (CF, art. 151, I, primeira parte, e II) e o da concessão de incentivos fiscais (CF, arts. 151, I, última parte, e 179)?

A meu sentir, a própria estruturação do discurso jurídico-constitucional bem revela sua forma de aplicação. Se é certo que tais princípios são específicos, claro está, igualmente, que o princípio da pessoalidade e o da capacidade contributiva, até porque topologicamente inseridos no capítulo dos princípios ge-

20 – *Direito Constitucional, op. cit.*, p. 480.

21 – *Progressividade e IPTU*, Curitiba, 2000, p. 31.

rais, não o são, devendo, pois, serem aplicados onde seja possível aferir os referidos elementos. Explicito: por se traduzirem em princípios que pretendem realizar a igualdade tributária, em todo o sistema normativo tributário, defronta-se o sistema com circunstâncias fáticas e jurídicas que o impedem, de forma ideal, de apurar, individualizadamente, em relação a cada espécie de imposto, quem é efetivamente que suporta os ônus econômicos de cada tributo pago.

Com efeito, diante do princípio da legalidade estrita (CF, art. 150, I) e da tipologia tributária (CF, arts. 145, § 2º, e 154, I), o ente constitucional tributado encontra-se vinculado, no exercício da respectiva competência, ao instituir o tributo, em descrever os elementos descritores do fato jurídico tributário (critérios material, temporal e espacial) e os dados prescritores da relação obrigacional (critérios pessoal: sujeito ativo e passivo; e quantitativo: base de cálculo e alíquota), que nem sempre, no critério pessoal/passivo, coincidirá com quem efetivamente venha suportar economicamente os ônus da tributação, como ocorre, por exemplo, nos denominados impostos indiretos. Isso não significa, porém, que não haja aí a incidência dos referidos princípios. O que ocorre, em tais casos, é uma adequação do princípio, segundo o que as circunstâncias fáticas possibilitam, ganhando, em tal esfera de incidência, operacionalidade por intermédio do princípio da seletividade em função da essencialidade²².

Daí por que o enunciado constitucional (CF, art. 145, § 1º), ao referir-se, ao final, à faculdade conferida à administração tributária, para efeitos de realização da personalidade e capacidade econômica, explicita que a identificação se dará sobre o patrimônio, rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; gizo contribuinte, que é quem tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato jurídico tributário (CTN, art. 121, I). Tal discurso normativo-constitucional é marcante: ao mesmo tempo em que reconhece que o único critério jurídico dentro do sistema normativo tributário é o que releva o caráter pessoal dos tributos, ainda determina que a capacidade contributiva, quando assim o permitir as condições fático-jurídicas, seja a real. Saliente-se: capacidade contributiva real e não imposto real, realidades diversas.

Desta forma, a pretensão de se vislumbrar no art. 145, § 1º, da CF a adoção da distinção clássica, segundo a qual os impostos podem ter caráter pessoal ou caráter real, esbarra não só no próprio enunciado do texto constitucional, mas ainda em toda a estruturação do sistema normativo tributário. É corrente na doutrina que o conceito de tributo bem como de suas espécies deve ser construído a partir do sistema positivo, sem nenhuma influência de noções ou formulações estranhas ou impertinentes, como são as econômico-financeiras, devendo, portanto, as definições jurídicas tomar como dado jurídico supremo o sistema normativo²³.

22 – José Maurício Conti, *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*, São Paulo, 1997, pp. 65 e ss.

23 – Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, São Paulo, 1973, p. 136.

Dáí a advertência de José Souto Maior Borges no sentido de que “um dos equívocos que podem geralmente contaminar a pureza do método de estudo dos conceitos jurídicos é a utilização inadvertida de critérios de análise válidos apenas para a ciência econômica”²⁴. A não ser, portanto, que o próprio sistema adote, expressamente, tais critérios, incabível se mostra pretender deles se utilizar, como é a classificação de impostos reais, sobre a qual Geraldo Ataliba asseverou: “Esta classificação é de grande relevo para a ciência das finanças. As conseqüências jurídicas que se podem extrair dessa classificação são de diminuta significação”²⁵. Desde Alfredo Augusto Becker, cristalizou-se que o critério jurídico de classificação está na consistência da hipótese de incidência ou hipótese normativa, mais especificamente no seu critério material, confirmado pelo critério quantitativo/base de cálculo, sendo tais elementos os decisivos na classificação. Nessa perspectiva, o imposto sobre propriedade territorial urbana não é mais nem menos real do que qualquer outro, pois todos possuem, em certa medida – e em exata medida –, um critério material e quantitativo definidos, que é a parcela da realidade selecionada sobre a qual opera-se o fenômeno da juridicização ou da incidência da norma.

Representa equívoco, portanto, pretender-se que o Código Tributário Nacio-

nal, quando desenhou a hipótese normativa (“fato gerador”) do IPTU, levasse em conta as condições pessoais do sujeito passivo. Em nenhuma hipótese normativa tal ocorre, nem mesmo no imposto de renda, o “mais pessoal” dos impostos. A técnica de pessoalização se dá justamente pelos demais instrumentos, entre outros, as isenções, os incentivos fiscais e a progressividade que, segundo M. Duverger, como lembra Hugo de Brito Machado, “constitui um dos meios mais eficazes de personalização do imposto”²⁶.

Nesse aspecto, vale lembrar que Alfredo Augusto Becker, com muita propriedade, classifica o IPTU como imposto de existência de direitos, onde acentua que o “núcleo (base de cálculo) da hipótese de incidência em foco é o estado de fato jurídico...”, acrescentando que “o fato de o objeto do direito real de propriedade consistir em bem imóvel ou móvel é elemento adjetivo (conferidor da espécie jurídica) na composição da hipótese de incidência, pois, em ambos os casos, o núcleo (base de cálculo) continua o mesmo: estado de fato jurídico consistente da existência de direito real”²⁷. Dáí a doutrina mais moderna ser expressa em afirmar: “Em primeiro lugar, a diferença entre imposto real e pessoal não é jurídica. Em segundo lugar, quem paga o imposto é a pessoa e não a coisa. Em terceiro lugar, inexiste no Direito brasileiro dis-

24 – *Isenções do ICM por Convênio e o Art. 23, § 6º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, in RDP nº 17/352, apud Hipótese de Incidência Tributária*, p. 138.

25 – *Hipótese...*, p. 158.

26 – M. Duverger, *Hacienda Pública*, trad. de José Luiz Ruiz Travessi, Barcelona, 1968, p. 321, *apud* voto do eminente Rel. Min. Carlos Velloso.

27 – *Teoria Geral...*, p. 391.

posição expressa ou implícita proibindo o legislador de levar em consideração a pessoa do proprietário. Pelo contrário, prestigia a pessoalidade (art. 145, § 1º)²⁸.

Outrossim, o argumento de que o art. 130 do CTN é indicativo de que o IPTU possui caráter real é deveras inconsistente. Tal enunciado, inserto no campo da responsabilidade dos sucessores, nada mais representa que mera garantia do crédito tributário, que, antes de infirmar a pessoalidade, confirma-a, na medida em que quem adquire o bem imóvel é porque expressa, no mínimo, a mesma capacidade contributiva do anterior proprietário. Constitui-se, igualmente, equívoco pretender-se buscar em doutrina alienígena fundamento para sustentar o posicionamento do caráter real do imposto sobre propriedade, posto que o sistema normativo constitucional brasileiro é único²⁹. Não encontra parâmetro em nenhum outro³⁰, sendo certo ainda que “toda discussão sobre a progressividade que se trava na doutrina brasileira resta prejudicada em outras paragens, como na Itália, na Espanha e na Alemanha. É que nestes Países hoje já se tem como certo que a capacidade

contributiva tem por fundamento o princípio da solidariedade”³¹.

Modo contrário, o único critério que remanesce extraído da ciência econômico-financeira é o de que os impostos ou são diretos ou indiretos, porque juridicizado. A esse critério é que alude o enunciado normativo quando refere “sempre que possível”, ao início da locução normativa. E tal decorre porque o sistema normativo o acolhe expressamente quando instituiu o princípio da não-cumulatividade (CF, arts. 153, § 3º, II, 154, I, e 155, § 2º, I), que é o instrumento pelo qual se garante ao contribuinte, nas operações de venda que promova, transferir ao adquirente o ônus do imposto que adiantará ao Estado e, ao mesmo tempo, possa creditar-se do imposto que suportou nas operações anteriores. Por tal princípio ou regra, evidencia-se que em alguns impostos e contribuições sociais (CF, art. 195, § 4º), como, por exemplo, o ICMS e o IPI, não devem ser suportados pelo contribuinte (comerciante, industrial ou produtor), mas tão-só pelo consumidor, que é o único que não tem direito de crédito³².

28 – Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 454-55.

29 – “Nenhum ordenamento constitucional do mundo é tão pormenorizado em matéria tributária quanto o brasileiro.” (Régis Fernandes de Oliveira, *Receitas Públicas Originárias*, São Paulo, 1994, p. 18)

30 – “Somos, indubitavelmente, o País cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação. Este cariz, tão nosso, nos conduz a três importantes conclusões: (...) *Tertius* – as doutrinas forâneas devem ser recebidas com cautela, tendo em vista as diversidades constitucionais”.

31 – Marciano Seabra Godói, *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*, São Paulo, 1999, p. 219.

32 – Misabel Abreu Machado Derzi, *Distorções do Princípio da Não-Cumulatividade no ICMS – Comparação com o IVA Europeu*, in *Temas de Direito Tributário*, Belo Horizonte, 1988, pp. 107 e ss.

Nesse sentido é que, igualmente, o art. 166 do CTN, expressamente, refere acerca da necessidade de autorização para restituição de tributos que “comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro”. Em assim sendo, inexistente no sistema normativo tributário brasileiro vigente a possibilidade de se distinguir entre impostos “reais” e pessoais, mas tão-somente entre impostos diretos e indiretos, é a estes, e só a estes, que o enunciado constitucional (art. 145, § 1º) refere-se quando, aos efeitos de efetividade dos princípios da pessoalidade e capacidade contributiva, afirma “sempre que possível”. E sempre será possível nos impostos diretos, do qual o IPTU, ao lado dos outros impostos que incidam sobre o estado jurídico de propriedade, representa a melhor expressão de que se pode realizar o princípio da pessoalidade, bem ainda a capacidade contributiva real, o que, ademais, não representa qualquer novidade, posto que, conforme observa Ricardo Lobo Torres, na hipótese oposta de redução de alíquota, o Supremo Tribunal Federal aceitou o critério subjetivo ou pessoal, fazendo inscrever no Enunciado da Súmula nº 539 que é constitucional a lei do Município que reduz o imposto predial urbano sobre o imóvel ocupado pela residência do proprietário que não possua outro³³.

Nesse sentido, a evidenciar o caráter de pessoalidade – alguns casos até personalíssimo – inerente a tal espécie de tributo, bem como o caráter

redistributivo de renda (cujo rol, ainda que contemple questionáveis isenções, não invalida o substancial), farta é a legislação questionada em conferir isenções, a inúmeras de situações, *in verbis*: “Art. 70 – Ficam isentos do pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana as seguintes pessoas físicas e jurídicas: I – entidade beneficente, hospitalar, religiosa e maçônica, sem fins lucrativos; II – entidade cultural, recreativa, sem fins lucrativos e a entidade esportiva, observada a exigência anterior e, quando for o caso, registrada na respectiva federação; III – sindicato ou associação de classe; IV – entidade educacional com fins lucrativos, quando coloque à disposição do Município 5% (cinco por cento) de suas matrículas para concessão de bolsas a estudantes pobres;

“V – associações ou clubes de mães e associações comunitárias; VI – os imóveis, ou parte de imóveis, utilizados para editoração, distribuição, publicação, divulgação e venda de livros; VII – os imóveis de propriedade de empresas e editoras de jornais, de televisão e rádio, emissoras que tenham instalações e desenvolvam atividades permanentes em Porto Alegre; VIII – viúva ou órfão menor não-emancipado, reconhecidamente pobres; IX – pessoa portadora do ‘mal de Hansen’, uma vez comprovada a moléstia por atestado médico sanitário oficial; X – aposentado por motivo de doença contraída em local de trabalho e incapacitado para o exercício de qualquer outra atividade, reconhecidamente po-

33 – *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, tomo II, *Sistemas Constitucionais Tributários*, Rio de Janeiro, 1986, p. 249.

bre; XI – deficiente físico, deficiente mental, ou seus responsáveis legais, reconhecidamente pobre;

“XII – proprietário de imóvel cedido gratuitamente, mediante contrato público, por período não-inferior a 05 anos, para uso exclusivo das entidades imunes e dos descritos nos incs. I, II, III e V deste artigo; XIII – ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei Federal nº 5.315, de 12-09-67; XIV – viúva de ex-combatente, conforme definido no inciso anterior, e enquanto se mantiver neste estado civil; XV – proprietário de terreno sem utilização, atingido pelo plano diretor ou declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação, mesmo que sobre ele exista construção condenada ou em ruínas, ou na hipótese de a parte remanescente não comportar edificação; XVI – sede de partidos políticos, próprias ou alugadas; XVII – aposentados, inativos, pensionistas, cuja renda seja igual ou inferior a 03 (três) salários mínimos, proprietário de um único imóvel no Município, utilizado exclusivamente como residência de seu beneficiário”.

Veja-se que a fenomenologia da isenção, que pode escolher entre oito hipó-

teses possíveis de operacionalização (pela subtração de um dos critérios: material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo, em seus desdobramentos), é fator que pode revelar a forte carga em que está inserido determinado sistema normativo tributário. É o que vemos pelo rol acima especificado: o quase que total caráter pessoal – e até personalíssimo, como acima já afirmado –, pois das dezessete hipóteses previstas, à exceção de uma única (inc. XV), todas as demais levam em conta unicamente o critério pessoal do sujeito passivo da obrigação para reconhecimento da isenção³⁴. Desta forma, a progressividade, como elemento expressional da justiça tributária, da realização da isonomia tributária³⁵, é o elemento mais concreto de realização da capacidade contributiva real, que foi a eleita pela Constituição³⁶.

Por fim, a interpretação que conduza ao entendimento de que a única progressividade do IPTU possível é a progressividade no tempo, para cumprimento da função social da propriedade, revela-se assistemática, por excluir parcela da autonomia da competência legislativa municipal em ordenar o uso, ocupação e zoneamento do solo urbano, por intermédio do sistema tributário municipal, em relação aos imóveis

34 – “O mecanismo das isenções é um forte instrumento de extrafiscalidade. Dosando equilibradamente a carga tributária, a autoridade legislativa enfrenta as situações mais agudas, onde vicissitudes da natureza ou problemas econômicos e sociais fizeram quase que desaparecer a capacidade contributiva de certo segmento geográfico ou social.” (Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, 1999, p. 455)

35 – “A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é a única forma possível de se afastarem as injustiças tributárias, vedadas pela Constituição Federal. Sem tributação progressiva não se atinge a igualdade tributária.” (Elizabeth Nazar Carraza, *Progressividade e IPTU*, Curitiba, 2000, p. 106)

36 – Sacha, *Comentários...*, p. 42.

edificados. Com efeito, na estruturação do sistema federativo (CF, art. 1º), conferindo autonomia político-administrativa aos entes municipais (CF, art. 18), dotando-lhes de competência para legislar não só sobre o sistema tributário municipal, mas igualmente de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (CF, art. 30, III e VIII), não excluiu de tal feixe os imóveis edificados, o que só seria possível se expressamente previsto.

Antes é consagrado pela doutrina que supedâneo incontestado da progressividade é a utilização do tributo com objetivos extrafiscais, como instrumento de ação política, social ou econômica, decorrendo daí que é livre o Município para intervir visando a estimular e orientar o desenvolvimento urbano; a assegurar o equilíbrio na concentração de atividades; a facilitar a ocupação e o uso do solo ou o fracionamento ordenado da terra; a possibilitar o agrupamento sistemático do comércio; a segregar as indústrias insalubres ou nocivas; a combater a especulação imobiliária; a restringir a ocupação da terra e o gabarito das construções; a estimular ou combater, enfim, tudo quanto enseje ou impeça o crescimento ordenado da cidade. As conveniências políticas, econômicas ou sociais é que ditarão, em cada Município, a adequada graduação dos tributos. Esta constituiu-se, inegavelmente, em meio hábil para a efetiva realização de moderna política fiscal³⁷.

De tal posicionamento não discrepam Aliomar Baleeiro, Bernardo Ribeiro de Moraes, Bilac Pinto, Edgar Neves da Silva, Geraldo Ataliba, Hely Lopes Meirelles, Henry Gumpel, José Souto Maior Borges, Rubens Gomes de Souza e Ruy Barbosa Nogueira, como refere Aires Fernandino Barreto, no artigo citado³⁷, evidenciando, logo a seguir, as alternativas para a progressividade do IPTU, dentre elas não só a temporal, mas a espacial, a valorativa, a de superfície, de destinação do imóvel, na existência de equipamentos urbanos, no gabarito ou número de pavimentos e adoção de critérios mistos.

Ressalta, portanto, que a progressividade no espaço, em razão da superfície, da destinação do imóvel, que releva a existência de equipamentos urbanos, que considera o gabarito das construções ou número de pavimentos, todas elas são instrumentos que podem levar em consideração a existência de edificações, que, pela posição hermética adotada no *leading case*, RE nº 153.771-0-MG, ficaram completamente excluídas da esfera de competência legislativa municipal. Veja-se que nesse sentido o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado, na voz do eminente Min. Cordeiro Guerra, nos autos do RE nº 80.858-SP, admitindo a progressividade do IPTU que tenha por base o valor venal do imóvel, bem ainda a tributação enérgica dos lotes baldios e das casas arruinadas em prol da construção de novos edifícios e aproveitamento racional da terra urbana, de modo a evitar,

37 – Aires Fernandino Barreto, *A Progressividade nos Impostos sobre a Propriedade Imobiliária*, in *RDT* nº 4/165.

também, a retenção de terrenos para fins especulativos (*RTJ* nº 76/911).

Tal posicionamento ainda olvida que nenhum outro ente federativo teve maior crescimento do que o Município, assim declarado como tal nos arts. 1º e 18 da CF, e a quem foi conferida robustecida autonomia, no dizer de Celso Ribeiro Bastos, mercê de seu fortalecimento repartição das competências³⁸, visando a reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica, entre as quais a competência comum para o combate das causas de pobreza e os fatores de marginalização, com o objetivo de promover a integração social dos setores desfavorecidos (CF, arts. 23, X, e 30, II), o que ocorre, essencialmente, no âmbito dos Municípios, que possuem o contato mais imediato com o cidadão, onde é a base material da civilidade de cada cidadão, daí as ingentes atribuições que dizem com o dia-a-dia do cidadão: transporte coletivo (CF, art. 30, V), educação pré-escolar e ensino fundamental (CF, art. 30, VI), atendimento à saúde da população (CF, arts. 30, VII, e 198, I e parágrafo único), prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotos sanitários; conservação de ruas, avenidas e estradas vicinais, iluminação pública, limpeza urbana, exercício do poder de polícia das atividades comerciais, indústrias e de serviços, sob o ponto de vista da saúde pública, segurança, sossego e conserva-

ção do meio ambiente, execução de obras públicas de urbanização, poder de polícia do trânsito, manutenção e prestação de serviços funerários, etc.

Enfim, há toda uma gama cada vez mais crescente de demandas sociais que dizem respeito ao bem-estar do cidadão, que ocorre no âmbito dos Municípios, e só no âmbito dos Municípios, o que, se não relevado na aplicação das normas tributárias, faz com que o Direito seja aplicado segundo uma visão unidimensional, normativista, que, somado à abstração dos princípios, fundamentos e objetivos estruturantes de tal sistema, resta por obstruir a prática da construção democrática. E direito que não possa ser realizado, já se disse, não é direito, tal qual democracia que não se traduza em prática concreta, íntima e diária na vida de todo o cidadão, da qual os tributos representam talvez um dos melhores exemplos de tal realidade.

DECISÃO

Julgo improcedente o pedido contido na inicial, declarando extinto o processo, forte no art. 269, I, do CPC. Condeno a parte-autora nos ônus da sucumbência, em custas e honorários, estes arbitrados em 15% do valor dado à causa, corrigido, forte no art. 20, § 4º, do CPC.

Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 23 de julho de 2001.

Cláudio Luís Martinewski, Juiz de Direito.

38 – José Afonso da Silva, *O Município na Constituição de 1988*, São Paulo, 1989, p. 15.

Processo nº 01197231804 (093867)
2ª Vara da Fazenda Pública – 2º Juizado
Autora: Autocruzaltense Veículos e Máquinas Ltda.
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Juiz prolator: Almir Porto da Rocha Filho
Data: 06-09-01

Tributário. ICMS. Substituição tributária. Preço praticado na operação final inferior ao presumido. Pagamento a maior do imposto. Possibilidade de compensação.

Vistos, etc.

Autocruzaltense Veículos e Máquinas Ltda., pessoa jurídica de direito privado, CGC nº 89117477/0001-65, com sede na Rua Saturnino de Brito, nº 966, Cruz Alta, ajuizou a presente ação declaratória, cumulada com condenatória, contra o Estado do Rio Grande do Sul, aduzindo recolher ICMS relativo à comercialização de veículos, através do instituto da substituição tributária, na forma do art. 155, § 2º, XII, *b*, da CF. Combate a ilegitimidade imposta pelo Fisco na limitação de seu regular exercício. O fabricante assume a postura de contribuinte substituto, com o pagamento antecipado do ICMS pertinente às operações que deverão ocorrer no ciclo mercantil, calculado mediante base pré-fixada, que obedece tabela estimada e arbitrada, ocasionando transtornos e prejuízos aos contribuintes. Refere o disposto no art. 15 do Decreto Estadual nº 34.523/92, que determina a forma de cálculo. Acaba o réu, quando o valor de comercialização é inferior ao estipulado, retendo montante superior ao que deveria recolher de imposto. A redução

oferecida no mencionado Decreto não é suficiente a eliminar o desequilíbrio entre o montante da operação ficta e a efetivada. Alguns Estados, como Paraná e São Paulo, editaram normas para permitir a recuperação do prejuízo das operações futuras. Está trabalhando com sacrifício financeiro, em permanente descapitalização.

O direito de restituição encontra-se previsto na EC nº 03/93, assim como no Decreto-Lei nº 406/68, devendo ocorrer na forma de crédito fiscal. Vigem os princípios da não-cumulatividade e compensação. Afirma que vem recolhendo imposto a maior, exemplificando. Como possui montante de crédito acumulado, pode dar-se a compensação em sua escrita fiscal. A vedação do Estado afronta as normas constitucionais, já que seu crédito é líquido. O art. 10 da LC nº 87/96 garante ao contribuinte o direito ao creditamento pretendido, evitando-se confisco. Aduz que os créditos que possui pela sistemática indevida devem ser corrigidos monetariamente, atendendo ao disposto no art. 145, § 1º, da Carta Magna, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Sustenta ser parte legítima para o pedido, na condição de substituída tributária. Pretende sejam reconhecidos os créditos disponíveis referentes ao excesso de tributação entre a operação ficta e a efetiva, não atingi-

dos pelo período prescricional, com determinação ao Estado de que autorize a transferência dos já levantados em sua conta fiscal, incluindo-se os obtidos posteriormente em operações ao substituto tributário, permitindo-se a compensação, corrigidos monetariamente. Colaciona doutrina e jurisprudência. Postula antecipação de tutela. Anexa documentos (fls. 32 a 53).

O Estado contesta, aduzindo, em preliminar, ilegitimidade ativa, já que a responsabilidade pela satisfação do crédito tributário é do substituto tributário, e não do substituído. Não há vínculo jurídico entre a requerente e o Estado. Configura-se, também, carência de ação, por pretender a autora impedir a autoridade fazendária de lavrar auto de lançamento, ato obrigatório e vinculado para a constituição do crédito tributário, na forma do art. 142 do CTN. Haveria indevida interferência do Judiciário, ofendendo a independência e autonomia entre os Poderes.

No mérito, aduz que a pretensão não pode prosperar, já que é legítimo o instituto da substituição tributária progressiva. Antes da vigência da LC nº 87/96, a matéria era regulada pelo Decreto-Lei nº 406/68 e os arts. 121 e 128 do CTN. O regime em tela impede, ou pelo menos dificulta, a sonegação fiscal. Acolhida a pretensão, restaria descaracterizado o instituto. Na forma progressiva, não reflete instrumento de ganância do Estado. Salienta haver expressa menção no art. 155, § 2º, XII, *b*, da CF. Resultou firmado o Convênio nº 66/88, que vigorou até a edição de lei complementar. Menciona os Convênios ICMS nºs 132/92, 134/92, 148/92, 01/93, 87/93, 44/94, 52/94, 88/94 e 163/94, que amparam as ope-

rações interestaduais relacionadas a veículos, todos aprovados pelo Legislativo, com força de Lei Estadual. Mesmo no Decreto-Lei nº 406/68, há expressa previsão para o dito regime, em seu art. 6º, § 3º.

No âmbito estadual, o regramento é o do art. 13, V e § 7º, da Lei Estadual nº 8.820/89 (art. 33, I, na redação dada pela Lei nº 10.908/96). Diz não ter a autora demonstrado que há diferença a menor na operação de saída do bem, quando na maioria das vezes ocorre o contrário e não é recolhido tributo ao Estado. Não pode, conseqüentemente, ser alegado prejuízo. O art. 150, § 7º, da CF prevê a possibilidade de restituição ao substituto, caso não ocorra o fato gerador, não se enquadrando a requerente em tal condição. Até a edição da LC nº 87/96, o Convênio nº 66/88 tinha *status* de lei complementar, não fazendo alusão aos créditos ora pretendidos, assim como a legislação estadual. Salienta que todo o imposto é recolhido pelo fabricante e não na saída da empresa. Pode o substituído, desde 10-11-96, amparado no art. 10 da LC nº 87/96, caso não ocorra o fato impositivo, obter restituição. Contudo, não é a hipótese em discussão no processo. Refere o teor da Lei Estadual nº 10.908/96.

Inexiste qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois o imposto é devido pelo fabricante, nada sendo cobrado dos comerciantes. Não há crédito a garantir-lhes na condição de substituídos. O acolhimento da pretensão geraria benefício fiscal, por não haver imposto a abater na etapa seguinte, com afronta aos arts. 5º e 37 da CF. Ainda que fosse possível eventual restituição de ICMS à autora, seria

necessário prova do pagamento indevido e da inexistência da repercussão financeira. Os documentos trazidos aos autos são circunstanciais e insuficientes à comprovação da alegação exordial. Inexistindo o direito ao crédito, não há que se falar em atualização monetária. Refere o teor do art. 30 da Lei Estadual nº 8.820/89. Em caso de procedência, pretende a aplicação da prescrição quinquenal. Acosta documentos (fls. 79 a 83).

Em réplica, a autora rebate os argumentos contestacionais e repisa os termos da exordial. Menciona jurisprudência, especialmente para rechaçar a preliminar. Junta documentos (fls. 95 a 98). Realizou-se perícia contábil, com manifestação das partes e complementação (fls. 150 a 163 e 171 a 175). O Ministério Público opinou pela procedência do pedido. Foi dado à causa o valor de R\$ 30.000,00. É o relatório. Decido.

As preliminares devem ser afastadas. A LC nº 87/96 permite que o substituído postule restituição do fato gerador presumido que não se implementou. Em verdade, quem adianta ou paga o imposto é o substituído, apesar de não ser sujeito passivo da obrigação tributária ante o Fisco. O substituto é apenas uma *longa manus* desse, transferindo a tributação ao substituído, na forma em que lhe é imposta. Por consequência, presentes a legitimidade e o interesse processual.

Há farta jurisprudência sobre o assunto, inclusive do STJ, como demonstram as seguintes ementas: “Fiscal. ICMS. Substituição tributária. Legitimidade de empresa concessionária de pleitear, em juízo, crédito passível de compensação

nas hipóteses de o preço praticado na operação final ser inferior ao presumido no momento do pagamento pelo substituto, haja visto encontrar-se o imposto embutido no valor cobrado da substituída. Necessária produção de prova. Nulidade do processo a partir da sentença. Embargos infringentes desacolhidos”. (TJRGS, EI nº 598569234, 1º Grupo Cível, Redatora para o acórdão Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, em 18-06-99)

“Tributário. ICMS. Substituição tributária. Tributo pago a maior, considerando a diferença entre o preço estimado e o valor efetivo (menor) da operação. Legitimidade do ‘substituído’ para requerer a repetição do indébito ou proceder à respectiva compensação, mas somente a partir da Lei Complementar nº 87, de 1996. Até a Lei Complementar nº 87, de 1996, o ‘substituído’ não tinha qualquer relação jurídica com o sujeito ativo da obrigação tributária; depois dela, sem embargo de que não participe da relação tributária, o ‘substituído’ está legitimado a requerer a repetição do indébito do ICMS pago a maior na chamada ‘substituição para frente’ (art. 150, § 7º c/c o art. 10, § 1º, da Lei Complementar nº 87, de 1996) – desautorizada a presunção *juris et de jure* que militava a favor da base de cálculo por estimativa, na forma da Lei Complementar nº 44, de 1983. Recurso especial não conhecido”. (STJ, REsp nº 203551-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, em 18-03-99, DJU, de 03-05-99, p. 138, unânime)

O substituído, portanto, pode requerer devolução de imposto, na hipótese legal de não se realizar o fato gerador

presumido, consoante o disposto na LC nº 87/96: “Art. 10 – É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar”.

Também não se configura a carência pela segunda argumentação trazida. Não busca a autora impedir a constituição de crédito tributário, mas, sim, que seja reconhecido o seu direito de compensação, na forma da lei. Obviamente que, existindo irregularidades, em desacordo com a lei ou a presente decisão, não fica o Fisco impedido de efetuar os lançamentos necessários.

Na questão de mérito, razão assiste em parte à requerente. Está praticamente pacificada nos tribunais a admissão da substituição tributária, na forma prevista na própria Carta Magna e na LC nº 87/96, não sendo atingidas cláusulas pétreas da Lei Maior, nem se tratando de hipótese de Emenda (EC nº 03/93) eivada de inconstitucionalidade, na inclusão do § 7º do art. 150 da CF. A LC nº 87/96 também não contém qualquer vício de inconstitucionalidade em relação ao assunto.

O eminente Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, ao relatar a AC nº 597039544¹, com suas reconhecidas sapiência e objetividade, tratando do assunto, fundamentou que: “Não mais se questiona a constitucionalidade do instituto da substituição tributária, notadamente a contar da EC nº 3/93, que afastou debates quanto à legislação ordinária

que previa tal instituto, como já estava no art. 128, CTN. Por fim, o regramento, na Lei Complementar nº 87/96, espanca eventuais dúvidas”.

Normatiza o art. 150, § 7º, da Carta Federal: “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

“§ 7º – A Lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo o fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

A discussão, assim, cinge-se à base de cálculo, especialmente quando a venda, no final da cadeia, ou seja, na última operação, tiver preço inferior ao determinado para a substituição tributária relativa à espécie. O motivo que enseja a negociação por menor valor não importa, podendo ser descontos, ofertas, dificuldades empresariais. Isto é ínsito à economia de mercado e ao princípio da livre concorrência.

O instituto da substituição tributária permite a antecipação da incidência do imposto na operação seguinte, de venda do bem pelo substituído ao consumidor, através das chamadas pautas de valores mínimos. Estima-se, pela sistemática, a margem de lucro, evitando-se a pulverização da arrecadação. Inclui-se na transação o valor estimado do imposto que recairá sobre as etapas seguintes.

1 – TJRS, 1ª Câmara Cível, em 04-03-98, unânime.

O Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu *Curso de Direito Tributário Brasileiro*², leciona: “Ora, o recebimento pelo estado de valores a título de ICMS, acima das bases de cálculo reais, i. e., não correspondentes aos preços reais praticados pelos contribuintes, caracteriza confisco tributário e enseja a sua imediata restituição, por força da própria Constituição, como veremos em seguida. Os contribuintes são titulares de um direito subjetivo à imediata restituição (*facultas agendi*) de raiz constitucional, ou seja, previsto na própria Lei Maior. Trata-se de direito sobranceiro que para ser exercido desnecessita de qualquer fundamento legal que não aquele fincado na Constituição. A contrário senso, toda legislação (lei complementar, lei ordinária ou decreto regulamentar) que contrariar o querer constitucional será inconstitucional.

“Quando o poder constituinte derivado permitiu, mediante a Emenda nº 3 à Constituição de 1988, a ‘substituição tributária para frente’, condicionou a sua prática a que, em não se realizando a operação ou fosse esta realizada por valor inferior ao real, se restituísse de modo *imediato e preferencial* a quantia paga em excesso. Onde há poder há também limitação”.

Se houver diferença a maior entre o valor utilizado para a operação e o da última negociação, em desfavor do substituído, não há como negar a este a busca de compensação tributária, já que não pode repassá-la ao adquirente final. É um direito a utilização como crédito do valor antecipadamente recolhido a maior.

A jurisprudência vem, cada vez mais, se inclinando pela possibilidade de compensação nas situações de substituição tributária, quando demonstrado que houve exagero na estimativa da pauta de valores mínimos. Colaciono algumas ementas: “Tributário. ICMS. Substituição tributária. Bebidas. Valor de venda inferior ao presumido para efeito de pagamento do imposto. Fato gerador. Princípio da não-cumulatividade. Direito de compensação. Legitimidade.

“I. O Juiz, ao sentenciar, não necessita afastar, um a um, os fundamentos referidos pelas partes. Não há se falar em sentença omissa se a fundamentação trazida pelo Juízo for suficiente para embasar a parte dispositiva.

“II. A legitimação para repetir imposto na substituição tributária pertence ao substituído porque é aquele que sofre o efetivo ônus da cobrança indevida e quem tem o real interesse de reaver o que lhe foi cobrado a maior e, também, porque não terá a oportunidade de repassar este valor aos adquirentes.

“III. O direito de compensar do imposto devido ao Estado o montante do imposto que lhe é cobrado nas operações anteriores constitui direito líquido e certo do contribuinte do ICMS. Na comercialização de bebidas o ICMS é recolhido antecipadamente pelo substituto tributário, que o calcula sobre o valor provável da venda ao varejo. Ocorrendo a venda a varejo pelo substituído a preço inferior ao que foi recolhido por ocasião da aquisição do produto, tem o adquirente o direito a utilizar o excedente como crédito a ser

2 – Ed. Forense, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 618.

compensado em outras saídas, conquanto o ICMS deve incidir sobre o valor real e efetivo da venda e não sobre valores fictícios arbitrados pelo fisco.

“IV. A não-realização, na prática, da totalidade da hipótese de incidência, que tem além de um núcleo objetivo, aspectos subjetivo, espacial, temporal e quantitativo, faz com que inócra o fato gerador no tocante à parcela não alcançada, gerando o direito de restituição ao contribuinte. Preliminares rejeitadas. Recurso provido em parte. Voto vencido”. (TJRGS, AC nº 599292448, 2ª Câmara, Rel. Des. Arno Werlang, em 13-10-99)

“Fiscal. Compensação de créditos havidos de tributo adiantado a maior em substituição tributária. Possibilidade, eis que o imposto incide sobre a base real de cálculo, ou da venda. Sentença confirmada e recurso improvido”. (TJRGS, AC nº 597003110, 2ª Câmara, Rel. Des. Arnaldo Rizzardo, em 12-03-97)

“Tributário. ICMS. Substituição tributária. Veículos. Princípio da não-cumulatividade. Restituição da quantia paga a maior. 1. O direito de compensar do imposto devido ao Estado do montante do imposto que lhe é cobrado nas operações anteriores constitui direito líquido e certo do contribuinte do ICMS. O uso da via judicial decorre do silêncio do fisco em responder no prazo de lei consulta no sentido de admitir a compensação. Na comercialização de veículos o ICMS é recolhido antecipadamente pelo substituto tributário, que o calcula sobre o valor provável da venda de varejo. Ocorrendo a venda a varejo pelo

substituto a preço inferior ao que foi recolhido por ocasião da aquisição do produto, tem o adquirente o direito de utilizar o excedente como crédito a ser compensado em outras saídas, conquanto o ICMS deve incidir sobre o valor real e efetivo da venda e não sobre valores fictícios arbitrados pelo fisco. II. O fato gerador de um tributo tem um cerne objetivo, além dos aspectos subjetivo, espacial, temporal e quantitativo. A não realização, na prática, da totalidade da base de cálculo presumida (aspecto quantitativo) faz com que inócra a realização do fato gerador tocante a essa parcela não alcançada, gerando o direito de restituição para o contribuinte”. (TJRGS, AC nº 598213007, 2ª Câmara, Relª Desª Maria Isabel de Azevedo Souza, em 25-08-99)

Isto demonstra que, com a alteração legislativa, não mais se autoriza base de cálculo por estimativa com presunção *juris et de jure*, como anteriormente admitiam a LC nº 44/83 e o Convênio ICMS nº 66/88.

Marco Aurélio Greco³, em artigo sobre o tema, ensina: “Questão que pode ser levantada é saber se a previsão constitucional alcança apenas as hipóteses em que o fato gerador não se realizar (dicção literal do dispositivo) ou se também se aplica às hipóteses em que ele ocorrer, mas não tiver a dimensão prevista ao ensejo do recolhimento por antecipação (não ocorrer tal como previsto). O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contribuinte contra exigências maiores do que as que resultam do modelo clássico

3 – *Substituição Tributária, IOB*, p. 22.

do fato gerador da obrigação tributária. Não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido. Portanto, a devolução é de rigor sempre que o fato não se realizar ou, realizando-se, não se der na dimensão originalmente prevista. O excesso tem a natureza de uma cobrança indevida e a Constituição não está legitimando o débito”.

Nada impede que sejam emitidas as pautas de valores mínimos. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer o direito à compensação, quando ocorrer descompasso entre aquelas e o valor final da venda, com resultante diferença de ICMS a maior. Apenas por diletantismo, já que não é objeto de discussão na presente demanda, refiro que há que se reconhecer ao Fisco o mesmo direito, se constatar este que as vendas foram por valores superiores ao da pauta fiscal. Ou seja, tanto podem ser compensadas diferenças para mais quanto para menos, desde que haja pedido na inicial ou reconvenção neste sentido.

O contribuinte não pode ser prejudicado por uma questão de “facilitação” da arrecadação tributária. Contudo, a compensação só deve ocorrer a contar da LC nº 87, de 13-09-96, uma vez que o art. 150, § 7º, da CF, incluído pela EC nº 03/93, diz que “a lei *poderá*”, indicando a necessidade de regulamentação, que ocorreu com a referida Lei Complementar. Não houve ratificação de situação anterior, não se aplicando, portanto, retroativamente. Somente através

desta foi que o substituído tributário passou a ter legitimidade de requerer a devolução do imposto se não realizado o fato gerador presumido. Neste sentido o teor do acórdão do STJ, no RMS nº 9.380-MS, julgado em 20-10-98.

Em seu voto, o eminente Ministro-Relator Ari Pargendler assim se manifestou: “Voto, por isso, no sentido de dar provimento, em parte, ao recurso ordinário, para reconhecer a compensabilidade dos créditos posteriores à Lei Complementar nº 87, de 1996, na própria escrita fiscal das Recorrentes; assegurados à Fazenda Pública o controle e a fiscalização do respectivo procedimento (CTN, art. 150)”.

No mesmo acórdão, em voto-vista, o Min. Aldir Passarinho, sobre o assunto, proclamou: “Com efeito, a exegese dada pela impetrante ao art. 165, inc. I, do CTN não afasta o inescandível fato de que a referida norma não versa, nem direta nem indiretamente, sobre a forma de compensação ora pretendida. Como bem ressaltado pelo eminente Ministro Ari Pargendler, foi apenas a partir da EC nº 3/93 que o ‘substituído’, figura vestida pelas revendedoras de automóveis novos, passou a ter legitimidade para, frente ao Estado, requerer a devolução do imposto se não realizado o fato gerador presumido. Portanto, não há falar-se em direito antigo, que a novel Emenda teria simplesmente ‘ratificado’, absolutamente. Ela verdadeiramente inovou. (...) Isso mostra que o dispositivo constitucional não era auto-aplicável, pendente que estava de regras outras que o efetivassem na prática, o que somente veio a acontecer por força da Lei Complementar regulamentadora nº 87/96. (...) Ora, isso é direito constitucional novo.

E, como tal, não se pode esperar a sua incidência a fatos geradores passados, sob pena de subverter ordem tributária legitimada e estabilizada pela Carta Política anterior. (...) Em resumo, estou em que o direito só surgiu relativamente aos fatos geradores após a vigência da LC nº 87, de 13-09-96".

Há que se acolher a pretensão exordial, com as limitadoras retrolançadas.

Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido, reconhecendo o direito à compensabilidade dos créditos recolhidos a maior, posteriores à LC nº 87/96, consoante a escrita fiscal da empresa-autora, atualizados monetariamente pelo mesmo indexador utilizado pelo Fisco para corrigir seus créditos, ressalvado o direito de o Estado propor demanda para recuperar os valores pagos a menor.

Dada a sucumbência recíproca, relacionada tão-somente ao marco inicial

de cálculo, com menor decaimento da autora, arcará o Estado com 3/4 das custas processuais e dos honorários periciais, bem como honorários advocatícios, que fixo em R\$ 2.000,00, considerando o trabalho realizado, a repetitividade desta espécie de demanda, o tempo de tramitação e tratar-se de Fazenda Pública, a teor do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC. Condeno a requerente ao pagamento de 1/4 das custas processuais e dos honorários periciais, além de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00, levando em conta os mesmos fatores retrorreferidos.

Transcorrido o prazo recursal voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado para reexame necessário.

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

Porto Alegre, 06 de setembro de 2001.

Almir Porto da Rocha Filho, Juiz de Direito.

Processo de nº 00106081335 – Ação anulatória
Comarca de Porto Alegre – 4ª Vara Cível – 1º Juizado
Requerente: Gauchafertil – Sociedade de Fertilizantes Ltda.
Requerida: Rinaldi S/A Indústria de Pneumáticos
Juiz prolator: Luciano André Losekann, em regime de exceção
Data: 17-12-01

Direito societário. Anulação de decisão tomada em assembléia geral extraordinária. Compensação de prejuízos contábeis com a conta do capital social. Redução a zero do valor nominal das ações e simultânea emissão de novas ações, das mesmas classes e espécies, assegurada aos primitivos acionistas preferência na subscrição. Lei nº 6.404/76, art. 173, caput. Viabilidade.

Vistos, etc.

Gauchafertil – Sociedade de Fertilizantes Ltda., por seu procurador, ajuizou a presente (*sic*) ação ordinária contra 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 delas 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 anteriores com a conta do capital social, zerando o mesmo e declarando as 128.000.000 de 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 conseqüente 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, simulta-

neamente, 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 interveio 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 representativas do capital, assegurado 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 consequente 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*, São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 3, pp. 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 a 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, 132 (AGE, primeira convocação para 30-08-00) e dos das fls. 135, 136, 137, 138, 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 realizar-se 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 “1.C” 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 por que 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 nº 00107118516 – Ação ordinária
Comarca de Porto Alegre – 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública – 1º Juizado
– Foro Central
Autoras: S. M. M. S. e outras
Réu: Estado do Rio Grande do Sul

Processo nº 00106689194 – Ação de indenização por danos materiais e morais
Autoras: S. M. M. S. e outras
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Denunciados à lide: A. F. S. e outros

Processo nº 00106884662 – Ação de indenização por danos morais
Autoras: S. M. M. S. e outras
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Juiz prolator: Antonio Vinicius Amaro da Silveira
Data: 29-11-02

Responsabilidade civil do Estado. Omissão dos serviços de segurança. Declaração pública de agente político do Estado a respeito do fato, identificando as vítimas e referindo a possibilidade de fraude. Danos materiais e morais.

Vistos, etc.

Trata-se de ação ordinária proposta por S. M. M. S., R. M. S. e C. S. B. contra o Estado do Rio Grande do Sul; de ação ordinária com pedido de indenização por danos materiais e morais proposta pelas mesmas autoras daquela contra o Estado do Rio Grande do Sul, que denunciou à lide A. F. S., P. D. M. R., R. C. P. S. e A. B. R.; e, por fim, de uma terceira ação ordinária proposta pelas mesmas autoras também contra o Estado do Rio Grande do Sul, visando apenas à indenização por danos morais.

Informam as requerentes, em todas as ações, que, no dia 21-03-01, por volta das 03h, um indivíduo desconhecido

adentrou no pátio da residência das demandantes, durante o repouso noturno, tentando entrar no interior da casa. Afirmam que, diante dessa circunstância, a requerente S. ligou para o nº 190, cuja ligação foi atendida pelo CIOSP – Centro Integrado de Operações da Segurança Pública, localizado em Porto Alegre, que solicitou nova ligação por parte da autora S., desta vez para a cidade de Canoas.

Referem que o telefone que dispuñham no momento dos fatos era o celular pré-pago, cujo crédito havia acabado com a ligação antes efetuada para o nº 190. Por conseqüência, entraram em contato, através de ligação a cobrar, com M., conhecida e vizinha das autoras, narando o que estava acontecendo e solicitando que essa entrasse em contato com a Polícia a fim de que alguma providência fosse tomada. M. efetuou a ligação solicitada, tendo sido informado que uma viatura, em breve, estaria no

local para averiguar os fatos, o que não aconteceu. Logo após, M. retornou a ligação, afirmando que, em novo contato com a Brigada Militar, diante da demora em prestar o socorro, foi informado que não havia viatura disponível para atender à ocorrência.

Por volta das 05h, um homem com capuz na cabeça derrubou a porta dos fundos e entrou na residência da autoras. Afirmando que o referido indivíduo, com uma faca em punho, passou a proferir-lhes ameaças, dizendo que havia mais pessoas no pátio e exigindo as chaves da oficina mecânica localizada nos fundos da casa, além das chaves dos veículos que estavam no seu interior.

Diante da negativa das autoras, uma vez que a oficina mecânica não lhes pertencia e que, conseqüentemente, não possuíam as chaves, foram despidas e amarradas sobre uma cama e abusadas sexualmente, “enfiando os dedos nas vaginas e nos ânus das duas menores” (fl. 05), enquanto a demandante S. foi obrigada a fazer sexo oral com o criminoso. Aduzem, ainda, que, durante a prática dos abusos sexuais, a camisa que ocultava o rosto do indivíduo caiu, deixando-o à mostra, o que possibilitou o reconhecimento do indivíduo, uma vez que este “circulava pelas redondezas” (fl. 05).

Após uma hora, aproximadamente, o criminoso apoderou-se do celular, uma televisão 14”, um aparelho de som e R\$ 20,00 em espécie, sempre ameaçando as autoras de morte e para que não se desamarrassem, pois havia mais pessoas no pátio “para fazer uma festa” (fl. 05), momento em que deixou o interior da residência com os objetos

supramencionados. Decorridos poucos minutos e já desamarradas, uma viatura da Brigada Militar chegou ao local.

Em razão dos fatos ocorridos, sustentam as autoras que deixaram a residência recentemente locada por medo de represálias, as menores não freqüentaram mais a escola, e a demandante S. deixou o trabalho que antes exercia. Além disso, vêm sofrendo forte abalo emocional e psíquico, impossibilitando-as de terem uma vida tranqüila.

A par do ocorrido, no dia 28-03-01, em entrevista fornecida durante o seminário internacional *Polícia e Sociedade Democrática*, patrocinado pela Secretaria da Justiça e da Segurança Pública, o Dr. J. P. B., Secretário de Estado, referindo-se aos fatos dos quais foram vítimas as autoras, fez declaração acerca de haver indícios de se tratar de uma farsa, o que causou enorme repercussão na imprensa e no meio político em geral, aumentando ainda mais o sofrimento vivenciado pelas autoras, visto que o fato restou amplamente divulgado, gerando desconforto no meio social freqüentado pelas autoras, tal como a escola das menores, ainda que tenha o Secretário se retratado dois dias após, quando revelou o nome e o patronímico da autora. Imputam ao Estado a responsabilidade pelos danos causados pelas declarações de seu agente.

Nesse passo, postulam nos autos do Proc. nº 107118516, inclusive a título de antecipação de tutela, (a) assistência psiquiátrica pelo tempo que for necessário; (b) o pagamento mensal de quatro salários mínimos até que reequilibrem suas vidas; (c) a matrícula das menores em escola diversa daquela freqüentada; (d) a condenação do Estado em custas judi-

ciais e honorários advocatícios; e (e) assistência judiciária gratuita.

Nos Autos de nº 106689194, requerem (a) indenização por danos morais equivalente a 1.000 salários mínimos para cada autora; (b) indenização por dano material, no valor de R\$ 827,00, correspondente aos objetos roubados; (c) a condenação do Estado em honorários advocatícios; e, por fim, (d) a concessão de assistência judiciária gratuita.

E, no Proc. de nº 106884662, (a) a condenação do Estado ao pagamento de uma indenização no valor de 100 salários mínimos a título de dano moral para cada uma das autoras, tendo em vista o pronunciamento do Sr. Secretário da Segurança Pública, J. P. B.; (b) a condenação do Estado, demandado em honorários advocatícios; além da (c) gratuidade do acesso à justiça. O benefício da assistência judiciária gratuita restou deferido em todas as demandas. No feito de nº 107118516 (fl. 127), foi determinado o apensamento aos Procs. nºs 106689194 e 106884662, a intimação do Estado para manifestar-se acerca do pedido de tutela antecipada proferida naqueles autos, além da citação.

Em atendimento ao pedido de manifestação (Proc. nº 107118516), argumenta o Estado que a assistência psiquiátrica pleiteada está à disposição das demandantes na cidade de Canoas, cujo endereço consta na fl. 130, através do Pólo Regional de Saúde Metropolitana, na PAMM Saúde Mental. No tocante ao pedido de uma pensão no valor de quatro salários mínimos para providenciar o pagamento do aluguel, refere que é pedido juridicamente impossível, eis que carente de previsão legal. Por fim, quanto ao pedido de matrículas das

menores em outro estabelecimento educacional, refere que as autoras são carentes de ação, tendo em vista que sequer houve pedido administrativo ou resistência por parte da Administração em providenciar a transferência. Por fim, alega que tais pedidos não podem ser deferidos, já que é proibido o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Em decisão proferida nas fls. 134/136 (Proc. nº 107118516), foram indeferidos os pedidos de condenação do Estado a providenciar atendimento psiquiátrico às demandantes sob o fundamento de que tal serviço se encontra à disposição no endereço fornecido pelo demandado, bem como o de transferência das menores para outra escola, uma vez que aquela poderá ser feita em sede administrativa, sem qualquer resistência pelo Poder Público. Restou, portanto, deferido apenas o pedido de condenação do Estado ao pagamento de uma pensão, alegando que a circunstância em que se encontram as demandantes se deu por omissão de socorro por parte do Estado, o qual deve ser responsabilizado pelas consequências. Restou determinado o trâmite desta lide em segredo de justiça.

Inconformado com a decisão, o requerido apresentou agravo de instrumento, o qual restou provido. Citado em todas as demandas, apresentou o Estado as respectivas contestações.

Na Ação nº 107118516, o Estado reitera os termos da resposta preliminar e afirma que o evento danoso, embora tenha ocorrido por negligência dos agentes policiais quando chamados a prestar socorro à ocorrência, não teria sido evitado mesmo com a sua tão esperada

atuação. Refere que durante aquela madrugada houve quatro ligações com pedido de socorro ao endereço das demandantes nos seguintes horários: 03h, 03h29min, 04h05min e 05h59min, quando foi despachada uma viatura para o atendimento. Aduz, mais, que o crime foi praticado por volta das 05h. Nesse sentido, argüi que, mesmo encaminhada uma viatura ainda no primeiro atendimento, o delito não seria evitado, tendo em vista que ocorreu quase 02 horas depois e que “a diligência policial se limitaria a verificar a presença de alguém nas imediações da casa da autora, o que não se constataria, já que o invasor, com facilidade, poderia refugiar-se em sua própria residência, ali perto” (fl. 167). Ademais, inexistente nexo de causalidade entre a omissão do Estado e o crime que mais tarde veio a se consumar. Finalmente, postula a improcedência desta ação. Em resposta à contestação, as autoras insurgiram-se contra as preliminares argüidas, ratificando os termos da petição inicial.

Na ação de nº 106689194, referente aos danos morais e materiais pela inércia do Estado, além de reiterar os termos da contestação da Ação nº 107118516 (anterior), sustenta que o montante de 1.000 salários mínimos postulados por cada uma das autoras é excessivo. Denuncia à lide os policiais militares de serviço na noite do crime, Sd. PM A. F. S., Sd. PM P. D. M. R., que estavam na Sala de Operações, bem como os superiores hierárquicos, Cap. PM R. C. P. S. e Maj. A. B. S. Responderam as autoras aos termos desta contestação, reiterando os termos da respectiva inicial.

Embora os fundamentos do Ministério Público em seu parecer das fls. 334/336,

restou deferido o pedido de denunciação à lide (fls. 337/338), tendo sido citados os denunciados, que apresentaram contestações por procuradores diversos. A denunciada A. (fls. 346/350) sustenta conflitos das declarações de M. e que as informações prestadas pelo filho desta não eram precisas, impossibilitando providências da atendente. Postula a improcedência da denunciação e o benefício da assistência judiciária gratuita.

P. D. (fls. 352/355) assevera que exercia a função de chefe de equipe da SOP do 15º BPM, tendo como telefonista a Sd. A. e outros auxiliares, não possuindo meios de saber quais foram as atividades desempenhadas por seus funcionários. Não recebeu nenhuma ligação que originou a ação. Postulou a improcedência da denunciação e o benefício da assistência judiciária gratuita.

R. C. (fls. 369/379), por sua vez, argüi sua ilegitimidade passiva e, no mérito, sustenta a ausência de nexo de causalidade entre a omissão e o resultado, inexistindo, por via de consequência, culpa sua capaz de ensejar a responsabilidade. Insurge-se quanto ao montante indenizatório postulado. Requer a improcedência da denunciação.

Já o Maj. A. (fls. 399/413) argüi a impossibilidade da denunciação, tendo em vista a responsabilidade exclusiva e objetiva da Administração. No mérito, sustenta ser alheio aos fatos, eis que não era incumbido de acompanhar a Sala de Operações. Ademais, imputa a responsabilidade ao criminoso, eis que de nada adiantaria a ação da Polícia. Postula a denunciação à lide do Ten. M. C. C. Requer a improcedência.

No tocante à contestação da ação de indenização por danos morais provoca-

dos pela ação do Secretário de Estado J. P. B. (Proc. nº 106884662), argúi o Estado preliminar de ilegitimidade passiva, já que a responsabilidade seria dos meios de comunicação, por terem divulgado as declarações. No mérito, aduz que a declaração do Secretário não propiciou os danos reclamados, que devem ser atribuídos às próprias autoras. Requer, por isso, a improcedência da ação. Em resposta a esta contestação, irrisignaram-se as autoras quanto à preliminar e reeditaram os termos da vestibular.

Foi proferida decisão saneadora nas fls. 180/181 dos Autos nº 107118516, determinando o apensamento de todos os feitos e o prosseguimento apenas neste em razão da manifesta conexão. Na mesma oportunidade, foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo Estado nos autos do Proc. nº 106884662, eis que as ofensas foram proferidas pelo Secretário de Estado, no exercício das suas funções, o que caracteriza a responsabilidade objetiva.

Nesta mesma decisão, foi acolhida a preliminar de carência de ação por ausência de interesse processual relativamente ao pedido de condenação do Estado no tratamento psiquiátrico, formulado nos autos do Proc. nº 107118516, pois, mesmo residindo em Tramandaí, o serviço postulado encontra-se à disposição das autoras, extinguindo-se parcialmente a demanda. Também restou rejeitado o pedido de ilegitimidade passiva do denunciado A., nos autos do Proc. nº 106689194. Por fim, relegou o exame da ilegitimidade passiva da litisdenciada R. para a sentença, vista a necessidade de dilação probatória. Foi, então, designada audiência de instrução.

Opostos embargos de declaração pelo denunciado A., estes foram respondidos à fl. 217, sendo reiterada a manifestação antes proferida, indeferido-se, ademais, a denúncia formulada por A. ao Ten. M. Designada audiência de instrução, dispensados os depoimentos das menores, foram tomados os depoimentos pessoais da autora S. e da denunciada A., bem como, num primeiro momento, colhidos os depoimentos de duas das testemunhas arroladas pelas autoras.

Por precatória, colheu-se o depoimento da testemunha M., também arrolada pelas autoras. Em seqüência ao ato de instrução, ouviram-se duas testemunhas arroladas pelo Estado. Encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais reiterando suas manifestações, à exceção do litisdenciado P. D. que silenciou ao chamamento judicial.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência da demanda a fim de condenar o Estado ao pagamento dos danos materiais, correspondentes aos objetos roubados, e danos morais ocasionados em razão da inércia do Estado e das afirmações proferidas pelo Sr. Secretário da Segurança Pública. Opinou, outrossim, pela procedência da denúncia à lide com relação à servidora A., na forma do art. 37, § 6º, da CF. Vieram os autos conclusos em regime de substituição. É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir.

Da análise das ações, verifica-se que foram propostas três demandas: a primeira, registrada sob nº 106689194, foi ajuizada em 26-04-01, visando à indenização pelo Estado do Rio Grande do Sul relativamente aos danos materiais e morais pela inércia do Estado, o que

ocasionou o fato criminoso, em cuja demanda restaram denunciados à lide os policiais militares envolvidos na operação. Na segunda ação, sob nº 106884662, proposta em 22-05-01, postulam as autoras a condenação do Estado ao pagamento de danos morais em face da manifestação do Sr. Secretário de Segurança Pública acerca do evento danoso.

E, na terceira, de nº 107118516, protocolada em 20-06-01, buscam ver obrigado o Estado do Rio Grande do Sul ao fornecimento de auxílio financeiro, único pedido remanescente nesta ação, tendo em vista a extinção do feito relativamente aos pedidos de atendimento psiquiátrico e educacional, consoante a decisão das fls. 180/181. Com efeito, nesta demanda, todos os pedidos já restaram analisados e decididos interlocutoriamente, conforme se verifica na decisão das fls. 134/136, parcialmente agravada, cuja decisão de 2º grau consta às fls. 195/199.

Do exame da preliminar de ilegitimidade passiva da litisdenunciada R.

Feitas as necessárias ressalvas, mister que, primeiramente, seja analisada a questão preliminar remanescente, referente à ilegitimidade passiva da litisdenunciada R., cuja apreciação restou postergada para sentença (fl. 181). Todavia, ainda que valor possa ser dado às razões argüidas pela denunciada, sua permanência na lide está diretamente ligada à análise do mérito da demanda, mormente no que concerne à participação dos agentes públicos na omissão do Estado no atendimento às autoras.

Do Processo nº 107118516.

Em face da decisão das fls. 180/181, que restou inatcada, dos pedidos formulados nesta demanda, somente aque-

le relativo ao postulado auxílio financeiro restou processado. Porém, ainda que não indeferido de plano, não merece prosperar. A tal conclusão é possível se chegar ante a apurada leitura das razões de decidir constantes no AI nº 70003062973, cujo acórdão consta nas fls. 195/199 e passa a fazer parte integrante das razões de decidir.

Acresço, todavia, que o deferimento de tal pretensão ensejaria tratamento diferenciado às autoras, que, mesmo estando sujeitas a situação excepcional, não se distinguem de outras inúmeras vítimas em situação similar. Ora, evidente que tiveram elas mudar de endereço, porém os encargos daí decorrentes são objeto da ação de indenização por danos morais, visto que, não ocorresse o fato, teriam que arcar com as despesas de moradia igualmente. A pretensa indenização não pode superar o real prejuízo, pena de se tornar forma de enriquecimento indevido. Por isso, relativamente ao pedido restante, deve a ação ser julgada improcedente.

Dos pedidos de indenização por danos morais e materiais nas Ações nºs 106689194 e 106884662.

Passo a analisar os pedidos realizados nas Ações de nºs 106689194 e 106884662 que se referem às indenizações por danos materiais, equivalentes aos objetos roubados, e pelos danos morais sofridos no tocante ao constrangimento a que foram submetidas as autoras em razão da inércia do Estado e pelo pronunciamento do Sr. Secretário da Segurança e Justiça P. B.

Da responsabilidade objetiva do Estado.

Antes, entretanto, da análise acerca dos fatos constitutivos do direito invo-

cado pelas autoras, prudente se faz tecer considerações sobre a imputada teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual basicamente fundamentam as autoras suas pretensões.

De há muito foi abandonada a idéia, decorrente da teoria da irresponsabilidade civil absoluta, de que o Estado estaria isento de qualquer imputação indenizável em face de dano suportado por particulares em consequência de atos (omissivos ou comissivos) de império praticados em nome da Administração Pública.

Sob esta ótica, mesmo tendo se tentado fazer a distinção entre ato de império e ato de gestão, não foi possível suportar a apregoada impunidade, já que não era aceitável que o cidadão, cumpridor de seus deveres, não tivesse o mesmo tratamento da Administração, quando injustamente lesado.

A evolução do estudo sobre a matéria, pertinente à responsabilização do Estado frente aos prejuízos sofridos pelos particulares quando da ação ou omissão da Administração, impôs a adoção de uma teoria bem mais moderada, baseada no estudo da culpa, através da qual se passou a admitir a indenização quando demonstrado que o agente, representante do Estado, tivesse agido com culpa ou com dolo. Todavia, na prática, nada fácil ficava ao cidadão lesado fazer esta prova, que partia dos fundamentos atrelados à idéia de responsabilidade por fato de terceiro.

Posturas científicas bem mais modernas passaram então a adotar a teoria objetiva, tal como hoje é conhecida por nós desde sua inserção no texto constitucional de 1946, através da elucidativa redação de seu art. 194¹, que se insere na idéia do risco que a atividade administrativa proporciona a seus administrados, ônus este que deve ser suportado pelo Estado, em nome da isonomia de tratamento que deve dar a seus cidadãos. Desta feita, não mais precisaria o cidadão lesado provar a culpa ou o dolo com que agiu o servidor público, bastando-lhe evidenciar o dano sofrido e o seu nexos de causalidade com o Estado.

Assim, passou a ser unanimidade na doutrina e na jurisprudência que é o Estado responsável pelos danos que causar aos particulares quando do exercício (comissivo ou omissivo) de suas atividades, havendo ou não culpa (*lato sensu*) de seus agentes, desde que “nesta qualidade”, a teor do que preconiza o § 6º do art. 37 da CF, bastando que reste demonstrado o dano e o seu nexos com aquela atividade (ativa ou omissiva).

Desta orientação é que nasce a pretensão das autoras, baseada na teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, segundo a qual bastaria a elas comprovar o seu prejuízo, ou seja, a lesão sofrida, já que é obrigação do Poder Público dar-lhe a conclamada “segurança pública”, ao que se chega através da leitura que se faz do art. 144²

1 – “Art. 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

2 – “Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...”.

da CF. Contudo, a questão imposta deve passar por um espectro de fundamentação muito mais complexo.

Com efeito, posto que situações como estas, impostas em face do pedido formulado pelas autoras, fizeram com que a jurisprudência passasse a identificar distinções nos casos que se sujeitavam à passiva aplicação da chamada teoria do risco ou simplesmente teoria objetiva. Constata a necessidade de se fazer algumas distinções, aprofundou-se a doutrina no estudo da preponderante teoria.

É o que sustenta a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado”³.

A observação passou a se fazer absolutamente necessária em nome de verdadeiros absurdos interpretativos que passaram a ocorrer, impondo-se a subclassificação da teoria objetiva em teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. Assim é que, preso aos ditames originais, a teoria do risco integral absorve a idéia de evidenciamento do dano e do seu nexos com a atividade (omissiva e comissiva) do Estado, sem cogitar de exceções ou abrandamentos ao dever de indenizar daí decorrente.

Por outro lado, a teoria do risco administrativo, buscando melhor posicionar os fatos em função daquela premissa objetiva de responsabilização e posicionando-se mais proximamente do princípio da razoabilidade, passou a aceitar excludentes e atenuantes.

Esta postura mais moderada da teoria do risco veio em nome de uma necessária triagem a ser feita diante de circunstâncias distintas, que não poderiam obter o mesmo tratamento, sob pena de transformar o Estado de um gerenciador da coisa pública em, nas palavras de Odoné Serrano Júnior⁴, “uma espécie de segurador universal”, o que permitiria que todo e qualquer dano suportado pelo particular, que estivesse relacionado direta ou indiretamente com a Administração, fosse indenizado. De fato, pois admitir-se que o Estado deva assumir o risco integral no exercício da própria atividade administrativa levaria indubitavelmente a uma situação de caos social, mormente no campo econômico.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁵: “A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”. Assim é que, sem desprezar o enunciado objetivo da teoria do risco, o modelo mais razoável indica a necessidade de se associar a sua

3 – *In Direito Administrativo*, 5ª ed., Ed. Atlas, 1994, p. 413.

4 – *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, Ed. Juruá, p. 58.

5 – *In Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 553.

aplicação à possibilidade de ter a vítima contribuído para o resultado ou de existirem fatores externos, como circunstâncias determinantes do resultado danoso.

Neste caso, continua o particular dispensado de provar a culpa ou dolo do agente estatal, mas é possível a ressalva da obrigação indenizatória do Estado ante a concorrência da vítima para o resultado ou a ocorrência de fatores externos, tais como a força maior e o caso fortuito, já lembrados na teoria privatista da responsabilidade civil. Renova-se, portanto, com força total, a idéia de necessidade de demonstração da relação causal do dano com a estrita função administrativa, ou seja, sem que haja a intervenção de fatores a ela extraordinários.

No caso dos autos, são basicamente dois os fatos geradores da irresignação das autoras, quais sejam a omissão estatal a seu dever objetivo de segurança pública no caso concreto e as declarações de agente seu, imputando a elas a prática de “farsa” no relato da malsinada ocorrência.

Da omissão estatal frente à teoria do risco administrativo.

No dizer de Caio Mário da Silva Pereira⁶: “A teoria do risco administrativo encara o dano sofrido pelo particular em conseqüência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a atuação do preposto ou agente estatal”.

A falha na prestação de serviço público por dever constitucional ocorrerá

quando *não funcionar*, quando *funciona mal* ou *funcionar em estado precário ou insuficiente*, independentemente da ação ou omissão do agente estatal encarregado. Significa dizer que a responsabilidade da administração não decorre de um fato do serviço, mas de uma falta ou falha do serviço no caso concreto. Assim, costuma-se, excepcionalmente, identificar como fatores excludentes ou atenuantes aqueles decorrentes da participação da vítima, da força maior e do caso fortuito.

Compreendida e razoavelmente esclarecida a eventual contribuição da vítima, identificar-se-ia a ocorrência de força maior e caso fortuito nas circunstâncias associadas respectivamente a resultados “inevitáveis” da ação da natureza e “imprevisíveis” da ação humana. Todavia, nenhuma destas hipóteses coaduna-se com a lamentável realidade experimentada pelas autoras no caso concreto.

Sabidamente, existe para cada sociedade um padrão de conduta, associado a diversos fatores de formação das características dos indivíduos que a compõem. Desta concepção, o Estado abstém um modelo básico de tratamento geral, ressaltando atenção privilegiada para os casos específicos, vivenciados em face das ocorrências que demandem necessariamente a intervenção de seus agentes.

Neste contexto, não seria razoável que se exigisse que o Poder Público pudesse prever que um determinado indivíduo, dos milhares que estão sob sua égide e supostamente dentro daquele padrão de conduta, repentinamente

6 – *In Instituições de Direito Civil*, I, nº 116, p. 394.

resolva portar-se de modo diverso, revelando uma total anormalidade. Nesta indesejada situação se verificaria a existência do fator “imprevisibilidade”, próprio do caso fortuito, excludente da responsabilidade objetiva do Estado, já que o dano daí decorrente estaria afastado da mera atividade ou função administrativa. Mas esta não é a circunstância constada nos autos. Muito pelo contrário.

O fato narrado na peça vestibular é público e notório, uma vez que foi veiculado nos meios de comunicação existentes, levando ao conhecimento de todos as circunstâncias ensejadoras dos presentes pedidos de indenização. A pretensão resistida encontra-se na dúvida sobre a possibilidade ou não de o evento danoso ter ocorrido em razão da negligência dos policiais militares o que caracterizou a inércia do Estado.

A autora S. afirmou que, por volta das 03h do dia 21-03-01, entrou em contato com o nº 190 a fim de pedir socorro, uma vez que um indivíduo desconhecido das requerentes ingressou sem autorização dessas no pátio em que residiam. Tendo em vista que a ligação partiu do celular pré-pago, de propriedade da requerente S., o atendimento deu-se na cidade de Porto Alegre o que foi solicitado que aquela procurasse ligar para o número de Canoas.

Assim, conforme se depreende do depoimento de S., esta entrou em contato com M., solicitando a esta que providenciasse atendimento policial (fl. 274): “(...) aí eu pedi ajuda para a Dona M., que é minha vizinha da frente, da esquina, do bar, liguei prá ela a cobrar, ela me atendeu 03h05min da manhã aproximadamente, pedi ajuda para ela e contei todo o fato que estava aconte-

cendo, aí ela me pediu para ter calma que ela ia entrar em contato com a Brigada Militar, foi então que a Dona M. entrou em contato com a Brigada Militar, dentro de 05 minutos ela me deu o retorno, que a Brigada Militar estava indo para o local e disse para eu me acalmar, eu esperando, só que nada, passaram 05, 10 minutos e nada, eu ligo para a M. novamente, aí ela disse que ia ligar novamente para eles, ligo novamente e foi onde passaram prá M. que não havia carro disponível para irem até o local”.

Durante esse contato, até aproximadamente 05h da manhã, a requerente S. refere que foram efetuadas outras ligações na tentativa de que a Brigada Militar viesse até o local para averiguar os fatos. Essa afirmativa veio confirmada pelo depoimento da testemunha M. à fl. 355: “(...) Por volta de duas horas da manhã recebeu o telefone da autora pedindo-lhe socorro uma vez que havia alguém tentando ingressar na residência da mesma. A autora comentou com a depoente que já havia ligado para a brigada. A depoente em seguida ligou para o 190, quando lhe foi dito que seria encaminhada uma viatura ao local. O primeiro telefone foi atendido por uma mulher, sendo que a depoente não se recorda se a mesma se identificou. A depoente retornou que a viatura estava a caminho. A depoente reside quase em frente a casa na qual mora a autora e, passado algum tempo, mais de meia hora, sem que avistasse a presença da brigada, tornou a ligar para o número 190, sendo atendida por uma mulher que disse não haver viatura disponível. A depoente ligou para S. para dizer que não havia viatura. (...) Por volta das seis horas da manhã a autora, conseguindo

se soltar, esteve na casa da depoente quando a depoente ligou novamente para a polícia, que veio rápido, em minutos”.

No mesmo sentido, a fim de confirmar a versão apresentada pela autora S., vem o depoimento prestado pela litisdenciada A., policial militar que atendeu no mínimo uma das ligações efetuadas naquela noite, solicitando o comparecimento da Polícia no local dos fatos. Diante do que expõe A., a inércia do Estado, diante da negligência de seus agentes, restou comprovada.

Ao ser questionada sobre o encaminhamento que estava sendo dado na noite do crime e sobre a disponibilidade de viaturas, a denunciada A. afirmou (fl. 283) que “a noite estava calma, *tinha poucas viaturas mas as viaturas que tinham estavam desocupadas*” (grifei). Disse, ainda, que havia viaturas à disposição e que se prestavam para atendimento na cidade de Canoas (fl. 285), as quais eram de aproximadamente seis ou sete (fl. 284).

Nesse passo, havendo viaturas desocupadas e diante de uma chamada de socorro, é dever da Brigada Militar averiguar os fatos. Ainda mais diante da insistência dada ao caso que, havendo telefones com “bina” e sendo registradas as ocorrências que chegam ao conhecimento daquele órgão, não há como aceitar a probabilidade de ter sido um trote, como quer fazer crer, ou quiçá justificar, a denunciada A.

Mais, ao ser questionada sobre as ligações recebidas na noite dos fatos, refere que um menino, por volta das 04h da manhã, o qual a testemunha acredita ter por volta de 10 a 12 anos, questionou sobre o envio de uma viatura, perguntando “por que a viatura

não tinha ido ainda” (fl. 282). Perguntado acerca dos fatos e do endereço, aquele não forneceu, *demonstrando estar nervoso*.

Averiguada sobre a “impressão” que colheu do pedido feito por esse menor, respondeu (fl. 284): “(...) Na minha opinião que *eu achei ali que não era um trote porque vinha de um telefone convencional* e era óbvio a entrada, então, só que eu não tinha como saber porque ele não me dizia nada com nada a respeito, eu perguntava ‘aonde, mas aonde?’ ‘aqui na minha vizinha! Eu já chamei a viatura, já pedi para vocês virem aqui vocês não querem nada com nada!’ Eu *realmente o meu erro foi o de não ter perguntado aos meus colegas se já haviam pego essa ocorrência. O meu erro foi não ter perguntado!*” (grifei).

Mais, por estar prestando atendimento em um telefone com bina, sabia o número de origem, o que lhe possibilitaria ter averiguado a veracidade do pedido. Ao desligar o telefone, refere que: “não tomei nenhuma iniciativa, eu simplesmente desliguei por que ele não tinha me dado” (fl. 284).

Ora, tratando-se de uma criança entre 10 e 12 anos, aproximadamente, e com o estado emocional alterado, pois, conforme afirmou a denunciada A., o menor se encontrava *nervoso*, não há como simplesmente ignorar os fatos e deixar de prestar o devido atendimento. Se, para um adulto, durante uma situação de perigo, há dificuldade de solicitar ajuda, é fácil de compreender como se portaria uma criança nas mesmas circunstâncias.

Tanto era importante, muito importante, a ligação ignorada, que posteriormente a litisdenciada A. veio a saber

que se tratava dos fatos ocorridos na residência das requerentes (fl. 284): “(...) J: Mas como a senhora veio a saber? DL: Eu vim a saber porque teve uma pessoa que ligou de manhã cedo, às seis e pouco, ligou para o meu colega, estávamos só nos dois e eu estava já limpando ali a nossa sala de trabalho e ele atendeu essa ocorrência e daí ele passou e expediu uma viatura. J: Mas como é que fizeram a relação de que era a mesma ocorrência? DL: Por que daí nós procuramos no bina e informamos ao tenente. J: Se desta relação que vocês fizeram já haviam outras chamadas do mesmo telefone, anterior a essa? DL: Tinha, duas ligações”.

Os fatos afirmados pela Sd. A. vieram ratificados pelo depoimento de J. L. V. (fls. 398/402), tendo, inclusive, referido que, antes da ligação efetuada às 06h da manhã, haviam outras chamadas do mesmo número no decorrer da madrugada e que havia viatura disponível em um pelotão próximo à residência das demandantes (fl. 400): “PA: No momento que o senhor atendeu esse segundo telefonema, não sei se foi segundo, mas teve um antes, a viatura estava no local? T: Que eu tenha conhecimento era a terceira ligação, segundo o que ela disse. A viatura estava no pelotão próximo, um km mais ou menos da casa dela”.

Restaram, portanto, caracterizadas a inércia, a negligência e a omissão por parte do Estado. Somente após a última ligação é que os servidores foram confirmar se havia mais ligações provenientes do mesmo número de telefone, o que foi confirmado em número de duas. A negligência, portanto, foi por parte da Sd. A. que recebeu as ligações anterio-

res e não tomou as providências que lhe eram cabíveis. Que espécie de serviço, então, é este? Se tivesse tomado a atitude de averiguar os fatos que lhe eram informados, ainda quando recebida a ligação por volta das 03 ou 04h da manhã, perceberia que não se tratava de trote, mas, sim, de uma situação de perigo concreto, a qual o Estado, através da Brigada Militar, tinha a obrigação de prestar atendimento.

Não restam dúvidas de que as ligações foram atendidas pela Sd. A., tendo em vista que, além dessa, havia outros dois operadores homens da Sala de Operações da Brigada Militar, pois a testemunha M., pessoa que tentou providenciar o socorro às requerentes, afirmou que as ligações efetuadas foram recebidas por uma mulher, o que restou confessado por A. em seu depoimento às fls. 282/286. No mesmo sentido, foi a afirmação da testemunha J. às fls. 398 e 401 que confirmou que a única servidora mulher atendendo às chamadas no dia do crime era a Sd. A., além de outros três homens.

“PR: Então ela recebeu uma ligação que não lhe passou? T: É o que estão dizendo. J: Mas o senhor sabe disso? N: Não, mas é o que saiu nos meios de comunicação, diz que uma mulher recebeu, entende, então se foi uma mulher, a única mulher que tinha era ela, ela e três homens”. A escala dos servidores encontra-se à fl. 184 do Proc. nº 106689194, o que demonstra a veracidade do depoimento de J.

Ressalvo o infeliz argumento utilizado pelo Estado à fl. 165 de que, mesmo realizada a atuação policial, esta “não evitaria a consumação do delito perpetrado contra as autoras”. Lamentável. Como pode ser garantido que uma atua-

ção policial não evitaria o crime? E se o criminoso estivesse o tempo todo no pátio da residência das autoras, como afirmaram? E se o criminoso tivesse avistado uma viatura nas proximidades do local? Será que o indivíduo não restaria inibido? Não há como adivinhar. E crer que uma atuação policial não evitaria um crime é desacreditar na Polícia, cujo principal objetivo é prevenir o crime, e não remediá-lo. Desacreditar que a atuação policial não prevenirá o crime é escandalizar a Polícia que ainda resta, e que ainda tenta evitar que delitos repugnantes como o ocorrido com as autoras continuem acontecendo. É lamentável o argumento utilizado pelo ilustre Procurador do Estado.

De outro lado, como ressaltado à fl. 164, “é assente que o pedido não tem por fundamento a responsabilização do Estado na forma ampla, como se fosse ele uma espécie de segurador universal. Claramente, não é do que se trata. Cuida-se da análise da falta do serviço de segurança ocasionada pela negligência dos agentes policiais quando chamados. Compete aqui, no que concerne à atribuição da responsabilidade do Estado, analisar-se dois aspectos, ou seja, por um lado, a conduta dos agentes policiais e, por outro, se tal conduta determinou o dano sofrido pelas autoras”. Todavia, da análise do contexto probatório, conclui-se pela existência denexo causal, uma vez que os danos sofridos ocorreram em face da omissão de socorro por parte do Estado.

A responsabilidade patrimonial do Estado, conforme Maria Sylvia Zanella

Di Pietro⁷, “pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado”. Leciona, ainda, a mesma autora: “Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade”.

Portanto, em face dos atos omissivos praticados pelos agentes da Brigada Militar que deixaram de prestar socorro às demandantes na noite dos fatos, culmina na responsabilidade do Estado em indenizar as vítimas pelos danos sofridos em decorrência dos atos de seus agentes públicos.

Deste modo, ainda que o crime noticiado pelas autoras tenha sido praticado por terceiro, o Estado responde civilmente pelo ato ilícito em face da evidenciada falha objetiva, concreta, no serviço de segurança pública que deu causa direta à ocorrência do fato danoso, para o qual deu causa direta ou indireta, por negligência ou imperícia, positiva ou negativa, de seus agentes. Por isso, pode-se seguramente afirmar que existe nexos de causalidade entre o dano sofrido pelas autoras e a (in)atividade administrativa de segurança pública.

Das declarações ofensivas do Secretário de Estado.

7 – Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 14ª ed., p. 523.

O art. 5º, inc. X, da CF dispõe: “Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, *assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. (grifei)

Neste tópico, deduzido no Proc. nº 106884662, o fato gerador são as declarações prestadas pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado J. P. B., não se tratando mais de imputar a responsabilidade do Estado em face do risco administrativo pela omissão dos serviços essenciais, mas por mera ação ilícita de um de seus agentes, a teor do que dispõe o § 6º do art. 37 da CF⁸.

No dia 28-03-01, logo após os lamentáveis fatos de que foram vítimas as autoras, em entrevista dada durante o Seminário Internacional Polícia e Sociedade Democrática, patrocinado pela Secretaria da Justiça e da Segurança Pública, nas dependências do Hotel Embaixador, em Porto Alegre, o Exmo. Secretário da respectiva pasta, Dr. J. P. B., prestou a seguinte declaração: “... prestem bem atenção no que estou dizendo, quer dizer, é tão importante investigar ou descobrir quem fez, como é importante descobrir se não foi uma farsa! E vou dizer mais, os indícios melhores são no sentido da farsa!” (fl. 123)

Ora, por suas próprias circunstâncias, os fatos já haviam ganho extremado

espaço da imprensa, notoriamente por sua gravidade, mas o Estado, por seu agente, tratou de contribuir ainda mais para sua evidência. Muito pouco resta a ser acrescentado ao que comentado na própria imprensa a respeito da atitude impensada do Secretário, homem da mais absoluta integridade, conhecido por sua inteligência e capacidade, mormente enquanto agente público, quer como Juiz, quer como político. Sua atitude foi de uma infelicidade a toda prova, tanto que a reconheceu ao desculpar-se publicamente logo após a infame declaração.

Tais declarações de retratação vieram assim publicadas: “Eu, ontem, de público, declarei que havia uma alternativa investigatória, uma hipótese investigatória, no sentido de que os fatos não teriam ocorrido como se estava contando. Se eu tivesse ontem feito contato com o delegado que responde por este inquérito eu já teria algumas informações que evitariam com que eu fizesse semelhante pronunciamento. Mas hoje, eu me reuni com eles e verifiquei, aliás, com alegria no coração, que o trabalho da Polícia Civil, o trabalho deste jovem delegado R. V. J. e também do delegado regional (de Canoas), H. G., é um trabalho que honra a polícia do Rio Grande do Sul. O inquérito já tem condições de confirmar a versão da dona (fala o nome e o sobrenome da mulher vítima da violência sexual), já tem dados suficientes para a perseguição processual do autor...”

Na mesma reportagem, textualmente, retrata-se o Secretário: “Quero até

8 – § 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

pedir desculpas à dona (fala o nome e o sobrenome da mulher) por ter tornado público uma hipótese investigatória. Mas principalmente quero pedir desculpas às meninas (citou o nome e sobrenome das vítimas)”. (fl. 123)

Todavia, embora se tenha retratado, esqueceu-se novamente de sua condição, passando a divulgar inclusive o nome das autoras, aumentando ainda mais a aflição a que estavam todas elas acometidas. Repulsiva tal atitude. Saliente-se tratar de declarações de um Secretário de Estado, pessoa a quem se deve atribuir a maior credibilidade, a ponto de não se duvidar que estivessem mesmo as autoras inventando a ocorrência. Quem duvidaria da palavra do Secretário B.? Só que, exatamente por essa enorme dimensão de sua credibilidade, não poderia o agente do Estado ser tão inconseqüente. Mas o foi, e piorou ainda a sua inaceitável irresponsabilidade quando de público declinou o nome das autoras, inclusive das menores. Lamentável.

Novamente deve ser salientado não se tratar de um leigo, mas daquele responsável pela Justiça e Segurança Pública do Estado e, mais, de um Desembargador aposentado. Inescusável sua atitude, colocando as já vítimas em situação de total desconsideração, com se fossem elas as criminosas.

No caso dos autos, tem-se inegável ilícito civil, praticado pelo Secretário da Justiça e Segurança Pública, agente do Estado, que admite seu equívoco, tentando minimizar, como se isso fosse possível, os prejuízos das vítimas. Em verdade, é incontestado e inquestionável o

dano suportado pelas autoras, pois em verdade, ao agir de forma desidiosa, o Secretário infringiu norma civil, pois só não é ilícito o ato quando praticado no exercício regular de um direito reconhecido (art. 160, inc. I, do CC), o que autoriza dizer que o ato praticado ao arrepio do direito é ato ilícito.

Não tinha o Estado, por seu agente, direito algum de agir como agiu, imputando de forma pouco usual a prática de farsa, por quem foi vítima de crimes absurdos, justamente em face de sua inércia injustificável. Agindo como agiu, o demandado visivelmente abusou de seu direito, incorrendo em ato ilícito. Por isso, também aqui deve ser o Estado responsabilizado e obrigado a indenizar o inegável dano moral sofrido pelas autoras, por ato direto de agente seu.

Das denúncias à lide.

A par da iminente procedência da ação de indenização por danos morais e materiais, disposta através da Ação Ordinária nº 106689194, ante a omissão no atendimento às autoras por parte da Brigada Militar, o Estado denunciou à lide os policiais militares que poderiam ter alguma responsabilidade com os fatos noticiados na respectiva inicial, deixando de fazê-lo, todavia, com relação ao Exmo. Secretário da Justiça e da Segurança Pública, na Ação Ordinária nº 00106884662, o que não inibe, por óbvio, eventual ação de regresso. Por isso, direcionou sua irrisignação regressiva contra o Maj. PM A. B. R., Comandante do 15º BPM – Canoas, contra a Cap. PM R. C. P. S. e os Sds. PM A. F. S. e P. D. M. R., a teor do disposto na parte final do § 6º do art. 37 da CF⁹.

9 – § 6º – “..., assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Assevere-se, entretanto, que aqui a responsabilidade civil, ao contrário do verificado quando atribuída ao Estado em face da teoria objetiva, deverá ser questionada também a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa) do agente ou servidor que agiu causando danos a terceiros. Logo, não basta ser o Estado responsabilizado objetivamente pelo dano sofrido por terceiros para que possa, em medida regressiva, buscar o respectivo ressarcimento perante o agente diretamente causador do evento. Terá que ampliar a cognição investigatória da ação ou omissão do agente, a fim de comprovar ter ele agido com dolo ou culpa.

Ou seja, naturalmente, ao se tratar de eventual responsabilidade civil dos agentes, não mais se estará adstrito à sustentada teoria do risco administrativo, senão que a mera responsabilidade civil subjetiva, do direito privado, regulada pelo art. 159 da atual redação do Código Civil, estando o Estado adstrito à comprovação não só do fato em si e de seu nexo de causalidade com a ação ou omissão estatal, mas, sobretudo, da culpa específica do agente que o representou. Em face disto, com total insucesso se houve o litisdenuciante relativamente aos policiais militares A., R. e P. D., já que em nenhum momento restou esclarecido ou demonstrado de que forma contribuíram eles para a desídia da Brigada Militar naquela fatídica noite.

Logo, inexistindo responsabilização específica, só pelo fato de ser o Maj. A. o Sub-Comandante do Batalhão, responsável pela composição dos policiais militares que integraram a Sala de Operações da Brigada Militar naquela noite, não induz à conclusão de que tenha ele sido responsável direto pelo resultado

lesivo. Mister a prova da culpa. Limitou-se o Estado a invocar o direito regressivo, sem, todavia, diligenciar em demonstrar a culpa de seu agente. Por esta razão, não tendo sido demonstrada a culpa do Major, em qualquer de suas formas, não há como se imputar a ele participação no resultado, pelo que não pode prosperar a pretensão do Estado.

Não é diferente a situação relativamente à Cap. R., já que a ela foi imputada a responsabilidade por ter escalado a Sd. A., que apresentava problemas de ordem emocional. Ora, até onde é possível verificar, problemas de ordem emocional, por si só, não são causa impeditiva para o trabalho, e a prova do contrário caberia ao denunciante. Neste particular é que se evidencia a motivação de ter sido relegado o exame da preliminar de ilegitimidade passiva para este momento. É que há nítida confusão com o mérito da pretensão, já que haveria a necessidade de dilação probatória quanto à efetiva participação da Capitã no resultado lesivo. Todavia, prova disto não houve e, mais, não pode ela ser, de forma alguma, responsabilizada pelo resultado. Assim, improcede também a denúncia contra a Cap. R.

Também o fato de ser o Sd. P. D. o responsável direto pela Sala de Operações não o faz coadjuvante da omissão, já que novamente aqui inerte restou o Estado denunciante em demonstrar cabalmente sua culpa no resultado, referindo objetivamente qual teria sido a sua negligência. Não o fez, e sem culpa não há responsabilidade civil (art. 159 do CC).

Contudo, diversa é a situação no que concerne à conduta da Sd. A., que lamentavelmente foi a responsável direta

pela omissão nos serviços de atendimento na noite em que as autoras desta ação foram violentadas. Aliás, nesse sentido também posicionou-se o Ministério Público, em seu parecer final, à fl. 462: “(...) A PM A., sim, s. m. j., foi negligente no exercício de suas funções, visto que não deu atenção a um pedido de socorro. Além disso, ainda que fosse veraz a sua afirmação de que o pedido havia sido feito de forma incompleta e indúbia (o que não restou comprovado e, ao revés, foi informado pelo depoimento de M.), restou demonstrado que ela tinha ciência da fonte do chamado, pois seu telefone era aparelhado com identificador de chamadas. Mesmo assim, não teve a cautela sequer de retornar a ligação, para obter maiores detalhes sobre o pedido, o que deveria ser procedimento de praxe (conforme informações trazidas no IPM à fl. 513). Cabe notar, ainda, que ela era a única responsável na Sala de Operações pelo atendimento das chamadas telefônicas e a única mulher em serviço, corroborando, assim, a informação de M., de que nas duas vezes que telefonou para o plantão, foi atendida por uma mulher. Portanto, não restou comprovado que outro PM, que não ela, tenha atendido às chamadas da vizinha das autoras. Logo, se algum dos PMs agiu com negligência naquela noite, com certeza foi A., devendo a denúncia da lide subsistir apenas com relação a ela”.

Tal conclusão advém da prova colhida, mas, sobretudo, das próprias declarações da litisdenunciada, que expressamente admite seu erro (fl. 284): “(...) Na minha opinião que *eu achei ali que não era um trote porque vinha de um telefone convencional* e era óbvio a

entrada, então, só que eu não tinha como saber porque ele não me dizia nada com nada a respeito, eu perguntava ‘aonde, mas aonde?’ ‘aqui na minha vizinha! Eu já chamei a viatura, já pedi para vocês virem aqui vocês não querem nada com nada!’. Eu *realmente o meu erro foi o de não ter perguntado aos meus colegas se já haviam pego essa ocorrência. O meu erro foi não ter perguntado!*” (grifei).

Porém, como já salientado anteriormente, não poderia ter-se descuidado da ligação, pois estava prestando atendimento em um telefone com identificador de chamadas e sabia, portanto, o número de origem, o que lhe possibilitaria ter averiguado a veracidade do pedido de socorro, conforme é o procedimento padrão a ser adotado pelo atendente nestes casos.

Escancarada, em face disto, ficou a desídia, pois, ao desligar o telefone, referiu que: “não tomei nenhuma iniciativa, eu simplesmente desliguei porque ele não tinha-me dado” (fl. 284). Foi negligente a denunciada A., que recebeu as ligações anteriores e não tomou as providências que lhe eram cabíveis. Tais assertivas foram corroboradas inclusive pelo Sd. V. (fl. 400): “PA: No momento que o senhor atendeu esse segundo telefonema, não sei se foi segundo, mas teve um antes, a viatura estava no local? T: Que eu tenha conhecimento era a terceira ligação, segundo o que ela disse. A viatura estava no pelotão próximo, um km mais ou menos da casa dela”.

Neste contexto, não há como se retirar da litisdenunciada A. a responsabilidade direta pelos danos sofridos pelas autoras, já que se omitiu negligentemente

de dar atendimento objetivo aos chamados, na Sala de Operações, onde se encontrava justamente para este fim, em noite calma, como se uma noite movimentada pudesse ser eventualmente justificativa para sua omissão. Aqui, portanto, procede a denúncia à lide.

Verificada a responsabilidade do Estado, e também reconhecida a procedência, quanto à responsabilidade da denunciada A., mister que se apure o montante das indenizações a serem alcançadas.

Da indenização pelos danos materiais.

As autoras afirmam que foram subtraídos do interior da residência o aparelho celular, uma televisão 14”, um aparelho de som e R\$ 20,00 em espécie. O aparelho celular *Ericsson*, de propriedade da autora S., cuja subtração foi devidamente comprovada no inquérito policial, foi entregue por M. A. R. à polícia civil (fl. 92), que afirmou ter recebido o objeto do autor do delito, C. G. P. A televisão de 14” e o aparelho de som, todavia, não foram recuperados, e deverá ser ressarcido o valor equivalente às autoras. O dinheiro subtraído não foi recuperado e também deverá ser alvo de ressarcimento.

Desta feita, deverá o Estado ressarcir as autoras do valor correspondente aos bens subtraídos, que não foram recuperados, em valor a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, com exceção do valor de R\$ 20,00, ressarcível desde já.

Do montante das indenizações pelos danos morais.

Delimitada as responsabilidades pelos fatos, mister se faz a fixação do *quantum* indenizatório, relativamente aos danos morais experimentados pelas

autoras, quer com relação à omissão em si, quer com relação às declarações prestadas pelo Sr. Secretário de Estado. Todavia, quer quanto aos danos sofridos pela omissão de socorro em si, quer quanto às declarações prestadas pelo Secretário, tenho por demasiada a quantia postulada por cada uma das autoras. Em ambos os casos, o que se deve apurar é somente o chamado dano puro – sofrimento – suportado pelas autoras.

Nesse sentido, vários elementos, múltiplas variáveis, devem ser cotejados, tendo como padrão do legitimado à indenização o *homo medius*, devendo-se analisar as circunstâncias gerais e específicas de cada caso em concreto, tais como a gravidade do dano, comportamento do ofensor e do ofendido, sua posição social e econômica, a repercussão do fato à vista da maior ou menor publicidade, e a capacidade de absorção por parte da vítima, sem se descuidar da finalidade amenizadora da indenização e de seu caráter punitivo pelos atos (omissivos e comissivos) praticados.

Assim tem-se posicionado a jurisprudência: “(...). Na fixação do *quantum* devido a título de dano moral, se há de levar em conta não só seu caráter reparatório, mas, também, o poder de inibição de futuras faltas. Também relevam, na mensuração, o poderio econômico do ofensor e a posição social do ofendido. Apelo do banco improvido e provido em parte o do autor. Uniforme”. (AC nº 597054980, 6ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. João Pedro Freire, j. em 06-05-97, *DJ*, de 27-06-97, p. 10)

“Civil. Dano moral. Quantificação do valor indenizatório. Na fixação do valor

indenizatório por dano moral se há de levar em conta não só seu caráter reparatório, mas também seu poder de inibição. Em assim sendo, suportável deve ser, mas suficientemente pesado a ponto de o ofensor senti-lo em suas finanças, ou patrimônio, com força de inibi-lo a futuras reincidências”. (EI nº 596112193, 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, embargante: Serviço de Proteção ao Crédito de Porto Alegre – SPC, embargado: Daniel Slipacka, j. em 06-09-96, un.)

“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)

Obviamente que estes parâmetros não poderão levar à fixação de quantia absurda, desproporcional à finalidade da indenização. Evidente a gravidade do ocorrido, nas duas formas de manifestação da irresponsabilidade do Estado, o que, sem dúvida, deve ser exemplarmente punido, a fim de que não passem despercebidos fatos lamentáveis como estes, que não são compatíveis com um Estado com a nossa cultura, que sempre prestigiou, mormente a nossa Polícia Militar e os nossos políticos. E é isto que deve estar presente no momento de dimensionar a parte objetiva da responsabilidade, associada à subjetividade do sofrimento suportado pelas vítimas, quer

quando violentadas fisicamente, quer quando submetidas à execração pública, pelo prematuro julgamento do próprio Estado que deveria ter-lhes dado a tão reclamada segurança.

Assim, configurado, em todos os aspectos, um abalo comprovado, e à vista das circunstâncias narradas e também devidamente demonstradas, dentro dos parâmetros da razoabilidade, bem como da sensibilidade das autoras, tenho por fixar a indenização pela omissão do Estado no patamar de 250 salários mínimos para cada autora, e em 50 salários mínimos em face das ofensivas e desmedidas declarações prestadas pelo Secretário de Estado, Dr. J. P. B.

Lembre-se não se tratar de mero acidente, mas, sim, de atos repulsivos. Desta forma, estar-se-á fazendo justiça e ressarcindo a reparação do mal causado, coagindo o ofensor para que não venha a repeti-lo. Procedem os pedidos de indenização por danos morais formulados pelas autoras, face à exposição a uma dor inconteste, que lhes trouxe sofrimento moral descabido e intolerável.

Do dispositivo.

Ante todo o exposto e do mais que dos autos consta, *julgo*: 1. *Improcedente* a Ação Ordinária nº 00107118516, proposta por S. M. M. S., R. M. S. e C. S. B. contra o Estado do Rio Grande do Sul. Suportarão as autoras o pagamento das custas processuais desta ação, bem como os honorários advocatícios do Procurador do Estado, os quais arbitro em R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

2. *Parcialmente procedente* a Ação Ordinária nº 00106689194, com pedido de indenização por danos materiais e

morais, proposta por S. M. M. S., R. M. S. e C. S. B. contra o Estado do Rio Grande do Sul, a fim de condenar o demandado a pagar: a) a cada uma das autoras, pelos danos morais sofridos, a quantia equivalente a 250 salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado desta sentença, passando a incidir, desde então, a devida correção monetária medida pela variação do IGP-M, acrescida de juros de mora de 6% a. a., desde a citação; b) às autoras os danos materiais sofridos, representados pelos bens subtraídos, sendo que os R\$ 20,00 deverão sofrer a incidência da devida correção monetária pela variação do IGP-M desde a data do fato, acrescidos de juros de mora de 6% a. a., a contar da citação, e o equivalente aos demais bens deverá ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Em face da sucumbência recíproca, cada uma das partes suportará 50% das custas processuais desta demanda, e os honorários advocatícios do procurador da parte adversa, os quais fixo em 20% do valor total da condenação, relativamente ao advogado das autoras, forte nos critérios do art. 20, § 3º, do CPC, e, com relação ao Procurador do Estado, em 5% sobre a diferença da qual decaíram as autoras em face do julgamento parcial da ação relativamente aos danos morais, em conformidade com os termos do art. 20, § 4º, do CPC.

3. *Improcedente* a denunciação à lide no Proc. nº 00106689194, proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra P. D. M. R., R. C. P. S. e A. B. R. Por consequência, suportará o Estado denunciante as custas das denunciações, bem assim os honorários advocatícios dos procuradores dos denunciados, os

quais arbitro em R\$ 2.000,00 para cada uma das partes denunciadas, segundo os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 4º, do CPC.

4. *Procedente* a denunciação à lide no Proc. nº 00106689194, proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra A. F. S., a fim de condenar a denunciada, em efeito regressivo, a ressarcir ao Estado denunciante os valores que suportar em função da condenação que sofreu no respectivo processo. Suportará a litisdenuciada as custas relativas à sua denunciação, bem assim os honorários advocatícios do Procurador do Estado, os quais fixo em 10% sobre o valor total da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

5. *Parcialmente procedente* a Ação Ordinária nº 00106884662, com pedido de indenização por danos morais, proposta por S. M. M. S., R. M. S. e C. S. B. contra o Estado do Rio Grande do Sul, a fim de condenar o demandado a pagar a cada uma das autoras, pelos danos morais sofridos, a quantia equivalente a 50 salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado desta sentença, passando a incidir, desde então, a devida correção monetária medida pela variação do IGP-M, acrescida de juros de mora de 6% a. a., desde a citação.

Aqui, também, em face da sucumbência recíproca, cada uma das partes suportará 50% das custas processuais desta demanda, e os honorários advocatícios do procurador da parte adversa, os quais fixo em 20% do valor total desta condenação, relativamente ao advogado das autoras, forte nos critérios do art. 20, § 3º, do CPC, e, com relação ao Procurador do Estado, em

5% sobre a diferença da qual decaíram as autoras, em atenção aos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Suspendo, todavia, a condenação relativamente aos ônus das sucumbências impostos às autoras relativamente a todas as ações, por litigarem elas sob o amparo do benefício da assistência judiciária gratuita, em conformidade com o art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Defiro, por fim, à litisdenunciada A. o benefício da assistência judiciária gra-

tuita, requerido à fl. 350, e, pelas mesmas razões supra, suspendo a imposição dos ônus sucumbenciais decorrentes da procedência da litisdenúnciação.

Esta sentença estará sujeita ao reexame necessário, imposto como condição de seu trânsito em julgado.

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

Porto Alegre, 29 de novembro de 2002.

Antonio Vinicius Amaro da Silveira,
Juiz de Direito.

SENTENÇAS CRIMINAIS

Autos nº 10217
Comarca de Jaguarão
Inquérito Policial nº 33699150921-A
Autora: Justiça Pública
Réus: N. J. D. D. e P. R. C.
Juiz prolator: Orlando Faccini Neto
Data: 08-04-02

Homicídio. Desclassificação. Infanticídio. Participação nos delitos impróprios omissivos.

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público, em atuação nesta Comarca, ofereceu denúncia contra N. J. D. D., com 28 anos à época do fato, qualificada à fl. 51, e P. R. C., com 36 anos à época do fato e qualificado à fl. 58, dando-os como incurso nas sanções do art. 21, § 4º, parte final, do CP.

Narra a denúncia que, em 12-05-99, por volta das 19h, na rua C. A. R., nesta Comarca, os denunciados, em comunhão de esforços, mataram sua filha recém-nascida, omitindo-se do dever legal de agir para evitar o resultado, quando podiam tê-lo feito. Acresce a inicial acusatória que a co-ré N. não cortou o cordão umbilical da vítima, não o ligou posteriormente e nem lhe prestou a assistência devida, dando causa às lesões que resultaram em sua morte. Afirma, ainda, que o acusado P. R., ciente do nascimento da filha, nada fez para prestar-lhe assistência no parto, causando as lesões que resultaram em sua morte.

Encartado aos autos está o inquérito policial, constando, de relevante, o auto de apreensão (fl. 08), fotografias (fls.

16/25) e o auto de necropsia (fl. 28). A denúncia foi recebida em 22-12-99. Os réus foram citados (fls. 72 e 73v.), interrogados (fls. 74/77) e ofereceram defesa prévia (fls. 80/82). Durante a instrução foram inqueridas oito testemunhas de acusação. Vieram aos autos os documentos das fls. 127/134 e 139/140. Em alegações finais, postulou o representante do Ministério Público a pronúncia dos réus, nos termos exarados na denúncia.

A acusada N., de sua parte, pleiteou a absolvição sumária, aduzindo irrelevância penal de sua omissão e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime tipificado no art. 123 do CP. O co-réu P., a seu turno, aduzindo insuficiência probatória, propugnou sua impronúncia. Veio o aditamento à denúncia (fls. 153/154), sobre o qual os acusados se manifestaram (fls. 163/165), bem como a decisão da fl. 167 e verso. É o relatório. Decido.

De início cabe repisar que o aditamento à denúncia ofertado pelo representante do Ministério Público foi apreciado à fl. 167, em despacho no qual se ressaltou quão importuno e tumultuoso para o feito revelou-se. Diga-se, porém, que já se fazia presente nos autos despacho judicial recebendo-o, circunstância que, por evidente, ensejou impossibilidade ulterior de rejeição.

Entrementes, facilmente observa-se que referido aditamento houve, apenas, por inserir na denúncia o núcleo do tipo consagrado no art. 121 do CP, por isso que a denúncia oferecida outrora não trazia expressa o verbo “matar”.

Inovação fática ou nova tipificação penal não houve, de modo que se revelou despicienda realização de interrogatório ou dilatação da instrução processual, nada obstante a abertura de prazo para a manifestação dos nobres defensores.

A pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação. Trata-se, como é cediço, de decisão interlocutória, para cuja prolação deve o julgador ficar adstrito à existência da materialidade do delito e suficientes indícios de sua autoria, não necessitando exame aprofundado da prova, o que deverá ser realizado pelos representantes da sociedade, que serão os juízes naturais da causa.

No caso vertente, a materialidade do fato narrado na denúncia encontra-se cabalmente comprovada pelo auto de necropsia (fl. 28), bem como pelo material fotográfico (fls. 16/18). Exsurgem dos autos, outrossim, indícios de autoria. Com efeito, é a própria acusada N. J. que assevera, em seu interrogatório judicial, que é verdadeira a imputação lhe atribuída (fl. 74).

Segundo narra, no dia dos fatos, grávida que estava e prestes a dar à luz a vítima, informou ao co-réu P., seu companheiro, que não se sentia bem, ocasião em que este “não deu a mínima”, dizendo-lhe que “se virasse”. Assim, foi a ré ao banheiro, realizando o parto. Relatou que: “o nenê foi expelido dentro de um balde vazio, que era utilizado para dar banho em outros filhos.

Não tocou no nenê, não tocou no nenê porque não tinha condições. O nenê ficou no balde” (fl. 74).

No concernente ao acusado P., embora num primeiro momento se haja de reconhecer que a prova testemunhal não robustece plenamente a tese acusatória, importa salientar que, em primeiro lugar, as alegações da co-ré N. se constituem em importante elemento indiciário de autoria, sem se olvidar, ademais, que suas insistentes manifestações de que não sabia da gravidez se revelam de pouca credibilidade, pois, companheiro há 11 anos da co-ré, dificilmente passaria 09 meses a seu lado sem se dar conta de que esperava um filho.

Neste ponto, pois, é de se lembrar que na presente fase processual vigora o princípio “*in dubio pro societate*” de maneira que, presentes os indícios de autoria, é de se submeter o réu ao julgamento pelo tribunal popular. A espécie vertente comporta aplicação do disposto no art. 408, § 4º, do CPP.

Do que se depreende dos autos, trata-se a vítima de recém-nascido, morto por conta de hemorragia decorrente de não-ligadura do cordão umbilical. O fato sucedeu logo após o parto, levado a cabo pela própria genitora e co-ré N. J. no banheiro de sua residência. Sobre o estado anímico da acusada N., a testemunha A. D. asseverou: “Durante os exames N. não falava nada, apenas disse a depoente que tinha vontade de morrer” (fl. 123). Corrobora a assertiva a testemunha N. D. que, vendo a acusada N. logo após os fatos, “perguntou o que tinha acontecido ela não dizia nada, apenas que queria morrer e ir para junto da mãe” (fl. 125).

Igualmente neste sentido é o testemunho de N. J., médico que atendeu à co-ré e segundo o qual: “a Sra. N. me pareceu muito deprimida” (fl. 106). De tais assertivas, ao menos em linha de princípio, decorre a conclusão de que a acusada N. atuou sob a influência do estado puerperal, sem que, para tal, haja o obstáculo de carência de laudo pericial nos autos. Isto porque: “Em tema de infanticídio é dispensável perícia médica para contestação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto”. (TJSP, Rel. Néelson Fonseca, RT nº 655/272)

No mesmo sentido: “Sendo a prova segura em indicar que a conduta da ré ocorreu logo após o parto, o que faz presumir estar ela sob a influência do estado puerperal, já que este é efeito costumeiro de qualquer parto, não depende o seu reconhecimento de prova pericial”. (TJSP, SER, Rel. Gomes de Amorim, RJTJSP nº 172/300)

Assim, o fato narrado na denúncia com relação à co-ré N. amolda-se no tipo penal descrito no art. 123 do CP. Acrescente-se que, mesmo em sendo o infanticídio crime em regra comissivo, nada impede seja praticado mediante omissão, surgindo aí a conhecida figura do crime comissivo por omissão ou omissivo impuro. De modo que, narrando a denúncia conduta omissiva, isto, por si só, não infirma a adequação típica ora alvitada. Cita-se aresto sabiamente colacionado pelo patrono da co-ré: “Responde por infanticídio a progenitora que, após o nascimento do filho, não presta os cuidados indispensáveis à criança, deixando de fazer a ligadura do cordão umbilical seccionado”. (fl. 151, compilada in *Manual de*

Direito Penal, vol. 02, Julio Fabbrini Mirabete, 9ª ed., Ed. Atlas, p. 91)

Tipificada a conduta da co-ré como infanticídio, e narrando a denúncia que o fato sucedeu em “comunhão de esforços e vontade com o denunciado P. R. C.”, é de se considerar – a par da cediça posição de Nelson Hungria, que não admite concurso de pessoas em tal hipótese delitiva (cf. *Comentários ao Código Penal*, vol. V, Ed. Forense, 1942, pp. 229 e 230) – o alvitre sustentado por Damásio de Jesus, para o qual: “se a mãe mata a criança, o fato principal é infanticídio, a que acede a conduta do terceiro, que também deve responder por esse delito” (in *Direito Penal*, vol. 02, Ed. Saraiva, 18ª ed., p. 98).

Registre-se, por derradeiro, que, como alhures mencionado, o fato atribuído à co-ré N., tipificado no art. 123 do CP, teria sido praticado sob a forma omissiva. A conduta do co-réu P., outrossim, veio descrita na perspectiva de que se teria omitido de dever legal lhe inerente. Sabe-se que a questão do “concurso de pessoas nos crimes impróprios por omissão, que entre nós recebem preferencialmente a denominação de crimes comissivos por omissão, e que nos parece menos técnica, mas de uso generalizado, é uma das mais complexas, e que ainda está a merecer contínua atenção dos penalistas” (in *Escritos Jurídicos Penais*, José Henrique Pierangeli, 2ª ed., Ed. RT, p. 88).

No caso concreto, porém, seja sob o enfoque da participação – perfeitamente possível “nos delitos impróprios omissivos, na forma de cumplicidade, a partir da circunstância de estar o cúmplice na situação de garantidor” (Pierangeli, *op. cit.*, p. 90) –, seja sob o

enfoque da co-autoria – existente quando os autores “na condição de garantidores omitem-se, pois, ao se colocarem na situação de garantidores a cada um deles compete o dever jurídico de impedir o resultado” (Jeschek, *apud* Pierangeli, *op. cit.*, p. 88) –, o certo é que a tipificação do fato atribuído ao co-réu P. é a do art. 123 do CP, sendo a análise de sob qual modalidade de concurso de agentes tenha-o feito tema a ser submetido ao Conselho de Sentença.

Isto posto, com base no art. 408, § 4º, do CPP, *julgo procedente a denúncia, procedendo à desclassificação dos fatos*

narrados e o faço para pronunciar os réus N. J. D. D. e P. R. C., a fim de serem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri desta Comarca, como incursos nas sanções do art. 123 do CP. Os réus poderão recorrer desta decisão em liberdade, visto que não se afigura presente nenhum requisito embasador da segregação cautelar. Preclusa esta decisão, dê-se vista ao Ministério Público para oferecimento do libelo-crime acusatório. Custas ao final.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Jaguarão, 08 de abril de 2002.

Orlando Faccini Neto, Juiz de Direito.

Processo nº 42.557 – Imputações: arts. 157, § 2º, c/c o 29, caput, e 349, todos do CP.

Autor: Ministério Público

Réus: L. A. B. R., C. G. M. e V. A. O.

Juiz prolator: Alexandre Moreno Lahude

Data: 18-06-01

Latrocínio. Desclassificação. Ausência de dolo e culpa quanto ao evento morte. Favorecimento real. Desnecessidade de visão processual pela diferença do rito.

Vistos os autos.

O Ministério Público denunciou:

L. A. B. R., vulgo “T.”, brasileiro, solteiro, natural de Alegrete-RS, filho de L. S. R. e de O. B., nascido em 24-08-76, com 23 anos de idade ao tempo do fato, pedreiro, pobre, instrução primária incompleta, residente na Rua G. C., Bairro N. B., nesta cidade, atualmente preso;

C. G. M., vulgo “R.”, brasileiro, solteiro, natural de Alegrete-RS, filho de G. G. M. e de N. M. F. G., nascido em 1º-02-80, com 19 anos de idade ao tempo do fato, militar do exército, pobre, instrução primária incompleta, residente na Rua C. C. L., Bairro G. V., nesta cidade;

V. A. O., brasileiro, solteiro, natural de Alegrete-RS, filho de S. J. A. O. e de J. A. O., nascido em 08-04-77, com 22 anos de idade ao tempo do fato, serviços gerais, pobre, instrução primária, residente na Rua J. T. O., Bairro G. V., nesta cidade, para a apuração dos seguintes fatos delituosos: *Fato I.* No dia 06-02-00, por volta de 06h, na Rua B. M., Bairro N. B., nesta cidade, os réus

L. A. e C., em comunhão de vontades e conjugação de esforços, mediante violência, qual seja socos e empurrões subtraíram para si um relógio e um aparelho telefônico celular de propriedade da vítima L. J. F., causando-lhe a morte.

Na oportunidade, o réu L. A. pegou o táxi conduzido pela vítima, pedindo-lhe que se dirigisse à sua casa. Após trafegarem alguns metros, mandou que a vítima parasse e, *in continenti*, atacou-a, desferindo socos e empurrões, arrancando-lhe o relógio que trazia consigo. Ao mesmo tempo, o réu C., que se mantinha escondido em local previamente combinado, ao ver o veículo da vítima parar, dirigiu-se até o local e subtraiu o telefone celular do interior do automóvel, enquanto a vítima era agredida por L. A.

A vítima, em razão das agressões sofridas, sofreu ruptura da aorta torácica por aneurisma, vindo a morrer no local. A *res furtiva* foi apreendida, avaliada em R\$ 389,00 e restituída.

Fato II. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o réu V. prestou auxílio aos co-réus L. A. e C., qual seja escondeu em sua casa parte da *res furtiva*, auxiliando-os a tornar seguro o proveito do crime de latrocínio praticado.

Na oportunidade, os réus L. A. e C., após praticarem o delito de latrocínio

contra a vítima L. J. F., solicitaram a V. que escondesse o telefone celular, sendo atendidos por este. A *res furtiva* foi encontrada enterrada no pátio da residência do réu V.

Assim agindo, os réus L. A. e C. incorreram nas sanções do art. 157, § 3º, c/c o art. 29, *caput*, ambos do CP, e o réu V., nas sanções do art. 349 do CP.

Conforme autos em apenso, quando das investigações policiais, a prisão temporária dos réus foi decretada, e após a decisão foi revista. A denúncia foi recebida em 11-07-00 e, na mesma data, foi indeferido o pedido de prisão preventiva de L. A. e C., feito pelo Ministério Público (fl. 60).

Citados pessoalmente (fl. 62v.), somente V. compareceu ao interrogatório, ocasião em que disse desconhecer que o telefone celular era proveniente de crime (fl. 63 e v.).

Foi decretada a revelia e a prisão preventiva de L. A. e C. (fl. 64). Tendo este comparecido espontaneamente e justificado a ausência, foi-lhe deferida a liberdade provisória (revogação da prisão preventiva, fls. 69/74). L. A. foi preso (fls. 78/9).

Interrogados, L. A. disse que apenas discutiu com a vítima e lhe deu um puxão, arrancando-lhe o relógio, e C., na presença de curador, afirmou ter pego o telefone celular sem ter utilizado violência (fls. 84/v. e 96/v.).

Defesas prévias (fls. 88/9; 101/2 e 104). A de C. por defensor constituído e as dos demais pela doutora Defensora Pública.

Inquiridas as quatro testemunhas arroladas na denúncia (fls. 110/13), e deferida a substituição da inquirição das arroladas por C. por declarações escritas

(fls. 113, 119/120), foi encerrada a instrução.

No prazo do art. 499 do CPP, o Ministério Público e os réus requereram diligências, as quais foram deferidas e atendidas (fls. 116v., 118, 123/27, 129, 138/48). Em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação dos réus, nos termos da denúncia (fls. 149/65).

L. A. e C., este após suscitar preliminar de nulidade do feito, postularam a desclassificação para o delito de furto, e, quanto ao primeiro, alternativamente para roubo, enquanto V. requereu a improcedência da ação (fls. 168/99 e 205/15).

O julgamento foi convertido em diligência, e o réu L. A. foi novamente interrogado, ocasião em que negou ter agredido a vítima e que somente pegou o seu relógio sem qualquer ato de violência (fls. 219/v.).

Negado o pedido de liberdade provisória ao réu L. A., as partes ratificaram as alegações finais já apresentadas (fls. 219v./220 e 221).

Os antecedentes estão nas fls. 56/58 e 114/116. É o relatório. Decido.

Da preliminar: Alega a defesa do réu C. ausência de intimação quanto ao resultado das diligências deferidas por ocasião do prazo referido no art. 499 do CPP.

Efetivamente houve omissão no que se refere a tal ato, tendo os autos ido de imediato com vista ao Ministério Público para o oferecimento das alegações finais e após as defesas, conforme consta no verso da folha 148.

Não vislumbro, entretanto, qualquer prejuízo, tanto para a acusação como para os réus, haja vista que quando da

apresentação das alegações finais toda a documentação já se encontrava encartada nos autos, o que possibilitava fosse encaminhado qualquer requerimento que as partes reputassem necessário.

Fosse esse o caso, assim como os autos baixaram em diligência para a renovação do interrogatório de L. A. (fl. 217), por força do art. 502 do CPP poderiam ter sido determinadas quaisquer outras providências para suprir falta que houvesse prejudicado o esclarecimento da verdade.

Ocorre que absolutamente nada de modo concreto foi alegado pela defesa do réu C., a qual apenas se limitou a referir que “não considera devidamente satisfeitas as dúvidas suscitadas e respondidas pelos *experts*”.

O silêncio persistiu até mesmo após ser reinterrogado o réu L. A. (fls. 219/220), quando, dada nova oportunidade de manifestação às partes, restou consignado: “A defesa de C. reitera as alegações apresentadas, nada tendo a requerer” (fl. 219v.).

E a julgar pelo conteúdo das alegações finais, resta evidente que a preliminar foi invocada de modo exclusivamente formal, já que a “insuficiência de esclarecimentos” pelos peritos não limitou ou interferiu no conteúdo da defesa apresentada, de sorte que, em não tendo havido prejuízo, sequer mencionado pela parte, não há que se falar em nulidade, *ex vi* do art. 563 do CPP.

Do mérito. Fato I: Imputa-se aos co-réus L. A. e C. a prática do delito de *latrocínio*, porquanto teriam subtraído um relógio e um aparelho de telefone celular da vítima L. J. F., mediante violência exercida com socos e empurrões, da qual resultou a morte da

vítima. Trata-se de crime qualificado pelo resultado morte, conforme prevê o art. 157, § 3º, *in fine*, do CP.

A espécie submete-se à disciplina da Parte Geral do Código, que no artigo 19 prevê que o agente “responderá pelo resultado que agrava especialmente a pena, desde que o tenha causado ao menos culposamente”. É a afirmação da responsabilidade penal subjetiva.

No caso, para a tipificação da conduta pelo art. 157, § 3º, inarredável que se identifique na conduta dos réus a vontade de matar ou que tal resultado estivesse na sua esfera de previsibilidade objetiva, caracterizando ao menos a culpa pela morte.

Mais que isso, há necessidade de a violência causadora da morte ter sido exercida para o fim de subtração, ou para garantir a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída.

Voltando-se a análise para o auto de necropsia acostado (fls. 15/16), tem-se que a *causa mortis* foi a ruptura da aorta torácica por possível aneurisma, conforme consta no item *discussão* e na resposta ao segundo quesito (qual a causa da morte): “*Discussão:* os achados na presente necropsia nos mostram que a morte se deu por ruptura da aorta torácica por possível aneurisma. Quesitos: ... 2º – ruptura da aorta torácica”.

Ao esclarecer o conteúdo do auto de necropsia atendendo a questionamentos das partes (fls. 116v. e 123/127), os peritos nomeados fizeram constar o seguinte nas informações (fls. 138/141): Respondendo a pergunta: “por que a ruptura da aorta torácica tem como mais provável causa um aneurisma, e não outra causa, conforme atestado na necropsia?”,

ambos assim se manifestaram: “a) A presença de grande quantidade de sangue encontrada no mediastino da vítima, no momento da necrópsia, levou-nos à suspeita de ruptura de aneurisma, tendo em vista não termos encontrado nenhum sinal de trauma torácico que justificasse uma ruptura da aorta não aneurismática. É sabido que a ruptura da aorta, não aneurismática, só se dá em situações especiais, onde ocorre grande trauma torácico, como p. ex. em acidentes de carro ou quedas de grandes alturas”.

Afora a escoriação encontrada na face da vítima – pequena escoriação, medindo 0,5 x 1,0 cm (auto de necropsia, fls. 15 e 16, e mapa das regiões anatômicas da fl. 17) – “nenhuma outra lesão foi identificada na vítima”.

Novamente esclarecem os peritos, prestando esclarecimentos acerca do auto, fls. 126, 139 e 141: “a) a escoriação existente junto ao corpo da vítima era a única existente?” e “b) não havia mais sinais de escoriações, ou qualquer outro tipo de marcas oriundas de agressão física?”, ao que responderam, “a) Foi a única encontrada”. e “b) Não”., respectivamente.

A ausência de outras lesões além da escoriação já referida impõe a conclusão que a vítima não foi agredida pelos réus de forma a potencialmente sofrer uma ruptura da aorta, conseqüência esta que somente se verifica em situações especiais onde ocorrem grandes traumas, conforme as informações prestadas.

A causa mais provável da ruptura da artéria e, via de conseqüência, causadora da morte da vítima foi o rompimento de um aneurisma na aorta, o que ora vai admitido com arrimo na prova técnica colhida.

E em se tratando de patologia que com freqüência se desenvolve de forma assintomática, cujo diagnóstico é feito através de Raios X ou tomografia computadorizada (item 1.1 ‘c’ das respostas dos peritos, fls. 138 e 140), por óbvio que não se trata de circunstância que estivesse na esfera de previsibilidade dos réus.

Nem se cogita, outrossim, tivessem conhecimento dessa particular condição da vítima.

Assim sendo, de pronto, vão afastados o dolo e a culpa quanto ao resultado morte, “pela qual não respondem os réus”. O primeiro, porque a ausência de lesões de maior significação no corpo da vítima, não obstante ter havido confronto físico, afasta a intenção ou a assunção do risco de matar; a segunda, porque a ruptura da aorta, devido a um aneurisma, não poderia ser prevista.

O delito em apreço não se amolda à figura do latrocínio, ao contrário do que propugna o Ministério Público. Para tanto, vale-se da prova técnica, onde consta que a ruptura aneurismática somente por exceção ocorre espontaneamente e que como regra depende da ocorrência de causa externa, estando esta configurada pela agressão, causadora de *stress* e esforço físico, que a vítima sofreu por parte dos réus.

A partir daí, reportando-se ao art. 13 do CP, refere que “...todas as condutas que concorreram para o resultado são causas deste...” e que “...se a vítima não tivesse sofrido a coação moral e física por parte dos agentes, certamente não teria sofrido a ruptura da aorta torácica, que se deu, justamente, pela situação de *stress* e esforço físico empreendido”.

A causalidade, segundo Johannes Wessels¹, “...é um conceito de relação jurídico-social, que conduz a conteúdos ontológicos e normativos, não sendo, portanto, idêntico nem aos conceitos das ciências naturais nem aos filosóficos...”

Não se equiparam, portanto, os conceitos de causalidade *natural* e *jurídico*. Naquele, impensável que uma *omissão* caracterize causa de um resultado, o que é perfeitamente admitido neste. Enquanto naquele se considera apenas o aspecto naturalístico, e por que não dizer físico, neste procura-se “*um vínculo de conhecimento* entre a ação do agente e o resultado por ele produzido²”.

Se do ponto de vista natural, e isso é o que releva no caso, admite-se o retorno na cadeia de acontecimentos até ao infinito para que se atribua a condição de causa, o mesmo não ocorre “quando se perquire do nexos causal juridicamente considerado, porquanto neste a cadeia causal fica restrita e confinada aos limites do dolo ou da culpa”.

A concepção puramente naturalista é tida como *limite* ao problema causal, mas não funciona como critério único e definitivo. Necessário o referido “vínculo de conhecimento” para a sua perfeita definição.

Francisco de Assis Toledo³, ao comentar a *Causalidade nos Crimes de Ação e Resultado*, assevera: “...Considere-se, inicialmente, que os tipos legais

de crime são dolosos ou culposos. Fora do dolo e da culpa penetramos na área do fortuito ou da força maior, onde não há crime. Isso nos leva à conclusão de que a causalidade, ou seja, o elo de ligação entre a ação humana e o evento, não é puramente naturalístico, pois deve ser valorado, aferido, conjuntamente com o elemento subjetivo do agente. Em outras palavras, a causalidade relevante para o direito penal é aquela que foi ou pelo menos deveria ter sido visualizada, prevista, antecipada em mente pelo agente. Com isso, o dolo e a culpa limitam, na cadeia causal, que pode ser infinita, o seguimento dessa cadeia relevante para o direito penal”.

Mais adiante, ao ferir o tema *Versari in re illicita. Responsabilidade penal pelo resultado. Crimes qualificados pelo resultado*, assim se manifesta⁴: “...Qualquer tentativa no sentido de se prescindir da culpa em relação ao fato qualificador deve ser rejeitada, por implicar a admissão de uma responsabilidade sem culpa, o que se chocaria com o princípio básico de todo o sistema – o *nullum crimen sine culpa*. Aliás, isso hoje seria impossível diante do art. 19 do CP.

“(....). Reafirme-se, porém, que, se ficar demonstrado que o evento mais grave era, nas circunstâncias, imprevisível, sendo decorrente de puro azar ou caso fortuito, não estará configurada a figura qualificada, devendo o agente

1 – *Direito Penal*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1976, referido por Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., 1994, Ed. Saraiva.

2 – Reinhart Maurach. *Deutsches Strafrecht*, referido por Francisco de Assis Toledo, *op. cit.*, p. 110.

3 – *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., 1994, Ed. Saraiva, p. 113.

4 – *Op. cit.*, pp. 308/309.

responder somente pelo *minus delictum*".

Do mesmo teor a manifestação de Paulo José da Costa Jr. ao perscrutar o delito de latrocínio, conforme transcrevo⁵: "...Trata-se de latrocínio, definido como o homicídio praticado com o fim de lucro. A morte é o meio; o lucro, o fim.

"Na atual sistemática, não se pode dispensar o nexó psicológico, que haverá de jungir a conduta ao resultado subsequente. Não poderá a morte derivar apenas da conduta do agente, extirpada que foi a responsabilidade objetiva dos crimes de duplo resultado (art. 19)."

Dessarte, ausente liame subjetivo ou normativo entre o resultado morte e a conduta dos réus L. A. e C., desclassifico o delito imputado para forma mais branda, qual seja a prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, cujas elementares estão expressamente descritas na denúncia.

No que se refere ao delito de roubo majorado pelo concurso de agentes, a *materialidade* se encontra provada pela prova testemunhal angariada, bem como pelos autos de apreensão (fls. 30/31).

O primeiro dá conta de um relógio de propriedade da vítima ter sido encontrado e apreendido na residência do réu L. A., ao passo que o segundo demonstra que um aparelho de telefone celular, também retirado de L. J. F., foi encontrado enterrado no pátio da residência do réu V., acusado do delito de favorecimento real, o qual lhe foi entregue por C.

A prova testemunhal e os depoimentos pelos próprios réus prestados apon-

tam para a subtração mediante a utilização de violência pelo réu L. A., cuja conduta aderiu o réu C., não obstante não ter agredido a vítima.

Segundo afirma o réu L. A. (fl. 219v.), tomou o táxi conduzido por L. J. F. Ao pararem, disse que não tinha dinheiro para pagar a corrida. Tentou descer do veículo e foi seguido pela vítima, que o agarrou a fim de haver o pagamento.

V. A. O., interrogado (fl. 63v.), refere que "...somente reconheceu L. A. quando o táxi parou a uns 04 metros de distância, sendo que nesse momento L. A. foi retirado do táxi pelo motorista. Ambos estavam discutindo e L. A. estava com um facão na mão. L. A. e o motorista estavam 'amontoados' sendo que o depoente não viu muito bem a briga".

V. S. L. (fls. 110v. e 111v.) informa que "...o táxi parou depois de passar pelo grupo do depoente e logo a seguir desceram L. A. e o motorista 'se agarrando'... Conseguiram separar a briga, mas L. A. retornou em direção à vítima.

A ocorrência de um confronto entre ambos também é demonstrada pelos depoimentos de C. G. M. (fl. 96v.) e M. E. A. C. (fls. 112v. e 113), além do próprio réu L. A. (fl. 219v.).

Em que pese, em um primeiro momento, não ser possível identificar na conduta de L. A. o *animus* de roubar a vítima, até porque esta é que desceu do carro em perseguição ao réu, não havendo absolutamente nada nos autos a infirmar essa versão dos fatos, já de imediato, "em meio às agressões", L. A. dirigiu sua conduta para a subtração.

5 - *Curso de Direito Penal*, vol. 02, Parte Especial, 2ª ed., 1992, p. 87.

L. A. afirma que, após ter sido agredido pela vítima, retornou para próximo ao táxi, pegou o relógio que estava caído no chão, o que se incompatibiliza com o que consta dos depoimentos de D. A. V. e M. E. A. C. (fls. 112 e 113), que assistiram ao que ocorreu.

D. A. V. (fl. 112v.), que estava dormindo e foi chamado por sua esposa para ver o que estava ocorrendo, afirma que "...quando o depoente espiou pela janela viu o motorista de táxi escorado no carro,...., ou ajoelhado no chão, sendo que L. A. pegou a vítima por trás e 'largou-o' atravessado na rua conforme consta na folha 20. O motorista não levantou mais. Não viu se 'T.' (L. A.) estava armado. Não viu batendo no motorista ou tirar-lhe qualquer coisa".

Segundo M. E. A. C. (fls. 112v. e 113), "...'T.' saiu correndo e o motorista do táxi se escorou no carro. Logo a seguir caiu próximo a casa da depoente. L. A. retornou e mexeu nos bolsos da vítima. Não sabe se algo foi retirado".

Segundo se depreende, após o confronto entre ambos, L. A. revistou "os bolsos" da vítima, somente, e a seguir "foi embora".

Por óbvio, então, a subtração do relógio se deu em meio à briga travada entre ambos, com a vítima ainda viva, momentos antes de se separarem e momentos antes de as testemunhas passarem a presenciar o ocorrido, de sorte que é inviável o enquadramento do fato como furto.

E tal constatação adquire foros de certeza pelo conteúdo do interrogatório de L. A. na fase policial (fl. 39): "...o depoente desceu do veículo, assim como o motorista que lhe agarrou pelos bra-

ços, pedindo o dinheiro da 'corrida', momento em que começaram a discutir. Nesse instante, seus colegas já estavam próximo e, aproveitando um descuido do motorista, agarrou o relógio de pulso dele e puxou levando relógio para a sua casa, sendo que já entregou o mesmo para a Polícia. Que não lembra se agrediu o motorista a socos, somente que ele lhe agarrou pelos braços e tentava se livrar do mesmo, sendo que ficaram se empurrando".

À conduta de L. A. aderiu o réu C., pois enquanto ocorreu o confronto físico envolvendo a vítima subtraiu um telefone celular, conforme ele próprio admite em seu interrogatório.

Consigno que a tese esposada na defesa, no sentido de estarem todos os réus no interior do automóvel e que o telefone celular foi retirado em um momento de distração da vítima não encontra amparo em qualquer elemento de prova. Mais que isso, contrasta com todos os depoimentos prestados pelos réus e com o da testemunha V., segundo os quais somente L. A. tomou o táxi e os demais, inclusive C., chegaram ao local quando já havia iniciado o embate entre L. A. e a vítima.

Consta (fl. 96v.), interrogatório de C., que "...identificaram então que tratava-se de L. A. que estava discutindo com o motorista do táxi. Detiveram-se junto ao carro e o depoente pegou um telefone celular que sabia ser de propriedade do motorista do táxi, e entregou-o para V.."

V. S. L., presente no local, referindo-se a "R.", apelido do réu C. (fls. 45 e 63), refere que "...durante a briga 'R.' tirou o celular de dentro do táxi". (fl. 111v.)

Não obstante não ter ocorrido o prévio ajuste como proposto na denúncia, o concurso de agentes se verifica na medida em que um réu, C., aderiu à conduta de outro, L. A., restando consumado o roubo em concurso de agentes.

Desnecessário, ademais, que todos os agentes pratiquem todos os atos de execução, sendo admitida a “divisão de tarefas”.

Assim sendo, mesmo que C. não tenha agredido a vítima, o que foi feito por L. A., em havendo homogeneidade de propósitos e sendo relevantes ambas as condutas, todos respondem igualmente pelo delito perpetrado.

Consta da jurisprudência: “Ao reconhecimento da co-autoria no crime de roubo não se reclama a participação de cada agente em cada ato executivo, podendo haver repartição de tarefas”. (RJTACrim nº 18/134)

Quanto à prescindibilidade do prévio ajuste, ensina Damásio E. de Jesus⁶ que: “Não é necessário o acordo de vontades (*pactum sceleris*). Basta que uma vontade adira à outra”.

O entendimento é consagrado na jurisprudência: “Roubo qualificado. Concurso de agentes. Co-autoria prova de que um dos agentes aderiu à vontade do outro realizando as características do tipo. Nexo de causalidade e vínculo subjetivo presentes desnecessidade de ajuste prévio. Equívoco da decisão que reconheceu concurso material de favorecimento real e lesões leves a um dos réus. Condenação por roubo impróprio. Recurso provido”. (AC nº 0050276900, Primeiro

de Maio, Juiz Nerio Ferreira, 1ª Câmara Criminal do TAPR, j. em 02-10-97; Ac.: 5011, p. 17-10-97).

Diante de tal contexto, afastada a responsabilização pelo resultado morte, restam suficientemente demonstradas a *materialidade* do delito de roubo, majorado pelo concurso de agentes, e a *autoria*, imputada aos réus L. A. e C., vulgo “R.”.

Fato II. Imputa-se ao co-réu V. o delito de favorecimento real, porquanto teria escondido em sua casa parte da *res furtiva* proveniente do roubo perpetrado por L. A. e C.

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099/95. O delito, entretanto, por força do que prevê o art. 76, III, do CPP, é conexo com o roubo perpetrado, o que importa unidade de processo e julgamento, por força do preceito contido no art. 79, *caput*, do mesmo Código.

Não obstante entendimentos em sentido contrário⁷, indicando a necessidade de cisão do processo e remessa ao Juizado Especial Criminal, tenho que no presente caso a providência não se justifica e daí não resulta qualquer prejuízo do réu.

Isso porque se encontra respondendo pelo delito de estupro (fls. 56 e 116), o que retira a possibilidade de vir a ser beneficiado pela transação penal ou pela suspensão condicional do processo. E a inversão do rito não lhe foi prejudicial, já que foi processado pelo procedimento comum ordinário, de ampla cognição,

6 – *Direito Penal*, 1º vol., Parte Geral, Ed. Saraiva, 16ª ed., 1992.

7 – *Juizados Especiais Criminais*. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1997, p. 55.

tendo-lhe sido assegurada a ampla defesa.

Por outro lado, o processamento conjunto de infração de menor potencial ofensivo e outro crime conexo de competência não afeta ao Juizado Especial é admitido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, conforme o magistério de Ada Pellegrini Grinover⁸: “...em síntese, a competência do Juizado será fixada em face de dois elementos: a) a natureza da infração (menor potencial ofensivo); b) a inexistência de circunstância especial que desloque a causa para o juízo comum (acusado não encontrado para ser citado, complexidade ou circunstâncias do caso)”.

“Ficam também excluídas do Juizado as infrações de menor potencial ofensivo que, em face de conexão ou continência, devam ser processadas com outra infração estranha à sua competência”.

Reporta-se, ainda, a autora, a julgado contido na TJSP nº 195/337.

E assim sendo, dada a conexão entre os delitos e a ausência de prejuízo ao réu, cabível o julgamento conjunto das infrações.

Não há dúvida que o aparelho de telefone celular foi entregue para V. e encontrado “enterrado no pátio da sua casa”.

Consta do auto de apreensão (fl. 31) que na residência do réu “o aparelho foi encontrado enterrado no interior do pátio, entre umas latas de folhagens, no endereço supracitado...”.

O fato não é negado nem mesmo por V., o qual refere que “...C. pediu que guardasse o celular, o que o de-

poente fez, pois não sabia que havia sido roubado...” (fl. 63v.).

C., que vinha junto com V., afirma o seguinte: “Detiveram-se junto ao carro e o depoente pegou um telefone celular que sabia ser de propriedade do motorista do táxi, entregou-o a V.” (fl. 96v.).

Duas versões defensivas são apresentadas. A técnica, baseada no interrogatório prestado na fase policial (fls. 26-27), alega que V. foi ameaçado e coagido por C. ao passo que o réu, pessoalmente e em juízo, refere que apenas pegou o aparelho por desconhecer a sua procedência ilícita.

Absolutamente nenhuma prova a amparar a alegação de coação por parte de C., restando a palavra do réu, durante a fase policial, isolada no contexto dos autos.

Despida, ademais, de credibilidade, na medida em que tal versão dos fatos não foi reiterada em juízo, o que acaba por desmerecer sobremaneira ambas as teses.

Também não há que se falar em restituição voluntária do objeto e aplicação dos arts. 16 ou 65, III, *b*, ambos do CP, haja vista que este somente foi encontrado pela polícia quando em diligência na residência do réu (auto de apreensão da fl. 31), destinada ao cumprimento de mandado de prisão temporária decretado (fl. 02) do apenso. Não, então, houve restituição voluntária.

Por fim, a alegação de que desconhecia a procedência do telefone vai afastada, em razão de o réu V. estar presente no momento em que perpetrado o roubo.

8 – Ada Pellegrini Grinover *et alli*. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei nº 9.099, de 26-09-1995*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1999, pp. 65/66.

O próprio C., que refere vir caminhando com V. e V. quando encontraram L. A. em confronto com a vítima, diz que "...pegou um telefone celular que sabia ser de propriedade do motorista do táxi, e entregou-o para V." (fl. 96v.).

E o fato de o telefone ter sido encontrado "enterrado no interior do pátio, entre umas latas de folhagens" (fl. 31), ou seja, em local dissimulado e quase que inacessível, demonstra o dolo de esconder a *res furtiva*, a fim de que não fosse encontrada pela polícia, tornando segura a posse do produto do roubo anterior, o que resta tipificado na forma proposta na denúncia.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a denúncia para condenar V. A. O. pela prática do delito do art. 349 do CP, e, desclassificando a primeira infração (art. 157, § 3º, do CP), condenar L. A. B. R. e C. G. M. pela prática do delito 157, § 2º, II, c/c o art. 29, *caput*, ambos do CP.

Passo à dosimetria das penas na forma do art. 68 do CP.

L. A. B. R.: Circunstâncias do art. 59 do CP favoráveis ao réu, à exceção das conseqüências do crime, uma vez que a morte da vítima, não obstante desbordar dos limites do dolo e da culpa, é decorrência direta do crime praticado.

Os envolvimento do réu com a Justiça, certificados (fls. 58 e 114), não caracterizam antecedentes.

Ponderadas tais circunstâncias e atendendo a juízo de necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão.

Elevo a pena em 1/3 (01 ano e 06 meses), em razão da prática do crime

em concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, do CP), ficando a pena definitiva fixada em 06 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, inicialmente, forte nos arts. 33, § 2º, *b*, e § 3º, e 59, III, ambos do CP.

Não se encontram presentes os requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP), da substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do CP da Lei nº 9.714/98) ou por pena de multa (art. 60, § 2º, do CP).

Condeno o réu, ainda, à pena pecuniária, a qual vai fixada em 30 dias-multa, atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato o dia-multa, considerando a sua situação econômica.

C. G. M.: Circunstâncias do art. 59 do CP idênticas às acima analisadas, as quais ora reitero.

Também não ostenta maus antecedentes (fls. 57 e 115).

Ponderadas tais circunstâncias e atendendo a juízo de necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão.

O réu confessou a prática do crime (fl. 96v.), pelo que diminuo a pena em 04 meses.

Diminuo também em 04 meses em razão de se tratar de réu menor ao tempo do fato, tanto que assim foi qualificado pelo Ministério Público, restando a pena provisória fixada em 04 anos, respeitado o limite mínimo abstratamente cominado.

Elevo a pena em 1/3 (01 ano e 04 meses) em razão da prática do crime em concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, do CP), ficando a pena definitiva

fixada em 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, inicialmente, forte nos arts. 33, § 2º, *b*, e § 3º, e 59, III, ambos do CP.

Não se encontram presentes os requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP), da substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do CP da Lei nº 9.714/98) ou por pena de multa (art. 60, § 2º, do CP).

Condeno o réu, ainda, à pena pecuniária, a qual vai fixada em 30 dias-multa, atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, no valor de 1/10 do salário mínimo vigente ao tempo do fato o dia-multa, considerando que se trata militar do exército (fl. 77).

V. A. O.: Circunstâncias do art. 59 do CP inteiramente favoráveis ao réu, pelo que fixo a pena-base no mínimo legal – 01 mês de detenção.

Deixo de sopesar a atenuante da confissão espontânea, pois a pena já está no mínimo legal, restando a pena definitiva fixada em 01 mês de detenção, a ser cumprida em regime aberto, inicialmente, forte no art. 33, § 2º, *c*, e § 3º, e art. 59, III, ambos do CP.

Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do art. 44, I, II e III, do CP, com a nova redação da Lei nº 9.714/98, bem como sendo socialmente recomendável e, no caso, suficiente à reparação e prevenção penais, dadas as condições do réu reconhecidas na análise das circunstâncias judiciais, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos pelo mesmo período aplicado àquela, nos termos dos arts. 44, § 2º, e 55, ambos do CP, na modalidade de limitação de fim-de-semana, conforme dispõe o art. 48 do CP.

Condeno o réu, ainda, à pena pecuniária, a qual vai fixada em 10 dias-multa, atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato o dia-multa, considerando a sua situação econômica.

Mantenho a prisão do réu L. A., uma vez que inalteradas as circunstâncias que ensejaram a decretação da prisão preventiva e agora pesa contra si sentença condenatória.

Quanto aos demais, C. e V., aguardarão em liberdade o trânsito em julgado. Não se verificam quaisquer das hipóteses previstas no art. 312; são primários e não registram maus antecedentes.

De imediato, forme-se o P. E. C. provisório de L. A.

Custas pelos réus, *pro rata*, sobrestada a exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50 quanto a L. A. e V., uma vez que são pobres.

Em resumo. L. A. vai condenado à pena privativa de liberdade de reclusão, fixada em 06 anos, sem substituição; regime inicial de cumprimento da pena semi-aberto; à pena pecuniária de 30 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo da época do fato o valor unitário. Arcará com 1/3 do valor das custas, cuja exigibilidade fica sobrestada;

C. vai condenado à pena privativa de liberdade de reclusão, fixada em 05 anos e 04 meses, sem substituição; regime inicial de cumprimento da pena semi-aberto; à pena pecuniária de 30 dias-multa, à razão de 1/10 do salário mínimo da época do fato o valor unitário. Arcará com 1/3 do valor das custas;

V. vai condenado à pena privativa de liberdade de detenção, fixada em 01

mês. O regime inicial é o aberto, e a pena fica substituída por 01 mês de limitação de fim-de-semana. Condenado à pena pecuniária de 30 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo da época do fato o valor unitário. Arcará com 1/3 do valor das custas, cuja exigibilidade fica sobrestada.

Com o trânsito em julgado:

– Lancem-se os nomes dos réus no rol dos culpados;

– Enviem-se as fichas PJ-30 e os BIEs;

– Oficie-se ao TRE para os fins previstos no art. 15, III, da CF;

– Intimem-se para pagamento da pena de multa no prazo do art. 50 do CP; e

– Formem-se os PEC.

Fixo os honorários dos advogados que atuaram como defensores dativos dos réus, Drs. Eleandro Petroceli Pilar e Fábio Boeira, no valor máximo estabelecido pela tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, observando que o primeiro profissional defendeu dois réus, o que faço considerando a excelente qualidade do trabalho por ambos desenvolvido e a complexidade da causa.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se. Alegrete, 18 de junho de 2001.

Alexandre Moreno Lahude, Juiz de Direito.

Processo nº 202000035-0 – Crime de favorecimento da prostituição e outros
Comarca de Veranópolis
Autor: Ministério Público
Réus: O. F. S. e outro
Juiz: Paulo Meneghetti
Data: 04-09-02

Casa de prostituição. Descriminalização social. Favorecimento à prostituição. Ciência da menoridade da pessoa atraída.

Vistos, etc.

O Ministério Público, com base no IP nº 474/99, oriundo da Delegacia de Polícia desta cidade, ofereceu denúncia contra O. F. S. e L. E. G., ambos qualificados na denúncia, pelos seguintes fatos.

Fato 1. No mês de maio ou junho de 1999, em data e horário não-precisados nas investigações policiais, na Boate C. C., na localidade de S. V., Veranópolis, a denunciada O. F. S. atraiu a adolescente D. G. Z., de 17 anos de idade, à prostituição, hospedando-a em sua boate e lhe oferecendo quartos para que mantivesse relações sexuais mediante pagamento.

Fato 2. Na localidade de S. V., neste Município de Veranópolis, o denunciado L. E. G., manteve, a partir de 04-06-99, por conta própria, casa de prostituição denominada de C. C., com intuito de lucro.

Assim agindo, a denunciada incorreu nas penas do art. 228, §§ 1º e 3º, do CP; e o denunciado L. E. G. nas sanções do art. 229, *caput*, do CP.

A denúncia foi recebida em 10-09-99 (fl. 36).

Os réus foram citados e interrogados.

A ré O. (fl. 39) negou a acusação. Não se recorda se D. G. Z. trabalhou em sua boate. Nenhuma menina que freqüentou a boate era menor de 18 anos. Foi mais de uma vez a S. S. C. buscar meninas para fazer *shows*. Lucrava na venda de bebida.

O réu L. E. (fl. 40) alegou que comprou a boate da co-ré O. e que não sabe se as meninas que freqüentam a casa se prostituíam. Lucra apenas no bar. Ouvia falar que havia uma menor de idade na época de O.

Por defensores constituídos, apresentaram defesas prévias irrogando inocência e arrolaram testemunhas (fls. 41-2 e 46-7).

Durante a instrução foram ouvidas a vítima e sete testemunhas.

No prazo do art. 499 do CPP, o Ministério Público e defesa (fl. 119) requereram a atualização dos antecedentes, o que foi deferido.

Nas alegações finais, o Ministério Público (fls. 132-8) requereu a procedência da ação, pois autoria e materialidade restaram comprovadas.

A defesa de O. (fls. 130-4) disse que quando D. foi para a boate, quem cuidava do local era o réu L. Se houve favorecimento da prostituição foi por parte do co-réu. Levou a menor para a

boate porque aparentava ter mais de 18 anos, já que era encorpada e mentiu a sua idade para a ré. Requereu a absolvição.

A defesa de L. E., nas fls. 135-43, alegou que houve erro de proibição. A casa está aberta há mais de 30 anos. A casa era do conhecimento público, e isso não é crime, conforme reiterada jurisprudência. Requereu a absolvição.

Vieram conclusos. É o relatório. Decido.

O crime de manter casa de prostituição sofreu descriminalização por força social. É fato aceito pela sociedade. Instituição milenar que não pode gerar condenação para alguns poucos escolhidos, quando usualmente se vê propaganda dessas casas de luxo em jornais e televisão, freqüentadas por todos os níveis sociais sem que ocorra a mesma prática condenatória em relação aos proprietários desses locais.

Com efeito, a 5ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu no acórdão publicado na *RJTJRS* nº 199/187-90, tendo como Relator o Des. Aramis Nassif, com base na manifestação do Ministério Público que foi alicerçada no entendimento do Procurador de Justiça Dr. Lenio Streck, assim ementou o acórdão, que deixa de ser transcrito na íntegra, para não alongar esta decisão, mas que mereceria ser anexado a esta sentença pela sua profunda atualidade e realidade.

“(TJRGS-021003). Casa de prostituição. Descriminalização por força social. A sociedade civil e [sic] reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo históri-

co, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do estado democrático de direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como ‘acompanhantes’, ‘massagistas’, ‘motéis’, etc., que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, haja vista que tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não serão as de origem mais modesta e mais deficiente economicamente. Apelação improvida. Unânime. (7 fls.)”. (AC nº 70000586263, 5ª Câmara Criminal, TJRGS, Casca, Rel. Aramis Nassif, j. em 16-02-00)

No mesmo sentido: “(TJRGS-008797). Casa de prostituição. Conduta socialmente adequada, sendo impossível condenar-se alguém quando se encontra de acordo com a realidade social. Aplicação do art. 580 do CPP, estendendo-se ao co-réu a absolvição ora concedida pelos mesmos fundamentos”. (AC nº 695175240, 4ª Câmara Criminal, TJRGS, Sarandi, Rel. Walter Jobim Neto, j. em 14-05-97)

Portanto, a conduta do art. 229 do CP não é mais típica, porquanto a norma restou superada pela realidade social e falta de reprovação social a este fato. Absolvo o réu desse fato.

No que pertine ao favorecimento da prostituição, procede a denúncia. Este delito está caracterizado, sobretudo, por se tratar de menor de 18 anos a vítima que foi atraída para a Boate C. C.

De fato, restou comprovado que a ré O. foi a S. S. C. e convidou a adolescente D. para que fosse trabalhar em

sua boate, e que a ré tinha pleno conhecimento da menoridade da moça, não se importando com este fato, até mesmo ameaçando a vítima que queria ir embora do local. (fl. 60)

Não calha a alegação da defesa de que foi o co-réu L. E. quem estava com a boate, quando a vítima D. passou pela Boate C. C., pois, embora a adolescente tenha trabalhado também com o co-réu L. (fl. 65), isso ocorreu porque a ré O. “faliu” (fl. 110), e o proprietário do imóvel assumiu o local; mas, quando descobriu que havia menor no estabelecimento, tratou de retirá-la do local (fl. 65v.), pois a esposa do réu levou-a para sua casa e começou a tratá-la como filha (fl. 60v.). No mesmo sentido, é o depoimento de J. J. (fl. 65v.), que disse que foi ele quem descobriu que D. era menor e avisou ao co-réu L. que “ficou assustado. Foram logo de volta para a boate e L. levou D. para dormir na casa dele”. Portanto, quem atraiu e induziu a menor à prostituição foi a ré O., exclusivamente.

De fato, D. (fl. 60) disse que estava num posto de gasolina, quando chegou a ré e a convidou para trabalhar numa “lancheria, onde ganhariam algum dinheiro”. No caminho, O. explicou que se tratava de uma boate e ganhariam R\$ 2,00 por cerveja. No local, a adolescente e suas duas amigas viram que era ruim “não tinha comida e quiseram ir embora mas O. não deixava, fazia ameaças e inclusive de cortar o pescoço da de-poente e das demais meninas com uma foice. A depoente chegou a perguntar para O. se não tinha problema de ela ser menor e O. lhe disse que não, pois não precisavam dizer a verdade. Duas gurias que esta-

vam com O. também eram menores de idade, só que elas conseguiram fugir de lá numa manhã”.

O garçom J. J. (fl. 65) foi expresso em afirmar que “segundo D., O. sabia que ela era menor de idade”.

O. não se preocupava com a idade das meninas, tanto que a vítima disse que “O. nunca pediu nenhum documento para a depoente e nem sabia seu nome verdadeiro, mas sabia que a depoente era menor”, portanto, tinha plena consciência do seu agir, devendo responder pela atração e induzimento da menor D. à prostituição.

A casa de prostituição é fato bem demonstrado pela prova testemunhal, cuja denominação era C. C., p. ex., o depoimento de A. A. (fl. 70) que inclusive teria mantido relações com a vítima, que era conhecida como V.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a denúncia para condenar O. F. S. nas penas do art. 228, §§ 1º e 3º, do CP e absolver o réu L. E. G.

Passo a dosar a pena de O. A ré apresenta inúmeros antecedentes (fl. 117), embora seja tecnicamente primária. Sua conduta social não é desabonatória. A personalidade é normal. As circunstâncias são graves, pois D. foi mantida por meses no ambiente da boate, contra a sua vontade, com ameaças de ter cortado o seu pescoço com foice, tendo ingerido bebidas alcoólicas, já que ganhava comissão de R\$ 2,00 por cerveja. As conseqüências do crime são graves, pois a vítima ficará “marcada” para o resto da vida. A vítima não contribuiu para o evento. A culpabilidade é de intensidade média, uma vez que a reprovação social não é muito intensa a crimes desta natureza,

tendo convivência da comunidade, na maioria dos casos.

Atendidas as circunstâncias do art. 59 do CP, considero que seja necessário e suficiente fixar a pena-base, para o fim de repressão e prevenção ao crime, em 03 anos e 06 meses de reclusão.

A pena de multa vai fixada em 30 dias-multa, à base de 2/30 ao dia, atualizados monetariamente.

Atendendo a ré às condições previstas no art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo a não prejudicar a jornada normal

de trabalho, em órgão a ser definido por ocasião da audiência admonitória e pena pecuniária de doação de 01 salário mínimo para a APAE.

Em caso de conversão para pena privativa de liberdade, a ré iniciará a pena no regime aberto.

Transitada em julgado a sentença: lance-se o nome da ré no livro rol dos culpados; forme-se o PEC; preencha-se e remeta-se a BIE e a ficha PJ-30; e comunique-se ao TRE, nos termos do art. 15, III, da CF.

Custas pela ré, proporcionalmente.

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

Veranópolis, 30 de dezembro de 2002.

Paulo Meneghetti, Juiz de Direito.

Processo nº 00109158270 – Assento Legal: art. 171, caput, c/c os arts. 71 e 29, todos do CP.

Comarca de Porto Alegre – 6ª Vara Criminal

Autor: Ministério Público

Réus: D. J. C. O. e D. V. G.

Juiz prolator: Umberto Guaspari Sudbrack

Data: 05-09-02

Estelionato. Instituto da doação. Liberalidade não-condicionada a fins. Atipicidade.

Vistos, etc.

D. J. C. O. e D. V. G., qualificados nas fls. 866 e 867, foram denunciados como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, c/c os arts. 71 e 29, todos do CP, porque, no período compreendido entre 11-12-98 e 16-03-99, em dias, horários e locais diversos, nesta cidade, em ações reiteradas e em conjunto, utilizando ardil, teriam obtido vantagem ilícita, no montante total de R\$ 247.730,00, em favor do C. S. C. e do P. T., em especial em favor deste partido político, ao qual eram filiados, em prejuízo das seguintes pessoas jurídicas, cujos responsáveis foram, por aquele meio – o ardil –, induzidos em erro: a) S. I. M., M., M. E. E. E. R. G. S. – S., com sede na Rua S. C., nesta cidade, de quem os denunciados obtiveram, no dia 11-12-98, vantagem ilícita no montante de R\$ 10.000,00;

b) E. A. S/A, indústria localizada na Av. I., nesta cidade, de quem os denunciados obtiveram, no dia 16-12-98, vantagem ilícita no montante de R\$ 50.000,00; c) A. G. A., localizada na Av. M., nesta cidade, de quem os denunciados obtiveram, no dia 11-12-98, vantagem ilícita no montante de R\$ 108.153,00 e, no dia

17-12-98, mais R\$ 9.577,00; d) I. – A. T., localizada na Rua A., nesta cidade, de quem os denunciados obtiveram, no dia 11-02-99, vantagem ilícita no montante de R\$ 20.000,00; e) A. R. E. O. P., situada na Praça O. C., nesta cidade, de quem os denunciados obtiveram, no dia 02-03-99, vantagem ilícita no montante de R\$ 30.000,00; e f) S. I. L. P. D. R. G. S., localizado na Av. I., nesta cidade, de quem os denunciados obtiveram, no dia 16-03-99, vantagem ilícita no montante de R\$ 20.000,00.

A conduta voltada a induzir em erro os responsáveis pelas pessoas jurídicas em relevo teria sido praticada pelo denunciado D., modo mais direto, sobre as seguintes pessoas, dentre outras: I. L. J., da I. – A. T. Ltda.; R. H. M., da E. A. S/A; W. J., da A. G. A.; F. M. D., do S. I. L. P. D. R. G. S.; H. C. B., da A. R. E. O. P.; e D. V. B., do S. I. M., M., M. E. E. E. R. G. S. – S.

O denunciado D., quando desses fatos, exercia (como exerce, até a data da presente denúncia) a presidência da sociedade civil denominada C. S. C., entidade fundada em 08-07-97, com sede na Praça Q. N., em Porto Alegre, que visava a captar recursos para serem aplicados em prol do desenvolvimento da cidadania em geral. A captação de recursos, conforme os estatutos da entidade,

deveria advir da remuneração pela estipulação de seguros em grupo – atividade primordial – e de doações diretas ao C. Desde a fundação, embora esta não se constituísse em exigência estatutária, os membros do C. foram preferencialmente pessoas ligadas ao P. T., dada a identificação de seus fundadores com essa sigla partidária. Em razão disso, em meados de 1998, o C. adquiriu um imóvel comercial, ao preço de R\$ 310.000,00, com pagamento de uma entrada de R\$ 50.000,00 e parcelamento do saldo, e o cedeu em comodato para aquele partido. Assim, o imóvel adquirido pelo C. tornou-se, gratuitamente, a nova sede do P. T. em Porto Alegre.

Animados por essa vinculação partidária, e ante a vitória eleitoral, em segundo turno, do candidato a Governador do Estado pelo P. T., pleito realizado em novembro de 1998, os denunciados, D. e D., teriam urdido um plano de captação de recursos financeiros que lhes permitiria quitar antecipadamente o débito com o imóvel adquirido em favor do P. T. e saldar empréstimos tomados para o fim dessa quitação. Nessa esteira, o denunciado D. ter-se-ia apresentado aos empresários acima referidos como se fosse o encarregado de captar recursos para levar a cabo obras sociais do novo Governo, realizações estas que, segundo preconizava, seriam concretizadas por meio do C. S. C., em face da vocação natural desta entidade. E, ante tal argumento, solicitou-lhes contribuições pecuniárias.

Acreditando que doariam dinheiro para obras sociais do novo Governo, enganados, portanto, pela ardilosa explanação que o denunciado lhes teria feito, de empolgantes projetos de cunho

social, aqueles empresários, em consenso com os demais responsáveis pelas respectivas pessoas jurídicas, doaram, em nome destas, ao C. S. C., entidade incumbida, segundo pensavam, da execução dos projetos proclamados, as somas pecuniárias acima referidas. Fizeram, portanto, doações que não teriam feito se conhecessem a efetiva destinação que a estas estava reservada: o pagamento do imóvel que servia de sede ao P. T. E o prejuízo patrimonial dos doadores configurou-se, porque pensavam seus representantes estar despendendo recursos em prol de obras sociais, isto é, investindo em projetos sociais empolgantes, e somente por isso é que doaram, quando, na verdade, enganados, despenderam tais valores em benefício direto de um partido político e, mais remotamente, do próprio patrimônio imobiliário do C. S. C.

O denunciado D. teria concorrido de qualquer forma para a prática dos fatos, além de exercer funções de co-gestão do C. C., junto com o denunciado D. Foi mentor intelectual para a criação daquele, para a captação de recursos financeiros, com os fins acima apontados. Utilizavam-se, igualmente, das instalações do prédio adquirido, inclusive, ocupando seus espaços com móveis de propriedade de suas empresas, que eram usados pelo C., sem qualquer ônus, bem como pela prestação de serviços de empregados das empresas ao C.

A denúncia foi recebida em 05-02-02 (fl. 02), sendo a mesma aditada nas fls. 866/872, para inclusão do réu D. Citado, o réu D. foi interrogado, negando a prática delitativa (fls. 714/730). Por defensor constituído, ofereceu defesa prévia, arrolando três testemunhas

(fls. 753/758). Citado, o réu D. foi interrogado (fls. 1.285/1.289). Em razão do aditamento da inicial, o acusado D. foi reinterrogado (fls. 1.281/1.284). Pelo defensor constituído, os réus apresentaram defesa prévia (fls. 1.291/1.296). Na instrução, realizaram-se as inquirições das fls. 1.321/1.325, 1.326/1.329, 1.330, 1.331/1.333, 1.334/1.336, 1.337 e 1.360/1.365. Homologada a desistência de oitiva de testemunhas da defesa (fl. 1.337).

No prazo do art. 499 do CPP, a pedido do Ministério Público, foram atualizadas as certidões de antecedentes criminais dos réus. A defesa nada requereu. Em alegações finais, o Ministério Público pleiteou a improcedência da ação penal, por não estarem implementados os elementos caracterizadores do tipo penal de estelionato (fls. 1.381/1.386). A defesa também postulou a absolvição dos acusados, mas com fundamento no art. 386, inc. I, do CPP (fls. 1.387/1.392). Os réus não registram antecedentes criminais, apenas D. responde a outros processos (fls. 1.372/1.373 e 1.374). Relatei. Decido.

Como fundamento para decidir, acolho as bem-lançadas alegações finais do Ministério Público, de lavra do Dr. Darwin Ferraz Reis, das fls. 1.381/1.386, as quais reproduzo, em parte, abaixo: “A ação penal não merece prosperar. A materialidade dos fatos restou devidamente comprovada, conforme se verifica na análise da documentação juntada e depoimento das vítimas. H. C. B. disse, em juízo (fls. 1.321 e ss.), não se considerar vítima de um estelionato. Confirmou ter sido contatado pelo réu D., que lhe solicitou uma contribuição ao C. C., que tinha por finalidade a divulgação da cidadania junto a outras entidades. Atendendo ao pedido do réu, contribuiu com

R\$ 30.000,00, mediante um cheque nominal ao C. C. A vítima alegou não ter sido lesada, eis que fez conscientemente a doação. W. J. informou, em juízo (fls. 1.326 e ss.), secretário executivo e procurador da A. G. A. e do S. I. P. A. R. G. S., repassou ao C. C. a quantia aproximada de R\$ 100.000,00 a título de doação por parte do referido S. Disse que as doações eram uma prática corrente da A. G. A. Disse que seu contato com o réu D. se limitou a um encontro, quando lhe foi apresentado o E. C. C.

“R. H. M., representante da E. A. S/A, disse, em juízo (fl. 1.330), que a direção da empresa fez uma doação de R\$ 50.000,00 para o C. C., através do réu, a fim de atender seus interesses de defender o cidadão. Assegurou que a empresa não se sentiu lesada com a doação. F. M. G. D., presidente do S. I. L., disse, em juízo (fl. 1.331), que o réu procurou o S. e pediu auxílio para o Governo do Estado, que estava [sic] não tinha caixa para investir na área social, o que se daria através do C. C. Em razão disso, o S. aprovou a doação de R\$ 20.000,00 ao C. A testemunha não sabe informar se o S. aprovaria a doação se soubesse que o dinheiro seria investido em algo diferente do prometido. Mesmo assim, não se sentiu lesado ou enganado.

“D. V. B., então presidente do S. I. M. E., disse que autorizou a doação no valor de R\$ 10.000,00 ao C. C., a pedido de diretores do S. Não houve por parte do S. nenhuma objeção quanto à doação ou ao encaminhamento dado a ela. I. S. J., então procurador da I. – A. T., informou, em juízo (fls. 136 e ss.), ter sido procurado por D., que lhe pediu uma contribuição ao C. C., que, segundo

ele, era um C. destinado a apoiar o Governo mediante a criação de recursos para as obras sociais comandadas pela primeira dama. Atendendo à solicitação, doou ao C. R\$ 20.000,00. Disse não se sentir iludido ou fraudado, apesar de nunca imaginar que o dinheiro seria usado na compra de uma sede do P. T. Alegou que, se soubesse do destino do dinheiro, não teria feito a doação, e que se ainda fosse diretor ou procurador da I., talvez quisesse reaver o dinheiro doado.

“Todas as vítimas disseram não terem se sentido lesadas ou ludibriadas, apesar de o dinheiro doado ter servido a propósito diverso do alegado no momento de sua solicitação. Quanto ao réu D. V., não há indicativos de sua participação nos fatos, eis que a maioria das vítimas disseram ter tratado única e exclusivamente com o réu D. (...)”.

Efetivamente, ao exame da prova produzida, percebe-se que as vítimas ou testemunhas não questionam as doações feitas, não se sentiram induzidas em erro, mediante meio fraudulento, pelo réu D. De registrar que o acusado D. sequer manteve contatos com as pretensas vítimas ou representantes das mesmas, devendo, portanto, ser absolvido por não comprovada a autoria. Quanto a D. O., assumiu ter sido a única pessoa a procurar as empresas em busca das doações, o que é confirmado pelos depoentes. Todavia, como já mencionado, nenhum destes incrimina o réu, ou seja, não lhe atribuem a autoria de estelionato. H. B. diz que fez conscientemente a doação ao C. C. e não se sentiu em nenhum momento lesado. W. J., em nome da A. G. A., também afastou qualquer indício de fraude ou ardil no agir do acusado D., que chegou a lhe apresentar o E. C. C.

R. H. M., da empresa E. A. S/A, confirmou a doação para o C. C. através de D., assegurando que a empresa não foi lesada com a doação. O presidente do S. I. L., F. D., mencionou, por sua vez, que o S. aprovou doação ao C., não se sentindo enganado. Da mesma forma, o então presidente do S. I. M., M., M. E. E. E. R. G. S. – S., D. V. B., informou ter autorizado a doação, a pedido dos diretores do S., inexistindo qualquer objeção referentemente àquela ou ao encaminhamento dado à mesma. Por fim, I. S. J. esclarece que era mero procurador da I. – A. T., e não membro da diretoria da mesma. O contato com o acusado D. foi feito pelo diretor da empresa, à época, J. B. B., o qual telefonou para o depoente, a fim de que este fosse conversar com D., que estava acompanhado de um empresário o qual se propunha a dividir a doação com a I. O depoimento mostra-se, em determinados momentos, confuso, mas conclui que a empresa não se sentiu enganada, não vislumbrando tivessem agido os dirigentes do C. C. fraudulentamente, ao buscarem as doações.

Assim, tem razão o Órgão Ministerial ao pedir a absolvição dos acusados, por não vislumbrar a participação de D. nos fatos e por considerar que D. não praticou estelionato, levando em conta os depoimentos prestados na fase judicial, segundo os quais as vítimas não se sentiram lesadas ou ludibriadas, deixando de se implementarem, desta forma, os elementos caracterizadores do tipo penal de estelionato. É de se assinalar, por outro lado, que nenhuma das pretensas vítimas ajuizou qualquer ação cível em busca de reparação por eventual dano sofrido em razão das doações, o que fortalece a per-

cepção de que nenhuma das entidades que doaram ao C. C. se sentiu prejudicada com o ato de doar àquele. A defesa técnica dos réus, por sua vez, traz pertinente estudo sobre o instituto da doação no Direito Civil, mostrando, entre outros aspectos, que esta não é finalística, representa uma liberalidade, não podendo ser condicionada a fins, sob pena de descaracterizar-se. As próprias testemunhas referiram que a doação era genérica e que ao doarem tinham confiança nos destinatários daquela.

Desta forma, percebe-se que os fatos imputados aos réus não se mostraram típicos. O fundamento da absolvição, quanto a D., é, portanto, aquele previsto no art. 386, inc. III, do CPP, ou seja, não constituir o fato infração penal, já que D. é absolvido por não comprovada a autoria. Ao contrário do que requer a defesa técnica, o fundamento absolutório não reside no inc. I do mesmo artigo, que trata da comprovação da inexistência do fato. Ora, houve materialidade, como, aliás, o *Parquet* afirma, em alegações finais, a partir dos documentos juntados e dos depoimentos colhidos. De outra banda, o próprio acusado D. reconhece ter mantido contatos com as pretensas vítimas visando à captação de recursos a serem aplicados em favor do desenvolvimento da cidadania em geral. Afastada, portanto, a tese de que tais contatos não teriam ocorrido, evidenciou-se a existência dos fatos descritos na denúncia, a saber, houve contatos entre D. e representantes das entidades, em busca de doações. O que a prova produzida, no decorrer da instrução, logrou mostrar foi que tais fatos não constituíram estelionato, pelo contrário, mostraram-se legítimos, já que

nenhuma das doadoras questionou a lisura das doações.

De registrar, enfim, que o processo tramitou durante exatamente 07 meses, levando em conta o recebimento da denúncia em 05-02-02 e a sentença hoje proferida. Inicialmente, foi denunciado apenas o réu D., o qual solicitou fosse antecipado o interrogatório, alegando que estaria sofrendo verdadeiro linchamento moral público há diversos meses, sem qualquer direito de defesa, com reflexos, inclusive, em sua saúde, o que foi deferido. Todavia, teve que ser interrogado novamente, a partir do aditamento da inicial, pelo Ministério Público, para incluir no processo o acusado D. Ora, alongou-se, em razão disso, a tramitação do feito. Inexistiu inquérito policial. A denúncia foi oferecida com base nos dados provenientes da CPI da Segurança Pública, os quais ocupam mais de mil páginas do processo. Mesmo assim, a denúncia oferecida em 29-01-02 contemplou apenas D. como o responsável pelos fatos delituosos apurados. No entanto, o Ministério Público aditou a exordial, em 28-05-02, ou seja, cerca de 04 meses mais tarde, o que tornou o feito ainda mais demorado. Assim, não se pode imputar ao Poder Judiciário responsabilidade pelo eventual retardamento na prestação jurisdicional.

Isto posto, julgo improcedente a denúncia para absolver os réus D. J. C. O. e D. V. G., já qualificados, o primeiro com fundamento no art. 386, inc. III, do CPP, e o segundo forte no art. 386, inc. IV, do mesmo Diploma.

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

Porto Alegre, 05 de setembro de 2002.

Umberto Guaspari Sudbrack, Juiz de Direito.

Autos nº 16743 – IP nº 74602150921-A

Comarca de Jaguarão

Autora: A Justiça Pública

Réus: E. A. B., M. A. T. G., I. L., V. W. L. e O. W. S. D.

Juiz prolator: Orlando Faccini Neto

Data: 04-11-02

Pronúncia. Natureza jurídico-processual. Delação. Alibi. Inquérito policial como mera peça informativa. Qualificadoras.

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público em atuação nesta Comarca ofereceu denúncia em face de E. A. B., nascido em 04-08-83, M. A. T. G., nascido em 31-10-75, O. W. S. D., nascido em 08-08-82, I. L., nascido em 02-06-79, e V. W. L., nascido em 22-05-54, alegando, em suma, que no dia 20-07-02, entre 14h e 17h, no prolongamento da Av. J., em local denominado “A. A.”, nesta cidade, os acusados, em comunhão de vontades e unidade de desígnios, juntamente com um menor, deram início ao ato de matar J. P. M., mediante golpes de faca, socos e pontapés.

Narra a denúncia que os réus atraíram a vítima para um bosque de eucaliptos, obrigaram-na a despir-se e a golpearam diversas vezes com uma faca, socos e pontapés. Teria o crime sido praticado por motivo torpe, qual seja vingança, sendo utilizado meio cruel consistente na reiteração de golpes de faca, bem como dissimulação e emboscada, valendo-se os acusados de recurso que dificultou a defesa da vítima, visto que essa teria sido amarrada e obrigada a deitar-se no chão enquanto

agredida. O delito não logrou consumir-se, segundo a denúncia, em decorrência de socorro médico eficaz prestado à vítima.

Descreve a denúncia, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o acusado E. A. B. subtraiu para si uma bicicleta tipo *cross*, duas camisas e uma bermuda, pertencentes a J. P. M., aproveitando-se do estado de inconsciência da vítima. Assim agindo, estariam os acusados incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, incs. I, III e IV, c/c o art. 14, II, todos do CP, e o réu E. A. B., além disso, incurso nas sanções do art. 155, *caput*, também do CP.

A denúncia fez-se acompanhar dos documentos das fls. 16/24. Encartado aos autos está o inquérito policial, constando, de relevante, autos de exames de corpo de delito (fls. 28/9, 108 e 128/9), autos de apreensão (fls. 34/5, 37, 59 e 113), autos de avaliação (fls. 97/8) e material fotográfico (fls. 103/7). Decretou-se a prisão preventiva dos acusados (fls. 131/4). A denúncia foi recebida em 1º-08-02. Vieram para os autos os documentos das fls. 155/7 e 208/9. Os réus foram citados (fls. 172v./176v.) e interrogados (fls. 164/170). Defensores nomeados declinaram do mister (fls. 188, 189, 192/3, 196, 205, 206 e 212). Por intermédio de defensor nomeado, o acusado V. L. ofertou defesa prévia (fl. 202).

Os demais acusados a ofereceram por Defensoras Públicas (fls. 270/1, 272/3, 274/5 e 276/7).

Em instrução, foram ouvidas a vítima (fls. 221/3) e treze testemunhas arroladas na denúncia (fls. 224/9, 235/9 e 264/5), uma testemunha do juízo (fl. 267) e quinze testemunhas de defesa (fls. 268/9, 300/8, 321 e 324/6). Procedeu-se a novo interrogatório do acusado E. B. (fls. 327/8). Em cumprimento de diligências, vieram para os autos as certidões das fls. 281v. e 282v. Foram juntados os documentos das fls. 229/231.

Em alegações finais, postulou o autor a pronúncia dos acusados, nos termos enunciados na denúncia. O réu V. W. L. (fls. 353/6) propugnou sua impronúncia, aduzindo insuficiência probatória. O acusado E. B., de sua parte (fls. 383/7), sustentou ter atuado em virtude de coação dos demais réus, bem como que as qualificadoras descritas na denúncia são insubsistentes. Os acusados I. L., M. A. T. e O. W. S. D. pleitearam a impronúncia, alegando ausentes indícios de autoria, e, alternativamente, a desclassificação do fato lhes imputado por não-configurado o dolo de matar. Asseveraram, ainda, a inconsistência das qualificadoras imputadas na denúncia (fls. 375/382). É o relatório. Decido.

1. *Breve incursão teórica sobre a decisão de pronúncia.* Como cediço, a decisão de pronúncia consagra mero juízo de admissibilidade da acusação, devendo o julgador, em seu exame, ficar adstrito à existência de prova da materialidade do delito e suficientes indícios de sua autoria, não necessitando exame aprofundado da prova, o que deverá ser realizado pelos representantes da sociedade, que são os juízes

naturais da causa. Neste momento do processo, sabe-se, nos crimes dolosos contra a vida vige o princípio do *in dubio pro societate*, isto é, na dúvida, prepondera o interesse da sociedade em manifestar-se, através de seus representantes, integrantes do Conselho de Sentença, após a amplitude dos debates em Plenário, sobre a ocorrência ou não do fato criminoso e de circunstâncias que, não cabalmente evidenciadas no *judicium accusationis*, sejam capazes de retirar a ilicitude da conduta.

Com este entender já se decidiu: “Para a pronúncia a lei impõe a certeza do delito e a existência de indícios de que o réu concorrera para o mesmo. A lei não exige veemência da prova indiciária, *in dubio pro societate*. Somente em Plenário é que, conforme o caso, vigora o *in dubio pro reo*. A pronúncia não constitui um julgamento, mas um ato preventivo de preparação e segurança de ingresso na fase de um julgamento final”. (Rec. nº 131.963, 2ª Câmara Criminal do TJSP, Rel. Bonfim Pontes)

Isso, entretanto, não está a determinar haja concordância com a sofismática tese encampada nas alegações finais do representante do *Parquet*. Disse o autor, em suma, que qualquer decisão que não a de pronúncia na fase culminante do *judicium accusationis* padeceria da pecha de inconstitucional por usurpar competência do tribunal popular. Assim, a pronúncia tornar-se-ia mera homologação da denúncia, salvo em casos de nulidades ou irregularidades processuais, saneando o feito. A tese, porém, embora ao gosto da parte que acusa, não tem qualquer sustentação no campo teórico. Sabe-se que o julgamento

pelo Tribunal do Júri não é uma garantia instituída em favor da sociedade, mas, ao contrário, trata-se de um direito fundamental do cidadão. Explica a doutrina constitucional, com efeito: “A instituição do Júri, de origem anglo-saxônica, é vista como uma *prerrogativa democrática do cidadão*, que deverá ser julgado por seus semelhantes (...)”. (Alexandre de Moraes, *in Direito Constitucional*, Ed. Atlas, 6ª ed., p. 99)

Almejar-se, como faz o autor, tornar impositiva a decisão de pronúncia em casos de infundadas acusações corresponderia à interpretação de uma garantia constitucional em desfavor daquele a quem essa foi instituída. No ponto, o abalizado magistério do Professor da Universidade de São Paulo Antonio Magalhães Gomes Filho, em recente obra. Cita-se: “*Sendo o julgamento popular uma garantia do acusado, não seria razoável que essa mesma garantia pudesse voltar-se contra o sujeito tutelado, exigindo-se que em todos os casos – mesmo sem um fundamento razoável – fosse ele levado a um julgamento público, com todas as consequências desfavoráveis que isso pode representar*”. (*in A Motivação das Decisões Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 232)

Aliás, é de geral sabença que se admite revisão criminal de decisão tomada pelo Tribunal do Júri, sem que com isso se lhe infirme a soberania dos veredictos, com argumento assemelhado ao alvitado pelo abalizado doutrinador, ex-integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo. Neste enfoque, já se decidiu: “É pacífica a jurisprudência que admite a revisão criminal contra decisões condenatórias com trânsito em julgado emanadas do Tribunal do Júri.

A revisão se mostra apta contra toda a teoria, porque *mais que a própria (e não absoluta) soberania ou intocabilidade da decisão do Júri, importa o direito individual do réu*, quando julgado com injustiça que clame aos céus por um órgão do Judiciário”. (TACrimSP, revisão criminal, Rel. Paulo Restiffe, RT nº 548/331)

Peca pela imprecisão o argumento do autor de que para a admissão de decisões como a impronúncia e a absolvição sumária seria necessária norma constitucional expressa. É por demais evidente que a Carta não esgota em si mesma os conceitos sobre os quais dispõe, bastando notar que embora preceitue caber ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não os define, visto que estes vêm disciplinados em título próprio do Código Penal. Ou seja, a norma constitucional que se vislumbraria aviltada não concerne, porquanto não lhe cabe fazê-lo, a procedimento, mas apenas estabelece uma garantia ao cidadão. Anote-se, de outra banda, que a Constituição Federal enumera a competência mínima para o julgamento pelo Tribunal do Júri, sem inviabilizar, entretanto, à lei ordinária a ampliação dos casos que lhe seriam afetos. Nessa hipótese, *quid juris* se fosse adequada a tese do órgão da acusação? Ter-se-ia que esperar nova definição constitucional de rito para crimes que eventualmente a lei ordinária trouxesse para o âmbito do tribunal popular...

Bem observa Fernando da Costa Tourinho Filho que não teria “sentido que o Juiz, sabendo, pelas provas dos autos, que o ato praticado foi lícito ou isento de pena, determinasse fosse o

rêu levado a julgamento pelo Tribunal do Júri. Se o Tribunal do Júri julga os crimes dolosos contra a vida, depois que o Juiz Togado julga procedente o *jus accusationis*, e como não pode ele dizer que procede o direito de acusar, se o ato foi praticado, digamos, em legítima defesa, é intuitivo possa haver a absolvição sumária, desde que não haja nenhuma dúvida sobre a existência da excludente de antijuridicidade. Ademais, como já se disse, se o Juiz não pudesse agir de conformidade com o art. 411, mesmo havendo causa excludente de culpabilidade ou antijuridicidade, que julgaria o Tribunal do Júri? Apenas um fato coberto com o manto da ilicitude ou um fato isento de pena. *É claro que o Juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, é o Tribunal do Júri, mas, se o fato é lícito ou isento de pena, não há cuidar-se de crime...*” (in *Processo Penal*, vol. 04, 18ª ed., p. 60)

No tangente à decisão de desclassificação, igualmente não se estaria diante de crime de competência do Tribunal do Júri, donde exsurge cabível e amparada constitucionalmente referida decisão, o mesmo sucedendo com a impronúncia, a qual, como se sabe, não afeta o mérito da causa, ou seja, o magistrado não julga o que se determinou fosse julgado pelos pares do réu, tanto que o art. 409, parágrafo único, do CPP prevê a retomada do feito antes do advento da extinção da punibilidade, caso sejam apuradas provas hábeis para tal. Enfim, ao contrário do sustentado pela acusação, “conferir ao Juiz o poder de pronunciar alguém por leves indícios, com os vexames de ordem material e moral que a pronúncia acarreta, lançando-se-lhe o nome no rol dos culpados (*sic*)

e expondo-o à execração pública, seria conferir-lhe um poder ditatorial” (Lemos Brito, in *Arbítrio Judicial e Pronúncia, Revista Forense* nº 76/156-7, 1938).

Com este enfoque – e para que eventual silêncio não pareça concordância teórica com tese que pretende interpretar direito de quem se defende em facilidade para quem acusa – é que se prosseguirá na análise do feito.

2. *Materialidade*. A materialidade dos fatos descritos na denúncia está demonstrada nos autos. Com efeito, os autos de exame de corpo de delito colacionados às fls. 28/9 indicam os ferimentos causados na vítima, revelando que foi atingida com diversos golpes de arma branca – cerca de vinte e sete (fl. 28). Não discrepa de tais autos os colacionados às fls. 108 e 128/9, aos quais se agrega o material fotográfico das fls. 106/7, concernentes ao momento em que a vítima recebia socorro policial. Em relação ao furto imputado particularmente ao acusado E., a materialidade decorre do auto de apreensão das fls. 34/5.

3. *Indícios de autoria*. 3.1. *Réu E. B.* Nas duas ocasiões em que interrogado judicialmente, o acusado confessou ter participado do delito contra a vida narrado na denúncia, não obstante para tal apresentasse justificativa (fls. 164/5 e 327/8). A vítima, à fl. 221, relatou a participação do acusado no fato, o qual, ainda, manifestou ter-se apoderado dos bens descritos na denúncia. Ou seja, há indícios de autoria a ensejar a submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri, sem que a sua tese de que atuou ao abrigo de excludente de culpabilidade – coação moral irresistível – possa, embora plausível, ser acolhida neste momento. É que não resultou

comprovada inequivocamente nos autos a alegada coação. Pairam, acerca dela, dúvidas a serem dirimidas.

Neste momento do processo, como já se disse, nos crimes dolosos contra a vida vige o princípio do *in dubio pro societate*, isto é, na dúvida, prepondera o interesse da sociedade em manifestar-se, através de seus representantes, integrantes do Conselho de Sentença, após a amplitude dos debates em Plenário, sobre a ocorrência ou não da situação capaz de retirar a culpabilidade do réu e eximi-lo de pena. O conjunto probatório – aqui analisado sem aprofundamento cognitivo, como está a exigir a presente fase processual –, consoante se depreende dos autos, não demonstra, de forma inconcussa, a tese esposada pela defesa.

Em casos tais, não estando cabalmente demonstrados os requisitos da excludente ventilada, a jurisprudência é unívoca no sentido de que a dúvida deva ser dissipada pela sociedade através do Júri Popular. Cita-se: “Para ensejar a absolvição sumária, como é cediço, impõe-se que as provas sejam plenas, que não mereçam a mais mínima dúvida e se apresentem nítidas e irretorquíveis. A menor hesitação já autoriza que a acusação seja apreciada pelo Júri”. (TJSP, Rel. Camargo Sampaio, *RT* nº 532/338) “Não se pode absolver sumariamente o réu, cujo procedimento não ficou esclarecido nos autos de forma a justificar o reconhecimento de que tivesse agido sob o pálio de uma excludente, qualquer que ela fosse.” (TJMG, recurso, Rel. Gonçalves de Rezende, *RT* nº 519/424) Afasta-se, destarte, a absolvição sumária do réu.

3.2. *Réus I. L. e M. A.* Extraem-se dos autos indícios de autoria suficientes a

que os acusados sobreditos sejam remetidos a julgamento pelo Júri. A vítima, com efeito, indicou-os ao ser ouvida em juízo (fl. 221), e às suas declarações se há de imprimir relevo bastante à pronúncia dos réus. De impronúncia, como quer a combativa defesa técnica, não se há de falar, visto que comprovada a materialidade do fato, com indícios de autoria. Impende considerar não haver elemento de convicção nos autos a ensejar, com o grau de certeza necessário para a fase processual presente, tenham os acusados obrado com elemento subjetivo diverso do *animus necandi*. Vale dizer, não se extrai da prova coligida, mormente porque os réus sequer reconhecem tenham atingido a vítima, que seus desideratos fossem meramente o de feri-la.

Em sendo assim, resvalaria em subtração da competência dos juízes naturais da causa o reconhecimento de tipificação diversa da encetada na denúncia na atual fase processual ou o reconhecimento açodado de falta de dolo de matar. Caberá ao Conselho de Sentença, à mingua de elementos robustos no momento hodierno, avaliar a tese relativa ao elemento subjetivo dos réus, aos quais se atribui, em co-autoria, a acusação de tentativa de homicídio.

3.3. *Réus V. W. L. e O. W. S. D. a) Delação.* Define-se a delação ou chamamento de co-réu como “a atribuição da prática do crime a terceiro, feita pelo acusado, em seu interrogatório, e *presupõe que o delator também confesse a sua participação*” (Fernando Capez, *in Curso de Processo Penal*, 3ª ed., Ed. Saraiva, p. 268). Em razão de sua natureza, e não obstante colhida em sede de interrogatório, haverá de se lhe atribuir

o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação, de molde a admitir reperguntas por parte do delatado, na forma encampada pela Súmula nº 65 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo.

Nesta perspectiva – e acolhendo lição de Ada Pellegrini Grinover –, às fls. 288/9, determinou-se que o acusado E. B. seria submetido a novo interrogatório, facultando-se àqueles que delatou a formulação de reperguntas, o que sucedeu às fls. 327/8. Isso porque, de veras no concernente aos acusados V. L. e O. S. D., nada há a indicar autoria delitiva, senão as assertivas do co-réu E. B. A análise, entretanto, do que disse o co-réu não permite a pronúncia dos outros dois referidos. Já na clássica obra de Mittermaier eram ressaltadas as dificuldades em aceitar-se a declaração do co-autor do delito, pois *“es natural que el cómplice se incline a hacer recaer sobre su coautor una parte de su propia falta; tiene pues un interés directo en declarar de una maneira contraria a la verdad”* (in *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, trad. Antonio Quintano Ripolles, 9ª ed., Madri, p. 352).

Por isso que a jurisprudência passou a admitir a chamada de co-réu tão-somente nas hipóteses em que o delator, outrossim, confessasse a autoria delitiva. Tal, todavia, não ocorre de modo hábil na espécie vertente. É que o acusado E. B. embutiu em sua confissão a alegação de que atuou porque os demais réus “me ameaçaram e me disseram para levá-lo – a vítima – para um campo, senão me matariam ou alguém de minha família seria morto” (fl. 164). De modo que se há de tomar com amesquinhada craveira a delação operada, pois, como se viu,

por intermédio dela o delator assevera dirimente de culpabilidade consistente em coação moral.

Mas não é só. A retirar ainda mais a credibilidade da delação efetuada pelo réu E. está o seu segundo interrogatório, no qual, ao contrário do que antes mencionara, aduz que “o réu O. nada tem a ver com a história. Ele também foi obrigado a esfaquear a vítima”. (fl. 327) Sendo assim, e considerando-se que “não basta a mera e simples delação de um co-réu para se afirmar a culpabilidade de outro acusado. É preciso que ela venha acompanhada de outros elementos de informação processual produzidos no curso da instrução judicial contraditória (...)” (TACrimSP, RT nº 706/328), não se há de pronunciar os réus O. e V.

b) *O alibi do réu O.* Em seu interrogatório, o réu O. W. S. D. afirmou que não praticou o fato narrado na denúncia, dizendo que no dia e hora em que sucedeu saíra de sua casa para ver o preço de um tênis (fl. 170). Afirmou que no trajeto “encontrei com amiga de minha mulher. Essa amiga se chama F.”, e que na loja de calçados foi atendido por “uma mulher baixinha”. F. L., ouvida sob o crivo do contraditório à fl. 304, confirmou o que disse o acusado O. Relatou que o encontrou por volta de três e meia e que “caminhamos um pouco juntos, cerca de uma quadra, e aí ele ficou no *snooker*”. Veja-se que o réu já dissera que no caminho para a loja de calçados “tive num bar” (fl. 170).

A testemunha S. A. (fl. 325) assegurou ter visto o réu O. W. no dia dos fatos. Relatou que “era quase cinco horas da tarde quando eu o vi. Eu o vi na loja O T. Ele ainda não tinha entrado na loja. Estava indo para ela. Eu vinha meio

de longe, chamei o réu O., mas ele não me viu. Não conversei com ele”. Embora não-conhecido pelas funcionárias da loja de calçados em que afirmou ter ido, certo é que em tal estabelecimento, como está a demonstrar a certidão da fl. 281v., há pessoas com as características apontadas pelo réu.

Impende considerar a relevância da tese de negativa de autoria alvitada pelo acusado O., que inclusive ensinou, em descompasso com o elementar princípio da ampla defesa, que o autor alterasse, de modo francamente inadequado, as circunstâncias do fato lhe imputado na denúncia. Na peça incoativa, diz o membro do *Parquet*, modo expresso, que o fato ocorreu “no dia 20-07-02, entre 14h e 17h” (fl. 04). Nas suas alegações finais, à socapa, aduz que o acusado O., por seu alibi, “não conseguiu comprovar o que o réu fazia das 12h às 15h30min do dia do fato (horário provável do crime)” (fl. 344).

Ora, defende-se o réu do fato atribuído na denúncia, e esse, com suas circunstâncias, não pode, quando não-comprovado em juízo, ser alterado, mormente em aspecto de alta relevância, como o do horário em que sucedeu, ao alvedrio da acusação. Caso pretenda o autor imputar ao réu fato criminoso ocorrido entre as 12h e 14h, que o faça em nova denúncia, visto que a impronúncia não traduz coisa julgada. Quanto ao fato descrito e em relação ao qual o réu se defendeu, a solução é a de que se não há falar em indícios suficientes de autoria a ensejar submissão ao julgamento popular. Alterar, nesta sede, o fato e suas circunstâncias, para além de ilegal, é afronta ao princípio constitucional da amplitude de defesa.

b.1) Prova policial. Em suas alegações finais, o autor pugna pela pronúncia do acusado O., dando como fundamento a delação do co-réu E. – já afastada como elemento hábil ao postulado – e o interrogatório policial do acusado M. A., no qual teria confessado a autoria e delatado o réu O. Anota-se, em primeiro lugar, que em juízo o réu M. A. retratou-se de suas declarações em sede policial, infirmando-as, pois. Afora isso, não se pode olvidar que elementos coligidos em sede policial, se de um lado apresentam enorme importância para o titular da ação penal, para a partir deles formar seu convencimento e ingressar ou não em juízo, noutra perspectiva não bastam a lastrear condenação ou juízo de admissibilidade de acusação formulada, uma vez que para o Juiz da causa impõe-se substrato probatório colhido sob o crivo do contraditório.

Assim a jurisprudência: “O inquérito é peça meramente informativa, destinada tão-somente a autorizar o exercício da ação penal”. (*JUTACrimSP* nº 70/319) Do aresto mencionado não discrepa a doutrina. Cita-se: “(...) as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, tendo em vista o sistema acusatório e a garantia constitucional do contraditório, mas apenas viabilizar a ação penal”. (Afrânio Silva Jardim, *in Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*, Ed. Forense, 3ª ed., p. 43) Em síntese, não se desincumbiu o autor de ônus lhe imposto pelos arts. 156 do CPP e 333, I, do CPC, a cujo cumprimento não se coadunam elementos colhidos no inquérito policial.

c) Inexistência de indícios de autoria do réu V. L. O consagrado autor Rogério Lauria Tucci, ao cuidar da de-

cisão de pronúncia e de seu suporte legal – art. 408 do CPP –, leciona que: “Diferentemente da legislação nacional precedente, mencionado dispositivo refere-se, tão-só, a *indícios*, sem qualquer adjetivação. Todavia, eles não podem deixar de ser *veementes*, como anota Ary Azevedo Franco, reportando-se à ensinança de Lemos de Brito, que, por sua vez, enfatiza, *verbis*: ‘Para que autorizem a pronúncia de um cidadão, os indícios devem ser, para aproveitar a lição do Código Francês, *graves, preciosos e concordantes*’ ”. (in *Tribunal do Júri – Estudos Sobre a Mais Democrática Instituição Brasileira*, Ed. RT, p. 40 – grifos no original)

Na espécie sob exame, afirma o autor que os indícios de participação do réu V. decorreriam da delação do acusado E., algo que já se afastou em razões sobreditas e da não-comprovação do álibi invocado pelo acusado. Vale salientar, todavia, que não é ao acusado que compete demonstrar a sua inocência, mas sim ao órgão acusador cabe trazer aos autos elementos mínimos, ainda que indiciários, que permitam sua submissão a julgamento pelo Júri. Sucede, porém, que os elementos em que se baseia a acusação contra o réu V. são insubsistentes. Tratar-se-ia de demonstrar que o acusado ajustou-se previamente com os demais réus, os quais praticariam o crime e depois retornariam em veículo conduzido por V. L. Já o acusado M. A., que tem o seu interrogatório policial utilizado pela acusação como fundamento para o pleito de pronúncia de outro réu, disse, naquela ocasião: “Com relação ao indivíduo conhecido por R. – V., digo eu –, o depoente refere que, pelo que sabe, não teve nenhuma participação”. (fl. 51)

A existência do famigerado carro branco com o qual o réu V. teria conduzido os demais acusados após o fato não se extrai dos autos. Ninguém afirma ter visto o acusado conduzindo tal veículo. A testemunha C. B., ouvida sob o crivo do contraditório, à fl. 238, ofertou importante depoimento no qual aduz que em sede policial “o Delegado não me ouviu. Na mesma sala em que eu estava foi batido na máquina alguma coisa. O Delegado ditou para uma pessoa o que foi datilografado. Não foi em máquina, foi no computador. Ele me entregou o papel para assinar. Eu assinei, e ele disse que eu estava dispensado”. Expressamente assegurou que “não falei para o Delegado que passou um carro branco com várias pessoas, conduzido por alguém parecido com R.” (fl. 238). No depoimento prestado por C. B. em sede policial, sem a presença de advogado e, pois, sem o contraditório necessário para o aproveitamento judicial do coligido, lê-se: “Vislumbrou um automóvel de cor branca, cuja marca e modelo não sabe informar, trafegando pela mesma estrada que passa no A. A. e enfrente (*sic*) ao J. C., e que no seu interior haviam (*sic*) várias pessoas, sendo que o condutor do referido veículo parecia ser ‘R.’ ” (fl. 93)

Afora a inequívoca discrepância de afirmações e a absoluta imprestabilidade do coligido em sede policial nesta fase do processo, pois, como já se disse, o material do inquérito policial destina-se ao titular da ação penal, certo é que o termo de declarações policiais de C. B. apresenta outra imprecisão, pois diz que este compareceu ao Distrito Policial, quando, ao contrário, em juízo, referida testemunha revelou: “O Delegado me

trouxe para a Delegacia no carro dele”. (fl. 238) De maneira que se há de afastar por completo o que manifestou a testemunha em sede policial, sem se cogitar das medidas que o relatado estará a ensejar na órbita administrativa da Polícia Civil (ofício da fl. 358).

Cabe referir algo sobre os documentos das fls. 329/331. A situação fática é a seguinte: no dia 27-09-02, ao ensejo em que se realizava a última audiência do presente feito, postulou o autor a juntada de um documento que consistia, em suma, em termo de declarações lhe prestado por C. B. Essas declarações foram feitas, segundo se vê à fl. 330, no dia 30-08-02, isto é, um dia após àquela audiência em que C. B. foi ouvido em juízo (fl. 233). Não obstante os protestos dos patronos dos acusados, deferiu-se a juntada do documento, não sem antes ficar ressaltado que “no processo penal há de impedir o princípio da lealdade, a meu sentir violado quando, produzida a oitiva na sede do Ministério Público aos 30 de agosto, apenas no momento presente aporta o termo respectivo aos autos” (fl. 322).

Sabido, por outro lado, que a produção de provas tem mais de um momento. O primeiro, já ultrapassado, em relação a tal documentação, foi o de sua admissibilidade. Cabe, agora, valorá-la. Nesta perspectiva, o documento das fls. 330/1 é de todo modo imprestável a militar contra o acusado V. L. Pensar-se o contrário seria consagrar a inexistência do princípio da judicialidade na produção de provas, quiçá entregando-se tal função ao Ministério Público, que para o autor não se apresenta como parte no processo criminal...

Ainda vige, por mandamento constitucional, em nosso sistema, o princípio

do contraditório, por intermédio do qual não se admite “a produção de uma prova sem o conhecimento da outra parte” (Mirabete, *in Processo Penal*, 6ª ed., Ed. Atlas, p. 264). Mesmo que se alvitrasse a qualidade de prova emprestada aos documentos das fls. 329/331, eis que produzidas em procedimento administrativo instaurado na órbita do Ministério Público, ainda assim, à mingua de contraditório, não teriam esses força para profligar aquilo que a testemunha C. B. disse em juízo, ao abrigo dos ditames constitucionais. Aliás, ao ensejo em que o documento mencionado veio para os autos, realçou-se “causar inequívoca estranheza que no lapso de um dia tenha sido instaurado procedimento pelo representante do *Parquet* e procedida nova oitiva, já aí sem o crivo do contraditório” (fl. 322).

Com efeito, repise-se que a testemunha C. B. depôs em juízo dia 29-08-02, e em vista do que disse enviou-se cópia do feito ao membro do Ministério Público (fl. 244), sendo que, no interregno de menos de vinte e quatro horas, foi instaurado procedimento – de resto não-comprovado nos autos –, intimado o indigitado depoente e ouvido em sede ministerial em termo que, apenas e tão-somente um mês depois, veio aos autos, para conhecimento dos demais envolvidos. Pretender-se, destarte, transformar a prova testemunhal em prova documental com o escopo de balizar decisão de pronúncia confronta com os comezinhos princípios da instrução probatória, de forma que se não há de dar relevo ao coligido às fls. 329/331.

Notícia, enfim, Ada P. Grinover que infelizmente “aumenta a prática de introduzir no processo, como prova documen-

tal, depoimentos colhidos fora do contraditório em juízo, como, por exemplo, no gabinete da Promotoria de Justiça. A possibilidade de ser juntado documento em qualquer fase do processo não permite, contudo, que se transforme a prova testemunhal em documental, deixando-se de se observar as regras concernentes à produção de prova típica”. (*in As Nulidades do Processo Penal*, 7ª ed., Ed. RT, p. 170)

Por derradeiro, o testemunho de C. C. (fl. 265) igualmente não está a configurar a prova indiciária mínima à pronúncia do acusado V., dado que, embora mencione ter visto um carro branco próximo ao local dos fatos, asseverou: “Não tenho certeza sobre se o carro branco foi utilizado pelos agressores da vítima, pois poderia ser um carro estragado, um carro buscando socorro ou um carro de polícia”. Nada obstante, em sua oitiva policial, colhida sem a presença de advogado e, portanto, à mingua de contraditório, leia-se que: “O declarante deduziu que aquele carro branco só podia ser utilizado pôr (*sic*) um dos praticantes dos ferimentos no menino” (fl. 95); em juízo, sob a égide de princípios constitucionais vigentes, disse: “Eu não falei para o Delegado que o carro branco ‘só podia’ ser dos envolvidos no fato”. (fl. 265) Ausentes, pois, indícios de autoria e participação do acusado V. L., sua impronúncia é medida que se impõe.

4. *Qualificadoras*. No que tange à manutenção da qualificadora atinente ao emprego de meio cruel, consistente na reiteração de golpes de faca pelos acusados, é de se notar que a matéria é controversa na jurisprudência. Há, com efeito, decisões admitindo a qualificadora, e outras que a negam, em vista da

mesma hipótese fática. Cita-se: “A simples reiteração de golpes, só por si, *não qualifica o homicídio pelo emprego de meio cruel*. Irá, sim, influenciar na dosagem da pena, caso seja seu autor condenado”. (RT nº 588/321) “É intuitivo que quem desfere inúmeras facadas na vítima, embora a primeira delas já tivesse causado sua morte, *emprega meio cruel*.” (RT nº 596/327)

Sob tal perspectiva, portanto, o que se conclui é que não há impropriedade manifesta de sua incidência, de tal arte que retirá-la da apreciação dos jurados seria algo que confrontaria com o princípio do Juiz natural, raciocínio esse que é o mesmo no concernente à circunstância afirmada na denúncia de que a vítima foi queimada no braço, como fazem crer os documentos das fls. 108 e 128/9. Assim a jurisprudência: “As qualificadoras articuladas na inicial só devem ser arredadas pela pronúncia quando indubitavelmente incoerentes”. (TJSP, recurso, Rel. Cunha Camargo, *RJTJSP* nº 23/427) “Somente quando de todo impertinentes devem as qualificadoras ser subtraídas do Júri, que é o Juiz do processo.” (TJSP, recurso, Rel. Carvalho Filho, *RT* nº 438/386)

Em relação à qualificadora do motivo torpe, consistente na descrição de que os acusados agiram impelidos por vingança, nota-se, com respaldo em Mirabete, que “nem sempre a vingança qualifica o delito, pois é necessária que ela esteja eivada de torpeza, seja ignominiosa, repulsiva a qualquer sentido ético” (*in Manual de Direito Penal*, vol. 02, Ed. Atlas, 9ª ed., p. 70). Essa aquilatação, entretanto, incumbe ao Conselho de Sentença, visto que, não havendo manifesta inconsistência da qualificadora,

deverá, como já apontado, ser submetida a Plenário. Afasta-se, nesta parte, tese de defesa dos acusados I. L. e M. A. T., de que sendo o motivo torpe circunstância de caráter pessoal não lhes seria comunicável, a teor do art. 30 do CP. É que, embora plausível a tese, na esteira da lição de Damásio E. de Jesus, em seu *Direito Penal*, vol. 02, 18ª ed., p. 52, o tema haverá de ser submetido a julgamento pelo Júri, dado que se constatada a adesão subjetiva dos co-autores, consoante a valoração probatória, permitir-se-á a incidência da qualificadora.

Por fim, diz a denúncia que o crime foi cometido por dissimulação e emboscada, a ensejar a incidência do disposto no inc. IV do § 2º do art. 121 do CP. Contudo, incompatível se revela a emboscada com a dissimulação, inclusive porque o Código Penal, ao tratar de ambas, as separa por intermédio de conjunção alternativa. Vale dizer, ou o fato foi praticado por emboscada ou mediante dissimulação, algo que ora se deve precisar para o fim de pleno exercício da defesa em Plenário. Descreveu a denúncia que “E. atraiu a vítima a lugar ermo, dizendo que iria vender umas peças de bicicleta, sendo que no bosque de eucaliptos aguardavam escondidos os demais denunciados, surpreendendo e encurralando a vítima” (fls. 04/05).

À hipótese fática descrita corresponde o conceito de dissimulação, dado pelo sempre festejado Nelson Hungria, *in verbis*: “Dissimulação é a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo

que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa”. (*in Comentários ao Código Penal*, vol. 05., Ed. Forense, 1942, p. 146) O mesmo autor, ao definir a emboscada, faz revelar a distinção e inadequação desta à descrição empreendida na denúncia, pois se lhe há de vislumbrar certo caráter de passividade do agente, que “espera a vítima em lugar por onde terá de passar. É a tocaia, na expressão dos nossos sertanejos. O criminoso, escondido, aguarda a passagem da vítima, desprevenida, que fica à sua mercê”. (Nelson Hungria, *op. et loc. cit.*) Assim, tem-se apenas a circunstância da dissimulação prevista à guisa de qualificadora no art. 121, § 2º, IV, do CP.

5. *Conclusão.* Diante do exposto, com base no art. 408 do CPP, pronuncio os réus E. A. B., M. A. T. G. e I. L., anteriormente qualificados, a fim de serem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri desta Comarca, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I (motivo torpe consistente em vingança), III (meio cruel) e IV (dissimulação), c/c o art. 14, II, do CP, e, ademais, pronuncio o réu E. A. B. pelo crime conexo lhe imputado, descrito no art. 155, *caput*, do CP. Com lastro no art. 409 do CPP, julgo improcedente a denúncia e o faço para impronunciar os acusados O. W. S. D. e V. W. L., ressalvando o disposto no art. 409, parágrafo único, do CPP.

Permanecem inalterados os fundamentos que ensejaram a segregação cautelar dos réus pronunciados (fls. 131/4), aos quais se atribui prática de crime definido como hediondo, estando, desarte, inviabilizada a liberdade provi-

sória (art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90). Diante disso, não poderão recorrer em liberdade desta decisão. Recomendem-se os réus pronunciados nos presídios em que se encontram. Expeçam-se incontinenti alvarás de soltura para os acusados impronunciados, O. W. S. D. e V. W. L.

Visto que a Comarca não conta com Defensoria Pública instituída, e considerando as particularidades do caso e a

dificuldade de advogados a patrocinar a defesa dos réus, arbitro ao causídico nomeado para o réu V. W. L. honorários na base de R\$ 800,00, a serem suportados pelo Estado. Preclusa esta decisão, dê-se vista ao Ministério Público, nos termos do art. 416, *in fine*, do CPP. Custas ao final.

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

Jaguarão, 04 de novembro de 2002.

Orlando Faccini Neto, Juiz de Direito.

DECISÕES CÍVEIS

Processo nº 02100943233 – Interdito proibitório

Comarca de Passo Fundo – 3ª Vara Cível

Autores: Jair Mattei e outros

Réu: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra – MST

Juiz prolator: Luís Christiano Enger Aires

Data: 16-01-02

Vistos, etc.

Buscam os autores, através da presente ação, liminar de interdito proibitório, narrando manter posse sobre imóvel de que são proprietários e que este atende sua função social – sendo considerado produtivo pelo INCRA e estando em situação regular junto à Delegacia da Receita Federal –, bem como já ter sido invadido – por grupos de agricultores não-identificados oriundos de áreas retomadas pela população indígena – em duas oportunidades nos últimos meses. Agregaram a informação de que integrantes do MST instalaram acampamento nas proximidades dessa gleba há aproximadamente 02 meses, correndo notícias no sentido de que as invasões continuarão, caracterizando-se a virtual ameaça de turbação da área dos postulantes.

Afigura-se necessário, portanto, examinar os pressupostos da medida postulada, os quais – pelo menos por ora – não vejo como presentes. Para prevenir e impedir a consumação de um eventual ataque à posse, o Código de Processo Civil estabeleceu, em seus arts. 932 e 933, o remédio judicial do interdito

proibitório, através do qual o possuidor, tendo justo receio de ser molestado na posse, poderá pedir ao Poder Judiciário que vete a turbação ou esbulho iminentes através da concessão de mandado proibitório e cominando pena pecuniária ao réu em caso de transgressão. Daí já se vê que aos autores se impunha fazer prova da posse e da presença concreta do justo receio, que traz implícita a idéia de ameaça à mesma posse¹. Assim, também, se tem manifestado a jurisprudência, como p. ex.: “Interdito proibitório. Exercício da posse comprovado. Recurso desprovido. São requisitos essenciais para a propositura da ação de interdito proibitório a prova da posse, ameaça de turbação ou esbulho e o justo receio”².

Porém, com a devida vênia, não tenho como suficientemente comprovados um ou outro desses pressupostos, como demonstrarei a seguir. Antes, porém, tenho que se afigura necessário deixar frisado que se o processo é imprescindível para a sobrevivência do Direito Material e deve ser encarado como mero instrumento para sua tutela, extrai-se daí a lógica consequência da

1 – FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1988, vol. VIII, tomo III, p. 464.

2 – AC nº 0068036000, Acórdão nº 3984, 5ª Câmara Cível do TAPR, Tibagi, Rel. Juiz Cícero da Silva, julgada em 16-08-95, publicada em 1º-09-95.

necessidade de adequação do instrumento ao seu objeto, razão pela qual o processo deve ser manejado sempre à luz dos direitos em conflito e em razão deles. Tal constatação busca demonstrar o quão estéreis são as construções teóricas que não atuam no plano das relações substanciais – como ainda hoje ocorre nas questões possessórias, onde, deliberadamente ou não, se esquecem as importantes modificações introduzidas pela ordem constitucional na estrutura do direito de propriedade e da posse –, tornando o instrumento fator de manutenção de concepções ultrapassadas e dos privilégios nelas calcados.

Para modificar esse estado de coisas, o processo deve adaptar-se às necessidades específicas do seu objeto, buscando formas de tutela e procedimento adequadas às situações novas que são postas para solução judicial. Assim é que, para a solução pacífica dos conflitos decorrentes da iníqua estrutura fundiária brasileira, não basta mais a observância dos preceitos do Código Civil e do Código de Processo Civil – ambos idealizados à vista de uma realidade social absolutamente diversa daquela hoje vivenciada –, sendo fundamental que os instrumentos de proteção da posse e da propriedade sejam revisitados e revistos através dos princípios constitucionais, que introduziram no conteúdo do direito de propriedade – e por conseqüência no conceito de posse – o dever de exercitar os poderes a elas inerentes na direção do bem-estar da sociedade.

No caso específico dos autos, é verdade que recentemente os autores obtiveram provimento judicial de reintegração na posse da mesma área, em

processo que tramitou perante a 2ª Vara Cível (nº 02100893099). Contudo, naquela ocasião, a magistrada titular entendeu desnecessária a demonstração do atendimento da função social, ao contrário deste magistrado, que sustenta a impossibilidade de deferimento da proteção possessória, em especial de forma liminar, àqueles que não provarem o cumprimento desse requisito. De qualquer sorte, trata-se aqui de nova demanda, e, por isso, compete-me examinar seus pressupostos, inclusive aqueles que dizem com o direito invocado pelos autores, sem qualquer prejuízo ou desmerecimento da decisão proferida no outro feito. Faço registro, inclusive, de que a atuação naquele processo – referida na inicial – como Juiz plantonista submeteu-se rigidamente ao que já fora lá decidido e que não sofrera ataque recursal ou modificação pela titular.

Pois bem, importante nesse passo deixar frisado que, desde 1934, as Constituições brasileiras têm estabelecido que a propriedade deve submeter-se ao interesse social, sendo que a Constituição de 1988 inclui a propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado da função social da propriedade – considerada como princípio autônomo – (art. 170, II e III), como, aliás, já o fizeram as Constituições anteriores a partir daquela já citada. O diferencial em relação a essa tradição, contudo, é que o atual texto constitucional introduziu a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, significando que foi considerada como “regra fundamental, apta para instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de conseqüência, todas as normas infraconstitucionais, criando um pa-

râmetro interpretativo do ordenamento jurídico”³.

Tal parâmetro – como qualquer outro –, aliás, deve ser observado no sentido de evitar ou superar antinomias e de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do estado democrático de direito, que busca estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e, com isso, fazendo repousar o Direito brasileiro na idéia de justiça e de solidariedade. Por isso, diz-se que a Constituição fez clara opção pelos valores existenciais que exprimem a idéia de dignidade da pessoa humana, superando o patrimonialismo e o individualismo precedentes, apontando para um projeto emancipatório cuja concretização depende de todos e de cada um, do Estado e da sociedade, pois Estado social significa não apenas obrigação social da comunidade em relação a seus membros como ainda obrigação social desses entre si e perante a comunidade como um todo⁴.

Nessa linha de idéias, portanto, a função social é que garante a legitimidade da propriedade e da posse, não merecendo tutela jurídica aquela que não esteja vinculada à busca da dignidade humana e à solidariedade social. Não se cuida aqui apenas de um princípio programático, como querem alguns, ou de uma derrogação da propriedade privada, como insinuam outros. Trata-se, sim, de uma reconceitualização do direito de propriedade, inserindo-se um

novo elemento em sua estrutura e no seu regime jurídico. O proprietário ou possuidor, portanto, recebe do ordenamento jurídico não apenas um direito fundamental, mas também um dever fundamental, já que seu direito se afigura legítimo e, pois, tutelável apenas e na medida em que realize a função a que está destinado constitucionalmente.

A propriedade rural, que nos importa no âmbito desse feito, tem os elementos da sua funcionalização previstos expressamente pelo art. 186 da Constituição da República, os quais não são novidade alguma no nosso Direito, na medida em que já constavam do art. 2º, § 1º, da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra). Tais componentes da função social da propriedade imobiliária rural (econômico, social e ecológico), outrossim, devem ser atendidos simultaneamente pelo proprietário ou possuidor, competindo aos autores demonstrar não apenas ser a área produtiva, mas também que recolhem os impostos incidentes na sua atividade e que estão atendidas as normas jurídicas que regulam o trabalho assalariado e as demais relações de trabalho no campo – obrigações patronais, condições decentes de trabalho e demais exigências contidas na legislação trabalhista –, bem como que cumprem as normas legais relativas à preservação da natureza e em especial dos recursos naturais não-renováveis.

Essa concepção já foi, ademais, recentemente referendada pela Colenda 19ª

3 – TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Propriedade (o seu Conteúdo Mínimo entre o Código Civil, a Legislação Ordinária e a Constituição)*. Revista *Forense*, vol. 306, p. 75.

4 – COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade*. Revista do MP/RJ, vol. 4.

Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento do AI nº 7000343488, interposto em processo oriundo desta Comarca, ficando assim ementado o acórdão: “Possessória. Área rural. MST. Função social da propriedade. Investigação. Possibilidade. Função social da propriedade como direito fundamental. Construção de nova exegese da norma material e procedimental. Investigação da produtividade e aproveitamento da área em ação possessória. Necessidade. Art. 5º, XXII e XXIII, da CF. Lei nº 8.629/93. Negaram provimento. Voto vencido”.

Em suma, a propriedade fundiária – mesmo produtiva – que descumpra os demais elementos da função social e desdenhe os objetivos da República não é tutelada pela Constituição. De fato, o aproveitamento econômico da propriedade deve-se direcionar pela função social constitucionalmente fixada, sendo esse o conteúdo essencial que delinea o direito subjetivo do proprietário. Por outro lado, tal direito deve, nessas e apenas nessas condições, também ser considerado um direito fundamental – como consagrado na Constituição (art. 5º, XXII e XXIII) –, pois não é o direito de propriedade garantido em si mesmo, mas apenas como instrumento de proteção de valores fundamentais.

Em conseqüência, deve também ser observado sob o prisma de dever fundamental, submetendo a funcionalização da propriedade a interesses não-proprie-

tários, notadamente àqueles que busquem atender à dignidade da pessoa humana, valor central da atual ordem constitucional. De fato, à função social da propriedade, enquanto dever do proprietário ou do possuidor, corresponde o direito de todos os não-proprietários, especialmente dos mais necessitados, cujo acesso ao mesmo espaço titulado nunca deixa de estar potencialmente previsto como possível, na exata medida em que a dita função deixe de ser cumprida⁵.

Pretendendo obter proteção possessória, em qualquer das suas espécies, tendo em vista a atividade de movimentos sociais que buscam dar efetividade àquele direito, compete ao autor – antes de mais nada – comprovar a sua posse anterior. Ocorre que tal prova deve dirigir-se não apenas à posse-fato (à vista das prescrições do Código Civil brasileiro), mas, sim, ao exercício legítimo dessa posse, ou seja, à posse-função, já que não estamos mais no âmbito de uma investigação acerca de ilícitos contra a posse, mas em demanda judicial na qual deve ser decidido um conflito entre direitos. 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 decisão⁶, pois na medida em que os tribunais devem elaborar o Direito, deverão fazê-lo

5 – ALFONSIN, Jaques Távora. *Os Conflitos Possessórios e o Judiciário. Três Reduccionismos Processuais de Solução*. In DRESCH DA SILVEIRA, Domingos Sávio e XAVIER, Flávio Sant’anna (org.). *O Direito Agrário em Debate*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1998, p. 280.

6 – AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. Ed. RT, São Paulo, 1996, p. 156.

em função do Estado e dos seus fins, o que é tarefa política e implica a 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 causa.

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 compreendidos 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. E como todo conflito entre direitos fundamentais, tal situação desafia soluções capazes de compatibilizá-los minimamente, utilizando parâmetro de valoração dos atos tendentes a limitá-los 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 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, já tendo sido afirmado 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”⁸.

Portanto, para o exame dessas condições, essencial que o autor da possessória demonstre – desde logo – que cumpre com a função social do imóvel, pena de inviabilizar a justa ponderação dos interesses em jogo e impedir a concessão da liminar, não sendo possível retirar da mera regularidade formal do título de propriedade ou da simples constatação da existência de uma situação fática pretérita suficiente presunção para qualquer decisão em favor dele. Aliás, aquelas circunstâncias tampouco impedem que o Poder Judiciário investigue a adequação legal do exercício da posse pelo autor, quando isso se torne necessário, até porque, havendo necessidade de um desses direitos ser sacrificado, deve ele ser o patrimonial, considerando que a Constituição da República (arts. 1º, II e III, e 3º) reconheceu uma “garantia estatal do mínimo existencial”⁹ ou “garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”¹⁰.

7 – AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. cit.*, p. 157.

8 – GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza, UFC – Imprensa Universitária, 1989, p. 75.

9 – SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, 1ª ed., p. 293.

10 – SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 292.

Por outro lado, tampouco o pressuposto restante para a concessão do mandado proibitório está presente. De fato, o justo receio “é o temor justificado, no sentido de estar embasado em fatos exteriores, em dados objetivos”, não bastando “como requisito para obtenção do mandado proibitório o receio infundado, estritamente subjetivo – ainda que existente”, consoante lição de Adroaldo Furtado Fabrício¹¹, já que – nessa hipótese –, apesar de esse receio estar presente, não existe uma verdadeira ameaça. Essa postura é praticamente unânime na doutrina nacional, competindo ao autor comprovar que esse receio seja, pois, real e não apenas um “vão temor subjetivo”¹².

Por evidente, não desconheço decisões no sentido de que “sendo fato público e notório a constante invasão de terras nos dias atuais”¹³, apenas a proximidade da área em questão com o acampamento levantado pelo MST na região configuraria o justo receio de moléstia à posse. Tal postura, porém, demonstra subliminarmente preocupação exclusiva com os interesses dos proprietários rurais – que obviamente merecem adequada proteção do Estado, mas apenas quando forem legítimos –, olvidando-se da transformação introduzida no conceito da propriedade (e, por consequência, da posse) pela Constituição da República e da legitimidade do movimento social referido como veículo

adequado dos interesses não-proprietários que exigem a implantação da reforma agrária no País.

Aliás, em outras decisões o próprio Poder Judiciário vem reconhecendo essa circunstância, já tendo o Min. Luiz Vicente Cernichiaro afirmado ser “legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente”¹⁴ a reforma agrária, reconhecendo aos integrantes do MST “direito público subjetivo de exigência de sua concretização”¹⁵. E não se pode, com razoabilidade, excluir do sistema jurídico esse direito, já que a partir da Constituição de 1988 todo proprietário e possuidor têm um dever jurídico a implementar, ao qual se contrapõem os direitos humanos fundamentais das maiorias marginalizadas, inseridos no ordenamento positivo através da Constituição da República.

Torna-se, aqui, importante a constatação de que as pressões coletivas que emergem da sociedade civil e que são tradução de interesses legítimos tornam-se também fonte de Direito, devendo ser abrangidas por uma visão dialética do Direito e da realidade social. Exatamente nesse sentido Antônio Carlos Wolkmer já teve oportunidade de afirmar que com o obsolescimento do ordenamento jurídico positivo, os novos movimentos sociais tornam-se fontes extrajudiciais de produção jurídica, não-estatais, possibilitando o reconhecimento

11 – FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit., loc. cit.*

12 – SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos Especiais*. Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989, p. 284.

13 – RT nº 631/152.

14 – Voto vogal do Min. Luiz Vicente Cernichiaro no HC nº 5.574-SP.

15 – *Idem*.

desse fenômeno pelo Estado, que se posicione ele como uma “instância democratizada mandatária da comunidade, habilitado a prestar serviços a uma ordem pública plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania individual e coletiva”¹⁶.

Apenas com essa percepção é possível garantir respeito aos espaços mínimos de liberdade e posse indispensáveis à dignidade das pessoas, sendo lícito – por isso – exigir do proprietário ou possuidor o respeito ao direito dos sujeitos não-proprietários e da sociedade como um todo. A insatisfatoriedade e a limitação do modelo normativo e instrumental, inicialmente mencionados, pois, não são suficientes para impedir a apreciação desses novos conflitos frente aos princípios constitucionais e aos objetivos da República, devendo reconhecer-se legitimidade aos movimentos sociais que vinculam os interesses dos não-proprietários como nova figura jurídica, de personalidade coletiva e apta a ser considerada como a portadora adequada de necessidades difusas decorrentes da injusta estrutura fundiária brasileira.

Mesmo, portanto, que não se concorde com os meios utilizados pelo movimento ou, eventualmente, com todas as condutas adotadas por seus integrantes, se trata – nesse contexto – de compreender socialmente o significado das suas ações e a circunstância de que “a existência e a atuação global do MST como movimento social não só não são

nocivas à democracia como são mesmo indispensáveis ao seu fortalecimento e ao atendimento, por parte das autoridades públicas, de uma agenda social eternamente postergada, não podendo ser identificadas com as de bandidos, assaltantes ou inimigos da democracia. Isso porque, ‘Nesta ótica de longo alcance, o Estado democrático de direito não se apresenta com uma configuração pronta, e, sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema de direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical seu conteúdo’ (Habermas, 1997a, p. 118; grifo no original)”¹⁷.

Impõe-se, pois, reconhecer que o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais se situa no campo dos direitos de cidadania e, pois, é atividade legítima, não podendo ser cerceada em razão de preconceitos e sem qualquer prova adequada a respeito da lesividade – mesmo potencial – do comportamento dos integrantes do movimento-requerido. Não se cuida, inobstante o afirmado, de abolir as medidas protetivas da posse quando se tratar de conflito envolvendo o MST – até porque eventualmente algumas condutas podem e devem ser repelidas sob o ponto de vista democrático –, mas de reinterpretá-las frente à Constituição da República e aos princípios gerais de Direito,

16 – WOLKMER, Antônio Carlos. *Direito Alternativo e Movimentos Sociais: Novos Paradigmas de Juridicidade*. P. 525.

17 – GARCIA, José Carlos. *O MST Entre Desobediência e Democracia*. In STROZAKE, Juvelino José (org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. RT, São Paulo, 2000, p. 173.

que vetam a proteção judicial às posses e propriedades desfuncionalizadas. Ademais, se cuida de reconhecer a importância social daquele movimento para o fortalecimento da sociedade civil e da cidadania, implicando dizer que a simples existência de acampamento próximo à área em questão não autoriza a emissão do mandado proibitório, principalmente quando – como no caso – não se tem qualquer informação (nem pela imprensa) acerca de movimentação que pudesse ser interpretada como de ameaça à posse dos autores.

Outrossim, segundo afirmado por Luiz Guilherme Marioni¹⁸, “a tutela de cognição sumária deve balizar-se não apenas conforme o princípio da probabilidade (sacrifício do improvável em proveito do provável), mas também pelo princípio da proporcionalidade (avaliação dos interesses em jogo)”, evidenciando que – nesse momento e de acordo com as circunstâncias já referidas – impõe-se exigir não apenas prova da ameaça, mas também da funcionalização da posse dos autores, pena de fazer-se tábula rasa do princípio democrático. Aliás, é oportuno deixar frisado que existe “um vínculo funcional entre a propriedade e o princípio da igualdade, tanto quando deste último com a democracia. A igualdade não é bem um resultado do regime democrático, mas um seu pressuposto. Se não existe igualdade onde a propriedade não seja acessível a todos (com os respectivos frutos), também a democracia não pode lavrar em campo ensangüentado de desigual-

dades sociais”, consoante lúcida observação de Carlos Ayres Britto¹⁹, que acrescenta ser um erro superestimar os direitos individuais no cotejo com os direitos sociais: “Privilegiam-se as liberdades, como se fossem elas condição da igualdade entre os homens. Quando a vida comprova que é justamente a igualdade entre os homens que opera como chave de ignição da liberdade. Não são os homens livres que tornam a sociedade igualitária, mas a sociedade igualitária que torna os homens livres”.

Inserindo-se a reivindicação da reforma agrária na luta mais ampla pelo respeito aos direitos e necessidades fundamentais da grande maioria da espoliada população brasileira e na busca da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária – pressupondo mais igualdade –, evidencia-se uma vez mais a legitimidade e a justiça dos pleitos vinculados pela ação do Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra. Nessas condições, reitero, não é admissível tratar de forma idêntica imóveis que atendam sua função e outros que violam o preceito constitucional, tampouco sendo lícito retirar da simples presença do MST na região ameaça à posse dos autores.

Por fim, tal postura não pretende, como muitas vezes se tem dito, introduzir no campo do Direito a contradição, a insegurança, a dúvida, mas se trata apenas de reconhecer que a contradição, a insegurança e a dúvida não estão e jamais estiveram ausentes do universo jurídico, justamente porque o Direito é um nível do todo social, no qual se

18 – Conforme citação feita pelo Des. Mário José Gomes Pereira no AI nº 7000343488.

19 – BRITTO, Carlos Ayres. *Direito de Propriedade (o Novo e Sempre Velho Perfil Constitucional da Propriedade)*. Revista de Direito Público nº 91/50.

expressam as relações sociais, e, sendo assim, é de se reconhecer que todos os conflitos e contradições ali verificáveis se refletem na instância jurídica. De qualquer forma, havendo na inicial referência quanto ao cumprimento da função social dos imóveis em questão, e tendo os autores trazido um início de prova nesse sentido, tenho como razoável admitir a complementação para que venham os documentos tendentes à demonstração cabal do afirmado. Outrossim, da mesma forma impõe-se oportunizar a produção de prova oral para que sejam demonstrados objetivamente os motivos do receio que dizem ter os autores, igualmente criando espaço para ouvir os representantes dos requeridos.

Isso posto: a) designo audiência de justificação e tentativa de conciliação para

o dia 23 de janeiro, às 14h; b) determino ao Sr. Oficial de Justiça que certifique acerca da localização do acampamento do movimento-requerido, sua distância da área em questão, as condições em que se encontram seus integrantes, bem como a quem pertence a área na qual estão acampados; e c) determino aos autores que juntem aos autos os documentos que comprovem estar cumprindo suas obrigações fiscais (Município, Estado e União – esta simplesmente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional), trabalhistas (inclusive certidão negativa do INSS) e ambientais (certidão negativa do IBAMA).

Cite-se. Intime-se, inclusive o Ministério Público.

Passo Fundo, 16 de janeiro de 2002.
Luís Christiano Enger Aires, Juiz de Direito plantonista.

Pedido de manutenção de abrigamento determinado pelo Conselho Tutelar desacompanhado de pedido formal de suspensão do pátrio poder
Comarca de Santa Cruz do Sul – Juizado Regional da Infância e da Juventude
Juiz prolator: Cleber Augusto Tonial
Data: 13-06-02

Vistos.

O Ministério Público ingressa com ação de destituição do pátrio poder contra M. H., qualificada na inicial, e requer, liminarmente, a permanência de J. no abrigo onde se encontra, como medida de proteção (art. 101, VII, do ECA), porém não formula pedido de suspensão do pátrio poder contra a ré.

Entendo que o abrigo, aplicado pela autoridade jurisdicional, apenas e tão-somente pode ser aplicado em sede de análise de uma situação de rompimento de vínculos, pressupondo-se aí não apenas um motivo grave para o decreto da medida extrema (art. 157, interpretado analogicamente com o art. 101, parágrafo único), mas um pedido expresso de suspensão liminar do pátrio poder. E tudo isso graças ao consagrado e benfazejo princípio da inércia do órgão jurisdicional e à importância dos direitos fundamentais implicados, não apenas da criança, mas de sua mãe, que, em uma democracia jurídica, apenas estão sujeitas a sofrer a interferência do Estado em situações excepcionais e desde que devidamente autorizadas em lei.

No caso, não cabe ao magistrado decretar a permanência da criança no abrigo, como requerido, pelas seguintes razões: 1ª) O Juiz não foi a autoridade decisora que decidiu pelo abrigamento

que até hoje se mantém, de modo que a característica da medida de abrigo aplicada impregna-se com a característica de seu aplicador. Como o Conselho Tutelar está vinculado a agir de modo a manter vínculos familiares, fortalecer a família e remover situações de risco, presume-se que a retirada da criança do ambiente familiar se deu como um “mal necessário” para o atingimento desses fins incontestáveis. Objetivos estes que, necessariamente, não são os mesmos do Poder Judiciário, obrigado que está a aplicar a lei, a prestar a jurisdição e assegurar o primado das normas, princípios e garantias constitucionais.

2ª) Como a decisão (art. 136, I e III) é do Conselho Tutelar, autoridade (art. 101, *caput*) autônoma (art. 131), não cabe ao Poder Judiciário homologar, validar ou ratificar um ato administrativo que, a princípio, presume-se legítimo e de acordo com o princípio da legalidade. Presume-se, até prova em contrário, que a titular do pátrio poder tenha sido formalmente notificada, por essa autoridade decisora, da aplicação da medida de abrigo, a fim de fazer valer o seu direito de revisão judicial da decisão administrativa.

3ª) Se não houve notificação formal, então me parece claro que uma ilegalidade flagrante ocorreu, por violação

do princípio do contraditório e da ampla defesa, inculcado na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV.

4ª) Logo, por essas razões, penso equivocada a idéia de que o Juiz deve manter ou determinar que permaneçam abrigadas as crianças, frente à evidente distância existente entre as suas atribuições e as do Conselho Tutelar. Como órgão de revisão, o Juiz, ao manter um abrigo que não foi decidido dentro de sua competência estrita, está vedando à parte interessada e prejudicada o direito de discutir a legalidade da medida.

5ª) De outra parte, deferindo-se o pedido ministerial, inadvertidamente estaria o Juiz impondo um constrangimento a titular do pátrio poder sem previsão legal expressa. Afinal, a suspensão liminar do pátrio poder é pressuposto para que o Juiz possa confiar a guarda da criança ou adolescente a pessoa idônea, segundo o disposto no art. 157 (aí incluído o dirigente de entidade de abrigo, conforme o art. 92, parágrafo único). Ocorre que para decretar a suspensão liminar do pátrio poder, como já afirmei, não basta qualquer motivo, é preciso que esteja presente um motivo

grave. Nota-se aqui a importância que o legislador atribuiu ao direito da criança e do adolescente de conviver com sua família natural.

No caso em discussão, precisa o juízo reservar-se para decidir, com imparcialidade, eventual impugnação da mãe à medida de abrigo aplicada pelo Conselho Tutelar, nos termos do art. 137. Assim, primeiramente, indefiro o pedido ministerial de manutenção do abrigo, pois não se encontra entre as hipóteses de competência jurisdicional a aplicação dessa medida fora das hipóteses muito específicas da lei (arts. 157 e 136, III, *b*, do ECA). Em que pese indeferida a manutenção, não se encontra entre as atribuições do juízo determinar o desabrigo de ofício, sob pena de interferência na autonomia do órgão administrativo. Deve-se aguardar a manifestação de quem tenha legítimo interesse ou do Ministério Público.

Intime-se o Ministério Público dessa decisão. Cite-se a requerida para responder, devendo ser cientificada do seu direito constante do art. 159 do ECA.

Santa Cruz do Sul, 13 de junho de 2002.

Cleber Augusto Tonial, Juiz de Direito.

Processo nº 04760 – Requisição judicial de vaga escolar
Juizado da Infância e da Juventude
Juiz: Nilton Tavares da Silva
Data: 27-08-01

Vistos, etc.

Indiscutivelmente equivocada a interpretação do ilustrado Diretor do Colégio Municipal Pelotense acerca do que constou no Ofício nº 1.073/01, datado de 20-08-01, expedido por este Juízo (fl. 47). Na indigitada correspondência não houve mera “solicitação” de vaga no educandário em favor da infante como concluiu o signatário do ofício acostado à fl. 48, mas de “requisição” como literalmente constou, a partir da decisão lançada à fl. 46 nos presentes autos.

Daí o estarecimento que causa a inusitada resposta do Diretor do Educandário. De singela compreensão que o termo “requisição” tanto em seu sentido etimológico como jurídico, sobretudo quando emanado de autoridade judiciária, tem natureza “mandamental”. Vale dizer, está a exigir, a impor, não ficando o cumprimento, em suma, condicionado ou adstrito à vontade do destinatário.

Ao que parece (até porque se trata o renitente de pessoa detentora de invejável formação intelectual), está-se frente, como posto pelo Ministério Público (fl. 50), a mais uma deliberada e acintosa tentativa de inobservância de determinação judicial.

Neste particular, vem a calhar recente artigo do emérito jurista Paulo Brossard publicado no Jornal *Zero Hora*, edição de 13-08-01, p. 3, sob o título *A Dete-*

rioração da Autoridade, onde, *an passant*, a respeito do tema asseverou: “... Outro fato de singular gravidade vem ocorrendo na desobediência sistemática de ordens judiciais; passou a ocorrer com habitualidade. Ignorar ordens da Justiça, em alguns casos de maneira acintosa, expeditas para proteção de direitos ofendidos, converteu-se em procedimento cotidiano...” (sem os grifos no texto)

À evidência não se há de pactuar com tal proceder que, antes de mais nada, atenta contra o estado democrático de direito. As razões que levaram este julgador a requisitar a vaga em favor da infante, embora despiciendo a esta altura repeti-las, estão de qualquer sorte magistralmente sintetizadas pelo Ministério Público em sua promoção lançada à fl. 50.

Ademais, não caberia à autoridade questioná-las ou contrapor argumentos como fez em sua resposta, salvo, naturalmente, através da via recursal ou interposição de pertinente remédio jurídico; jamais simplesmente afirmando que não cumpriria a determinação. Esta, repita-se, tinha e tem por escopo apenas “dar escola” (e em educandário público!) a uma criança sem família, tendo sua guardiã, a Sra. C. R. T. de todos conhecida pelo benemérito serviço que presta à comunidade, a exemplo do que faz com outras tantas crianças abandonadas, assumido em verdade o papel

do Poder Público quiçá pela omissão ou incompetência deste.

Negar-lhe o direito de ao menos poder ter mais esta criança abandonada que assumiu freqüentando o educandário público, situado nas adjacências da sua casa-abrigo, onde já estudam os demais que mantém (verdadeiros irmãos da infante), seria inquestionavelmente uma aberração inominável que atropela comezinhos princípios de lógica, razoabilidade e bom senso, com o que, enfim, decididamente não se pode compactuar.

Assim, expeça-se mandado de diligência a ser cumprido por Oficial de Proteção que deverá fazer-se acompanhar da guardiã da infante, munida esta

dos documentos pertinentes, a fim de que, de pronto, seja efetivada a matrícula da menina no Colégio Municipal Pelotense (pré-escola, turno da manhã) consoante determinação contida no ofício já remetido, pena de ser o Diretor do Educandário (ou quem as vezes fizer) preso e autuado em flagrante delito por crime de desobediência, sem prejuízo de outras sanções a serem eventualmente tomadas ainda na esfera jurisdicional e/ou administrativa. Anexar ao mandado cópias do inteiro teor do presente despacho e da manifestação do Ministério Público lançada à fl. 50.

Dil.

Em 27de agosto de 2001.

Nilton Tavares da Silva, Juiz de Direito.

Recusa de cumprimento de carta precatória para execução de MSE
Comarca de Santa Cruz do Sul – Juizado Regional da Infância e da Juventude
Data: 05-09-02

Vistos.

A presente carta precatória não reúne condições de ser cumprida neste Juízo, por dois motivos fundamentais.

Primeiramente, a execução das medidas socioeducativas, por encerrar a necessidade de enfrentamento de certos incidentes, como eventual descumprimento; como a necessidade de unificação; revogação; progressão; regressão ou substituição de medidas, depende da fixação de uma competência jurisdicional. Assim sendo, a competência para conhecimento dessas questões é do Juiz do domicílio dos pais ou responsável ou do local onde se encontre o adolescente na falta daqueles (art. 147 do Estatuto).

O Juiz do processo de conhecimento *não tem prorrogada* a sua competência para a execução das medidas aplicadas em função de sentença ou em sede de homologação de remissão ministerial, quando o adolescente mudar de domicílio. A se pensar contrariamente, cria-se antinomia com o disposto no art 147. E cria-se também, o que é mais grave, uma esdrúxula situação: que o Juiz que recebe a depreciação não tem a competência para decidir os incidentes, estando obrigado a encaminhar os autos ao Juiz deprecante para seu processo e julgamento. Isso, além de contrariar disposições legais e constitucionais (do juiz natural), malfez o princí-

pio da economia processual a toda prova.

Portanto, a tarefa do Juiz do processo de conhecimento finda com a sentença. Os documentos necessários à execução da medida devem ser encaminhados ao Juiz competente para a execução, quando for o caso, *mediante ofício ou outro documento* que porventura vier a ser adotado e padronizado pela Corregedoria-Geral da Justiça.

Em segundo lugar, não há como cumprir com o objeto da precatória, mesmo que se tome ela como mero ofício, porque não está devidamente acompanhada dos documentos necessários para que se dê início à execução socioeducativa.

Verifica-se que a imposição de cumprimento da medida socioeducativa de PSC decorreu de uma remissão ministerial. No entanto, o termo de audiência perante o Ministério Público onde teria ocorrido essa transação não acompanha a precatória. Como a sentença homologatória do magistrado não especifica o prazo nem a carga horária de cumprimento, resta impossível a este Juízo da execução suprir a falta.

E não pode por uma simples razão: porque a remissão ministerial é fruto de um *acordo*. Como tal, depende da concordância do adolescente, de seus pais ou responsável, *bem como de um defensor*, capaz de assegurar equilíbrio de

forças com o Órgão Estatal (Ministério Público). Esse, aliás, o entendimento do CONSIJ, veiculado pelo enunciado nº 01.

O juízo da execução, portanto, não pode alterar o título executivo judicial, mesmo que para suprir essas omissões, eis que estaria agindo de forma arbitrária e ao arrepio de todo e qualquer princípio constitucional de garantia dos direitos do cidadão.

Posto isso, recuso cumprimento à presente carta precatória, determinando a sua devolução ao juízo de origem, restando no aguardo do encaminhamento dos documentos necessários para dar início à execução socioeducativa.

Santa Cruz do Sul, 05 de setembro de 2002.

Cleber Augusto Tonial, Juiz de Direito.

Comarca de Santa Cruz do Sul**Processo nº 4442****Medida de abrigo aplicada pelo Conselho Tutelar. Falta de motivação e comunicação. Ilegalidade. Pressupostos para aplicação da medida pelo Juiz.****Data: 25-09-02**

Vistos.

Trata-se de processo de destituição do pátrio poder, onde o Conselho Tutelar, previamente ao aforamento da pretensão desconstitutiva, decidiu pela aplicação da medida de proteção de abrigo à criança J., em setembro de 2001, motivado no fato de que o menino estava fugindo de casa, envolvendo-se em pequenos furtos, perambulando na rua e pedindo esmolas. Segundo o que informou a autoridade administrativa, a mãe teria perdido o controle do filho.

Promove o Ministério Público a presente ação de destituição do pátrio poder. Contesta a mãe a pretensão ministerial, requerendo a invalidação do ato administrativo que determinou o abrigamento. O Ministério Público, por seu turno, depois da resposta, vem requerer a suspensão do pátrio poder.

Não posso olvidar que vejo com grandes ressalvas o abrigamento realizado pelo Conselho Tutelar, diante dos motivos apresentados por essa autoridade administrativa. O abrigo, como medida excepcional e temporária que é, deve ser manejado apenas e tão-somente como um mal necessário, como o instrumento pelo qual o Conselho Tutelar resolve a situação emergencial, abrindo espaço para que a intervenção de caráter protetivo (de manutenção dos vínculos familiares) possa ser implementada.

A aplicação de uma medida de abrigo, fora desse contexto de instrumentalização, é destoante do sistema legal em vigor, mais se aproximando das vetustas práticas do Código de Menores.

Demonstrado, de outro lado, que nada parece ter sido feito pelo Conselho Tutelar para promover a família de J. (diante do esquálido ofício da fl. 21 do apenso), exsurge nítida a ilegalidade desse abrigamento, encaminhando-se à conclusão de que a autoridade administrativa manejou essa medida de proteção em caráter permanente ou, pelo menos, sem apreender a sua verdadeira natureza. Ocorre que a correta percepção da vontade da lei não é apenas um dever dos julgadores, mas também, e evidentemente, uma obrigação de todas as autoridades administrativas, graças ao poder-dever que possuem.

A ilegalidade é manifesta, de outra parte, em função da ausência de comunicação formal do abrigamento a titular do pátrio poder que a impediu, na época, de exercer o seu direito de revisão previsto no art. 137 do ECA.

Material e formalmente equivocado o abrigamento, tudo estaria a indicar a necessidade de imediata invalidação desse ato, com a determinação de que a criança retorne para o ambiente familiar.

Mas, sem relutar, não ousou, ainda, seguir por esse caminho. O inusitado

desse caso é decorrência do inexorável decurso do tempo. Um erro não justifica outro mais grave. J., não devemos esquecer, está abrigado há mais de um ano. Neste período, ainda que a mãe não tenha sido formalmente comunicada do abrigamento, não tomou nenhuma providência para reaver o filho, embora tenha sido avaliada neste Juizado e tenha tomado conhecimento da situação. A ignorância, aqui, não deve ser presumida e dependerá de prova a ser produzida em audiência.

De outro lado, existe um laudo técnico informando que a mãe não tem condições de retomar a criação e educação de J. a curto e médio prazo (fl. 23 do apenso), de modo que a refutação desses argumentos técnicos demandam a realização de prova em audiência. Com a cautela necessária que o Juiz deve observar nas questões de colocação e recolocação de crianças, penso açodada

a decisão de desabrigar agora, antes de finalizar a instrução.

Mas, para manter esse abrigamento, nulo na raiz, necessário observar-se o que disciplina a lei (art. 157 do ECA). É preciso existir pedido formal de suspensão do pátrio poder (já aforado, folhas), e deve estar presente um *motivo grave*. Vislumbro a gravidade na situação criada, decorrente do decurso de um ano de abrigamento e desinteresse da mãe em reaver o filho e na conclusão do laudo técnico que instruiu a inicial.

Posto isso, indefiro o pedido de desabrigamento formulado na contestação e suspendo o pátrio poder da mãe, requerido, pelos motivos expostos na fundamentação, confiando a guarda de J. ao dirigente da entidade onde se encontra.

Santa Cruz do Sul, 25 de setembro de 2002.

Cleber Augusto Tonial, Juiz de Direito.

Processo nº 02100885509 – Ação de reintegração de posse
Comarca de Passo Fundo – 1ª Vara Cível
Autores: Plínio Formighieri e outra
Réus: Loivo Dal'Agnol e outros
Juiz prolator: Luís Christiano Enger Aires
Data: 17-10-01

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de reintegração de posse ajuizada por Plínio Formighieri e sua esposa, alegando serem proprietários e possuidores de uma área de 11.563.529m², localizada no lugar denominado Rodeio Bonito, no Município de Pontão, e que esse imóvel foi invadido por aproximadamente 600 pessoas no dia 15 p. p.

Relataram a forma de ocupação e informaram tratar-se de propriedade produtiva, tendo os requeridos se instalado em aproximadamente três hectares, localizados a cerca de 1.500m da divisa com a rodovia Pontão–Ronda Alta.

Dizendo estarem presentes os pressupostos legais, pediram liminar para reintegrarem-se na posse do imóvel, a qual, contudo, não é de ser deferida. Com efeito, apesar de terem os autores juntado comprovante de terem adquirido a área em questão já há longo tempo e afirmarem sua produtividade, deixaram de demonstrar a adequação legal do exercício do direito de propriedade, através do atendimento da sua função social.

Em primeiro lugar, necessário deixar frisado que, apesar da sua insuficiência – se analisados solitariamente –, os autores deveriam ter acostado aos autos a chamada Declaração de Propriedade (Estatuto da Terra, art. 49), onde

conste o grau de utilização da terra e o grau de eficiência “obtido nas diferentes explorações” (Lei nº 8.629/93, arts. 2º e 9º, em especial). Tais índices, por essas regras, são considerados como graus capazes de orientar o operador do Direito na análise e no juízo da produtividade e do cumprimento da função social da propriedade em questão.

E não o fizeram, como se possível fosse extrair das suas afirmações alguma presunção absoluta de que a propriedade em questão atende a produtividade de que seria socialmente desejada. Por evidente, outrossim, que tampouco a juntada desses documentos poderia modificar esse panorama sem o concurso de outros elementos de prova, já que a correspondência desses dados com a realidade está afeta ao INCRA, e este órgão, como se sabe, tem sido impedido de realizar a tarefa justamente por aqueles que poderiam se beneficiar da fiscalização, quais sejam os proprietários rurais.

De qualquer sorte, sequer esses elementos vieram aos autos, como já dito, inviabilizando uma análise segura quanto à produtividade da área e, de outra, ao cumprimento da função social constitucionalmente imposta a qualquer propriedade – e que não pode ser objeto de singela justificação prévia, já que diverso o objeto. E essa análise faz-se

imprescindível, pois a mera regularidade formal do título de propriedade não impede que o Poder Judiciário – e mesmo a Administração Pública – investiguem a adequação legal do exercício desse direito, quando isso se torne necessário.

No caso dos autos, já referi acima, os autores são proprietários de 11.563.529m², e os requeridos, trabalhadores rurais sem-terra, ocuparam uma área de três hectares (30.000m²), onde instalaram um acampamento na esteira de mais uma manifestação do MST contra a morosidade do projeto de reforma agrária no País e no Estado.

Nessas circunstâncias, vê-se logo, ter-se instalado um conflito entre direitos – o direito de propriedade dos autores e o direito fundamental à vida digna dos requeridos –, o qual deve ser solvido, mesmo que provisoriamente (como é a natureza dessa decisão) através da justa ponderação acerca dos interesses em conflito.

Para tanto, desde logo, necessário reconhecer a total ineficácia dos mecanismos jurídico-processuais tradicionais para a solução adequada e razoável de conflitos coletivos. Efetivamente, sua individualização e atomização não permite sejam eles efetivamente resolvidos, mas apenas afastados, até porque normalmente refletem demandas sociais decorrentes de problemas estruturais e supra-individuais. Em outras palavras: políticos.

De qualquer forma, desaguando o litígio – que é apenas parte do conflito – em demanda judicial, impõe-se seja apresentada uma solução. E esta solução, como em toda atividade jurídica, passa pela interpretação do direito que,

por sua vez, vai transformar as disposições legais na norma do caso concreto.

Pois bem, considerando essa afirmação, necessário ainda referir que a lógica jurídica implica escolha de uma solução entre várias possíveis, e, no caso em exame, tenho que mais justa e coerente com o princípio básico de solidariedade social implica a rejeição do pedido de liminar.

Com efeito, a Constituição da República – através de cuja ótica deve ser interpretado todo o direito posto – estabeleceu um projeto emancipatório que deve ser perseguido pelo Poder Público – em todas as suas esferas de expressão – e pela sociedade, inclusive pelos Juízes no exercício de suas tarefas, visando a estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Tal regra, a toda a evidência, faz repousar o Direito brasileiro na idéia de justiça e de solidariedade, razão de ter sido expressamente funcionalizada a propriedade (art. 5º, XXII e XXIII), dentre outros aspectos que não vêm ao caso examinar nos limites desta decisão.

Portanto, para alguém exigir a tutela judicial de proteção à sua posse ou propriedade, necessita fazer prova adequada de que esteja usando ou gozando desse bem *secundum beneficium sociatatis*, ou seja, de acordo com os interesses da sociedade, e não apenas seus próprios interesses ou de sua família, principalmente, quando o grau de comprometimento desse exercício é diminuto como na hipótese, já que ocupados apenas três hectares no universo da propriedade.

Assim, “se o proprietário não cumpre e não se realiza a função social da propriedade, ele deixa de ser merecedor

de tutela por parte do ordenamento jurídico”¹, desaparecendo o direito de propriedade, consoante afirmação de Pietro Perlingieri, plenamente assimilável no Direito brasileiro como visto acima. Assim, tem-se que a função social passa a ser elemento constitutivo do direito de propriedade, como reconhecido por José Afonso da Silva, ao afirmar que é ela “elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade”².

Por isso a importância da demonstração – *initio litis* – de que os autores observam efetivamente a funcionalização da propriedade se impunha, já que, do contrário, se correria o risco de reintegrar na posse aquele que já não tem mais direito à propriedade.

Ademais, não se pode esquecer que o conflito trazido a exame deste magistrado traduz colisão entre direitos, cuja solução implica – como já dito – ponderação dos interesses em jogo, inclusive mediante a observação da necessária proporcionalidade.

Assim, de um lado, temos o direito de propriedade e o conseqüente prejuízo patrimonial que eventualmente seja causado aos autores pela ação dos requeridos; e, de outro, o direito à vida digna dos requeridos que buscam obrigar o Estado brasileiro a cumprir – com urgência – as tarefas que lhe foram impostas constitucionalmente e que têm sido historicamente postergadas.

Não tenho dúvida de que, havendo necessidade de um desses direitos ser sacrificado, deve ele ser o patrimonial, considerando que a Constituição da República (art. 1º, II e III, e art. 3º) reconheceu aquilo que a doutrina e a jurisprudência alemãs chamam de “garantia estatal do mínimo existencial” ou “garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”. E como garantir esse mínimo sem atentar para a necessidade de preservar os bens fundamentais (trabalho, moradia, educação, saúde) que correspondam à qualidade humana, sem os quais sequer se poderia falar de pessoa, consoante afirmado por Ricardo Luis Lorenzetti³ ?

O faço, assim, tendo em vista que admitir a reintegração de posse nessas circunstâncias implicaria desconsiderar qualquer critério de razoabilidade e em literalmente jogar os requeridos na estrada, submetendo-os aos riscos daí decorrentes, inclusive à sua sobrevivência.

Ademais, não se afiguraria proporcional exigir dos requeridos que deixassem o imóvel – desde logo –, sem que tivessem sido comprovado satisfatoriamente o cumprimento da função social da propriedade em questão e considerando a mínima parcela do imóvel que ocupam, o que certamente não inviabiliza a atividade produtiva dos autores nem coloca em risco sua segurança pessoal ou de seus empregados.

1 – PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione allá Problemática della “Proprietá”*. Apud SILVEIRA, Domingos Dresch da. *A Propriedade Agrária e suas Funções Sociais*. In *O Direito Agrário em Debate*. Livraria do Advogado, POA, 1998, p. 14.

2 – Apud SILVEIRA, Domingos Dresch da. *Op. cit.*, p. 13.

3 – LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. RT, SP, p. 328, tradução Vera Maria Jacob de Fradera.

Por fim, não é demais considerar que a manifestação dos requeridos encontra raízes no exercício da cidadania – como universalidade abstrata reconhecida pelo Estado moderno – contra a insuficiência das ações estatais destinadas a corrigir a grave chaga social da exclusão.

Tal conduta, à evidência, implica tensionamento entre os fatores sociais e políticos, de um lado, e as normas jurídicas, de outro, no sentido de estimular demandas sobre o Poder Público. E tal ação, novamente considerando as tarefas constitucionais impostas tanto ao Poder Público como à própria sociedade e constantemente negligenciadas, implica que, diante do conflito concreto aqui examinado, se considerem as partes com absoluta igualdade, pois “Se o conceito de homem, ou de cidadão, contém em si um valor, então do juízo de igualdade entre os homens, ou entre os cidadãos (dois, alguns ou todos),

deriva a prescrição de tratá-los como iguais, ou seja, de considerar a respeitar em cada homem ou cidadão o valor (ou valores) que leva consigo qualquer outro homem ou cidadão”⁴.

Para considerá-las como tal, impossível agregar à pretensão dos autores qualquer presunção decorrente do título de propriedade, sacrificando-a – mesmo que parcial e provisoriamente – em favor do “mínimo existencial” reconhecido pelo Estado em favor dos requeridos, como decorrência do princípio de solidariedade social albergado pela Constituição da República (art. 3º, I).

Isto posto, *indefiro* a liminar postulada e *determino* a citação dos requeridos, para que contestem, querendo, a presente ação no prazo legal.

Intimar.

Passo Fundo, 17 de outubro de 2001.

Luís Christiano Enger Aires, Juiz de Direito.

4 – BOVERO, Michelangelo. *Sobre los Fundamentos Filosóficos de la Democracia*, in *Diánoia* – Anuário de Filosofia, México, Universidad Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, ano XXXIII, nº 33, 1987, p. 156.

DECISÕES CRIMINAIS

Comarca de Porto Alegre
Juiz prolator: Umberto Guaspari Sudbrack
Data: 29-05-02

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da instrução criminal.

Vistos.

1. Decisão anterior deste Juízo determinou fosse a exordial acusatória emendada, a fim de que mencionados e indicados elementos concretos, relativamente a cada um dos agentes cuja custódia preventiva se pretendia, capazes de justificar e evidenciar ao Juízo o cabimento da medida, sobrevindo a douta manifestação ministerial das folhas que, neste ato, *recebo*, como *aditamento à inicial*.

2. Naquela decisão, procurei demonstrar que uma prisão preventiva, face a seu caráter cautelar, processual, excepcional e grave – pois não amparada em título executivo – exige o rigoroso atendimento a requisitos específicos e concretos. Destaquei a necessidade de proceder-se à subsunção de fatos concretos às molduras legais do art. 312 do CPP. Salientei que, no caso dos autos, o pedido de preventiva, estando plurifundamentado em todas as hipóteses ali previstas – *garantia da instrução criminal, ordem pública, econômica* e para *salvaguarda da aplicação da lei penal* – não exibia, da forma como apresentado, elementos concretos que justificassem, relativamente a cada um dos réus, a providência pedida.

Mencionei, na seqüência, que nada impedia a perfectibilização de todas essas

hipóteses no caso concreto, ressaltando, porém, que era ônus do requerente indicá-las concretamente, vale dizer, por sua base empírica, mesmo que sucinta e objetivamente, indicando, ainda, os respectivos elementos probatórios.

Desta forma, mencionei na parte final daquela decisão: “Assim sendo, determino seja o pedido de preventiva emendado pelo Ministério Público, para o efeito de serem, concreta e especificamente, ainda que de maneira objetiva e sucinta, detalhadas as razões concretas que levam à necessidade de decretar-se a segregação cautelar das pessoas indicadas na exordial, relativamente a cada uma delas, com a indicação de elementos de prova em que se apóiam, voltando, após, com urgência, para reapreciação do pedido”.

3. Visando a atender tal determinação, o aditamento relacionou os réus cuja prisão preventiva é requerida. Como fundamento legal, argumentou que, no caso concreto, a prisão preventiva serviria para “garantir a ordem pública”, bem como para evitar “atentados contra a prova”, não mais sendo mencionada a prisão para garantia da aplicação da lei penal ou da ordem econômica, como, anteriormente, postulado. Restou assim ser analisado se, efetivamente, há demonstração inequívoca e concreta das duas hipóteses invocadas.

4. Antes de proceder a tal exame, urge, contudo, bem fixar em que consiste,

juridicamente, cada uma das hipóteses invocadas (*garantia da ordem pública e da instrução criminal*).

No que se refere à garantia da ordem pública, é certo que, em hipóteses excepcionálíssimas, o *clamor público* pode ser levado em consideração. No entanto, isso não há de ser tomado como regra, como o STF tem acentuado reiteradamente. Nesse sentido, predomina a idéia de que o Poder Judiciário se deve apresentar na sociedade com o equilíbrio, a prudência e a proporcionalidade de suas decisões, pena de deslegitimar-se. A figura do Juiz, doutrinariamente, aproxima-se ao que os processualistas designam por terceiro imparcial, dele exigindo uma atuação técnica, obediente aos valores insertos na Constituição Federal e às leis da República.

A propósito, Antônio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Saraiva, 1991, p. 69), referindo-se aos casos em que efetivamente haja clamor público, assinala: “Parece evidente que, nessas situações, a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação da punição ditada por razões de ordem substancial, e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.

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

“Esta incompatibilidade se revela ainda mais grave, quando se tem em conta

a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplicar o alarme social: aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz, uma medida muito próxima da idéia de justiça sumária [...]”

Por isso, mesmo quando haja *clamor público* – e não há evidências objetivas disso no caso concreto –, o requerimento da medida, fundada na garantia da ordem pública, há de ser avaliado com sensibilidade e cuidado. Como salienta Mirabete (*Processo Penal*, Atlas, 2001, p. 386), amparado em jurisprudência do STF, “não basta à decretação da custódia provisória a simples repercussão do fato, sem outras conseqüências”.

Pelo contrário, deve o requerente da prisão preventiva fundada na ordem pública não se restringir à invocação da própria hipótese delituosa: fosse assim, ter-se-ia, quase, prisão preventiva automática, em todos os delitos que causassem ou repercussão pública, ou fossem, intrinsecamente, graves. No entanto, assim não pode dar-se: é preciso que, além da gravidade do crime, outros elementos, avaliados no caso concreto, se façam presentes e demonstrados, como, além dos julgados referidos na decisão anterior, assim, pronunciou-se o STF: “(...) Prisão preventiva: fundamentação inidônea. Não bastam a justificar a prisão preventiva nem o cuidar-se de acusação de crime qualificado de hediondo, nem a invocação do clamor público, nem a alusão à conveniência da instrução, quando não indicada a sua base empírica” (HC nº 80.064-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão).

No que se refere à garantia da instrução criminal, avulta, naturalmente, o

assegurar-se a prova. Em casos tais, deverá o interessado demonstrar e comprovar, inequivocamente, em que medida, no caso concreto, a liberdade do acusado poderá impedir, adulterar ou inviabilizar a prova, a ser realizada naquela instrução criminal, para os fins daquele processo, não de outros. São os casos, por exemplo, de ameaças a testemunhas do caso, intimidação de terceiros que podem esclarecer a verdade, destruição de documentos que serão utilizados no processo, tudo comprovado, ainda que de modo perfunctório.

Dentre todas, é a hipótese que mais guarda nexos de instrumentalidade com o processo, como assinala Antônio Alberto Machado (*Prisão Preventiva*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1993, pp. 61-2): "...de todos os objetivos colimados pela prisão preventiva, a conveniência da instrução criminal é aquele que mais destaca o seu caráter instrumental. Ensina Campos Barros que a conveniência da instrução criminal tem função dúplice: a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita da prova, dificultando a descoberta da verdade. Portanto, essa finalidade da prisão preventiva relaciona-se, estreitamente, com a atividade probatória no processo".

Logo, sob esse viés e como foi salientado na decisão anterior, imperioso que o Ministério Público afirmasse e evidenciasse ao julgador, ainda que objetivamente, quais os atos, praticados ou a serem praticados pelos acusados, que estariam a interferir na colheita da prova, repito, da prova a ser produzida nestes autos, pois, como salientado, a medida é instrumental, vale dizer, tem

caráter processual e está relacionada com a acusação deduzida no processo em que requerida, ou seja, este.

Feitas essas observações, acompanho, então, o detalhamento na ordem em que o manifesta o culto Órgão Ministerial, para verificar, fundamentadamente, se, em relação aos ali nominados, as alegações e evidências oferecidas podem justificar a prisão, na forma como ela foi requerida.

4.1. E. P. P.: sustenta a promoção ministerial que ele seria o "líder da organização criminosa", detendo o domínio final das ações do "Grupo da Sorte", sendo, inclusive, o mandante de homicídios. Assinala que, em função disso, chegou a ser decretada a prisão de outro acusado, de nome K.

No que se refere ao acusado sob análise, a condição de *líder da organização criminosa* que se lhe atribui na denúncia, ou o domínio final da alegada organização criminosa, por si só, não justifica a medida, sob o ângulo da ordem pública. Na verdade, tal assertiva é o núcleo da acusação: poderá restar provado, ou não, que tal organização existe, que o acusado E. é seu líder e está a operar na forma descrita. Mas da própria acusação, mesmo que grave, retirar fundamento para a decretação da preventiva, *data venia*, não é possível.

Outrossim, com relação a alguma prova a ser assegurada com esta prisão, nada é dito. Referências existem, sim, mas a processos outros. Todavia, a medida cautelar, neste ponto, há de guardar, como afirmado, estrita referibilidade à prova a ser produzida. Não é possível ao magistrado deferir, aqui, prisão preventiva, porque em outro

processo poderia haver prejuízos instrutórios, mormente quando o que se alega é uma hipótese pretérita cuja solução judicial sequer foi apresentada.

Indefiro, assim, a prisão preventiva deste acusado.

4.2. E. L. O. P.: a alegação do requerente resume-se à circunstância de que este seria “filho do primeiro analisado”, pelo que disso poderia deduzir-se que “nos moldes das famílias mafiosas representa a sucessão do pai na senda criminosa”.

As condições familiares mencionadas – ser filho do primeiro analisado, representar sucessão na organização criminosa descrita na inicial – com o devido respeito, não se apresentam suficientes aos objetivos pleiteados, nada acrescentando de relevante.

Indefiro, assim, a prisão preventiva deste acusado.

4.3. T. C., V. A. R., J. C. C. F. e A. S. S.: novamente, o requerente afirma ser “claro que integram a cúpula da organização criminosa, sendo que deliberam e decidem sobre o pagamento de propinas e sobre ações efetivas para a segurança de suas atividades”.

Como já assinalado na decisão inicial deste Juízo, há, na passagem, elementos genéricos, abstratos que poderiam servir em qualquer processo em que há imputação de organização criminosa. Nada de concreto e, mais importante, nenhum segmento de prova ou elemento indiciário é apontado, ao Juízo, para que possa ser inclusive fundamentado o dito decreto, de modo específico e concreto. Não é suficiente dizer que “é claro” que isso ou aquilo ocorre. Precisa ser apontado e demonstrado com

base em prova. Não é possível decretar a prisão preventiva acolhendo o fundamento de que “é claro” que praticarão crimes.

Com relação a V., afirma-se já ter ele respondido “pelo delito de homicídio”. Ser acusado de homicídio, conquanto grave, não pode ser, segundo alguns, objeto de consideração até mesmo para a qualificação dos antecedentes, quando menos para fundamentar decreto de custódia preventiva. Não se traz, a propósito, qualquer elemento adicional, nem mesmo o resultado de tal processo. Ademais, não é possível, aqui, decretar-se medida constritiva da liberdade, porque houve outro processo ou acusação.

Em relação a J. C., particulariza-se sua conduta sob a alegação de que “exerce influência forte no segmento de caça-níqueis”. Tal circunstância, genérica a mais não poder, evidentemente, não justifica a medida visada.

De modo que *indefiro a prisão preventiva dos acima mencionados.*

4.4. L. F. S.: afirma-se ter “larga atuação no crime organizado”, tendo enriquecido “explorando o Jogo do Bicho”. Acrescenta que esta atividade foi mantida “graças à corrupção policial disseminada e, em casos em que o poderio econômico se torna ineficaz, a organização chega a matar para preservar sua atividade e seu lucro”.

A exibição de evidências de que poderia algum integrante matar para assegurar a prática delituosa, amparada em prova concreta, poderia, em tese, justificar medida como a postulada, face à sua gravidade e hediondez. Mas não é isso o que se afirma com relação a

este acusado: afirma-se que “a organização chega a matar para preservar sua atividade e seu lucro”. Novamente, não se sabe por que e a quem se refere o pedido, nem quem, exatamente, deve ser preso, ônus que incumbe à acusação e não pode ser transferido para o magistrado, nem suportado por todos, indistintamente, à falta dessa indicação. Nem mesmo prova pertinente foi indicada ao Juízo, malgrado a concitação anterior nesse sentido.

Indefiro, assim, a prisão preventiva deste acusado.

4.5. V. N., M. G. S. E. e J. I.: a assertiva apresentada é a de que “integram o Grupo da Sorte e foram indiciados pela morte de ‘Z. M.’”. Como já assinalai, ao tratar do pedido relativo ao réu V., ser acusado de homicídio, conquanto grave, não pode ser, segundo alguns, objeto de consideração até mesmo para a qualificação dos antecedentes, quando menos para fundamentar decreto de custódia preventiva. Não se traz, a propósito, qualquer elemento adicional, nem mesmo o resultado de tal processo. Ademais, não é possível, aqui, se decretar medida constritiva da liberdade, porque houve outro processo ou acusação.

Indefiro, assim, a prisão preventiva deste acusado.

4.6. G. S.: a circunstância invocada é a de ser “filho do denunciado A.” e que “do mesmo modo que os P., representa a sucessão na senda criminosa”. Como já mencionei, ao examinar o pedido relacionado ao denunciado E., as condições familiares mencionadas – ser filho do primeiro analisado, representar sucessão na organização criminosa des-

crita na inicial – com o devido respeito, não se apresentam suficientes aos objetivos pleiteados.

Indefiro, assim, a prisão preventiva deste acusado.

4.7. M. O. P.: afirma o requerente que a denunciada é conhecida pela alcunha de “V. D.”, sendo “esposa de E. e mãe de E. L.”. Seria ela a “gerente administrativa da organização criminosa denunciada”.

Com a máxima vênia, não é possível se deferir prisão preventiva porque alguém é parente, próximo ou não, de acusados. A pena ou qualquer medida não pode passar da pessoa acusada. Outrossim, a aventada condição de *gerente administrativa* da organização criminosa denunciada nos autos apenas explicita a atuação da acusada no contexto dos fatos já denunciados, vale dizer, não se demonstra o porquê da necessidade de sua prisão nem os elementos de prova para tanto, razão pela qual *indefiro a prisão preventiva desta acusada*.

4.8. K. A.: afirma-se que o réu “é apontado pela morte de L. C. G. S.” e que “tem postura operacional, atuando de modo ostensivo em pontos e ante arrecadadores”.

Quanto ao fato de ter sido “apontado” como autor de homicídio, reporto-me para as observações já lançadas a esse respeito, acrescentando que sequer é mencionada a instauração de algum procedimento, policial ou judicial, em que essa conjectura tenha sido objeto de acusação formal. Já a referida “postura operacional” pouco acrescenta ao fato denunciado, não revestindo a concretude necessária e já apontada na decisão anterior deste Juízo para a decretação pretendida.

Indefiro, portanto, a prisão preventiva deste acusado.

4.9. O. M.: afirma-se ser ele “dos mais antigos exploradores do Jogo do Bicho”. Isso não configura elemento bastante para a decretação da preventiva, sendo apenas mais um dado cronológico a respeito do próprio fato criminoso denunciado, não tendo relação hipotética com um pedido de prisão preventiva fundado na garantia da ordem pública ou no interesse da instrução criminal.

Indefiro a prisão preventiva.

4.10. S. e R. M.: a alegação é de serem “pai e filho respectivamente” e que “no mesmo molde dos P. e dos S., já possuem a linha sucessória representada na organização criminosa”.

Evitando tautologia, reporto-me para as considerações já tecidas a esse respeito. Acrescenta-se, ainda, que “R. tem especial atuação na ligação”, frase que se encontra incompleta, nada acrescentando de particular à atuação de R., pelo que igualmente *indefiro a prisão preventiva dos mencionados.*

4.11. N. N. F.: afirma-se que ele é “efetivo na coleta dos recursos para propinas”, deixando-se de evidenciar, novamente, o porquê de sua prisão sob os requisitos já referidos, donde, à falta de concreção, também *indefiro a sua prisão.*

4.12. E. T.: rigorosamente, nada é dito a respeito desse acusado, senão o fato de que ele “integra o Grupo da Sorte, beneficiando-se da segurança institucionalizada pela organização, através de propinas e atos violentos”. Não é mencionado, porém, um único exemplo, com base na prova, de ato violento,

ou, novamente, por que deve ser preso preventivamente.

Da análise feita, reforça-se a conclusão de faltar base empírica ao provimento em questão, o qual resta, assim, inviável nos moldes requeridos, pelo que vai indeferido.

5. O exame das circunstâncias expostas na emenda à exordial reforçou a convicção inicial deste Juízo quanto à inviabilidade, tal como pretendido, de se decretar, neste momento, a prisão preventiva dos acusados, à falta de elementos concretos de convicção, à falta de efetiva particularização das evidências e motivos que a tanto pudessem conduzir, como já referido.

Não obstante, ao final de seu requerimento, afirma o *Parquet* um fato que se reveste de gravidade. Urge transcrevê-lo: “Portanto, todos integram a organização criminosa que chega ao requinte de convocar uma greve em face da repressão policial, onde utilizariam até mesmo a eliminação como meio coercitivo de arrecadadores que não obedecessem ao comando, conforme referido na matéria jornalística aos autos”.

Tal matéria jornalística já havia sido invocada na denúncia. Como ali se pode ler, foi publicada em novembro de 2001, ou seja, há praticamente sete meses, sendo que a denúncia é de maio de 2002. Naquela matéria, diz a denúncia, os acusados “avisaram apontadores do jogo na capital de que não havia data para voltarem a trabalhar, dizendo que eles não estavam liberados para passarem a trabalhar com concorrentes, pois, nesse caso, a desobediência pode acarretar represálias, como queima do estabelecimento, espancamento do dono ou

até sua eliminação” (folhas...). Trata-se de fato gravíssimo, a merecer exame.

Ora, mesmo que se pudesse conferir à matéria jornalística a qualidade de *justa causa* para deferir uma prisão preventiva, em lugar da prova ou da investigação formal a ela vinculada, o que me parece altamente discutível, o fato é que se trata de uma conjectura pretérita (de novembro de 2001). Medida judicial que se amparasse em notícia ou ameaça veiculada em jornal e, mais do que isso, veiculada há sete meses, para, com isso, dar por demonstrada a urgência e a necessidade de uma prisão cautelar, mormente quando a autoria desta é inespecífica e são denunciadas aqui diversas pessoas, seguramente, não é obediente à Constituição Federal, o que faz com que a invocação, despida de outros elementos, da referida matéria, por mais qualificada e respeitável que seja a publicação, não se apresente ao menos bastante ao desiderato pretendido.

6. Ainda com relação à dita notícia, cumpre referir que o trabalho da imprensa é, hoje, indispensável e necessário à sociedade como um todo. O trabalho da imprensa tem motivado investigações relevantes e sérias, tem colaborado com a descoberta da verdade, tem alertado a sociedade para questões fundamentais que lhe interessam, tem rompido o imobilismo, sendo, portanto, uma função essencial, devendo ser louvada, prestigiada e defendida.

No entanto, não é possível, tecnicamente e a meu juízo, que uma notícia, por mais qualificada que seja, tome o lugar da investigação, onde esta é de rigor. A notícia pode, sim, e é saudável que isso ocorra, desencadear uma in-

vestigação, vale dizer, acionar o trabalho dos órgãos incumbidos da repressão. Mas não pode, em isso tendo ocorrido, tomar o lugar da própria investigação formal ou suprir deficiências da investigação que tenha sido conduzida, a partir da denúncia jornalística, pois a lei não o permite.

Embora raros os pronunciamentos judiciais pertinentes ao tema, encontro, na jurisprudência, recente decisão judicial que vale citar, inclusive por sua pertinência à hipótese: “Penal. Denúncia inepta. Foto sensacionalista de jornal. Processo da competência do júri popular. Lesão ao princípio do contraditório. Descrição deficiente dos fatos. Ordem parcialmente concedida.

“1. (...). 2. O que não pode a denúncia é incorporar, como segunda página, notícia sensacionalista de jornal da cidade, produzida sem que houvesse oportunidade de contraditório e defesa, e que influenciará, obviamente, na convicção dos jurados.

“3. O poder da imprensa não pode contaminar o processo judicial, que se baseia na discricção, e, em especial, existe como garantia do cidadão contra a prepotência do Estado.

“4. Os precedentes do STF têm afastado a influência exercida pelos meios de comunicação que esperam do Judiciário brasileiro um sistema de lei e ordem. A hipótese dos autos vai além, porque excede o terreno da influência de convencimento, autorizando que a intromissão se concretize dentro dos autos, colaborando para uma acusação fora dos parâmetros aceitáveis, segundo o art. 41 do CPP” (HC nº 2002.04.01.009198-9-RS, 7ª Turma do TRF-4ª, Rel. Des. Fábio Rosa).

Esse ilustre julgador, ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, faz considerações que não me furto de invocar, porque versam, precisamente, sobre a prisão preventiva, e enfrentam a parte final do pedido de preventiva deduzido, a meu ver, inadequada, em que se sustenta que “ao magistrado, na presidência do processo criminal, compete sempre reforçar a imagem do Poder Judiciário como garantidor dos direitos sociais (...)”, invocando-se precedente, no qual são feitas referências ao “impacto social”, à “credibilidade da justiça na comunidade” como motivos capazes de justificar tal prisão.

O aludido voto do Des. Fábio Rosa menciona o seguinte sobre tais invocações: “... no HC 81148/MS, julgado em 11-09-01, pela 1ª Turma do STF, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou: ‘3. Constitui abuso da prisão preventiva – não tolerada pela Constituição – a sua utilização para fins não cautelares, mediante apelo à repercussão do fato e à necessidade de satisfazer a ânsias populares de repressão imediata do crime em nome da credibilidade do Poder Judiciário: precedentes da melhor jurisprudência do Tribunal’.

“Também a 2ª Turma do Excelso Pretório, no HC 80.719/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello, julgado em 26-06-01, assim se manifestou: ‘A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento

de direitos e garantias fundamentais proclamadas pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem’.

“A repressão à criminalidade há de ser séria e efetiva com o fim exclusivo de garantir a segurança pública. Atropelar as garantias individuais, porém, gera a mais perigosa insegurança ao cidadão”.

Do exposto, creio não ser possível, tal como o pedido restou formulado, deferi-lo. Não vislumbro, no presente caso, o aventado clamor público. Não considero, ademais, que, mesmo quando existente, seja ele suficiente, do ponto de vista jurídico, para sustentar decreto dessa natureza.

Refiro, mais uma vez, que nada impede que, em momento outro e com fundamentos e demonstrações mais apropriados, venha a ser decretada tal medida, como, sabidamente, pode sê-lo, a qualquer tempo (art. 311, parte inicial, do CPP). Tal seria a hipótese, por exemplo, de que testemunhas viessem a sofrer indevida influência no curso do processo, de que elementos probatórios viessem a correr risco de periclitamento, de que houvesse indícios concretos de fuga dos réus ou de que crimes outros, tais quais os mencionados, viessem a ser praticados, prometidos ou tentados, para o que este Juízo estará atento.

Apenas, como já salientei, bem mais prejudicial ao Poder Judiciário é a decretação de uma prisão preventiva, para que seja, logo adiante, cassada pelos Tribunais Superiores, do que seu indeferimento *ab initio*, quando o pedido para tanto apresentado, mesmo após concitação judicial, no sentido de seu aperfeiçoamento, resta por não apresentar, ao magistrado, condições técnicas e

concretas de ser deferido, hipótese que, a meu ver, é a dos autos, malgrado a gravidade das imputações denunciadas.

7. *Face ao exposto*, recebo a promoção das folhas como aditamento à inicial e indefiro o pedido de prisão preventiva deduzido.

Intime-se o Ministério Público. Após, voltem para designação do interrogatório dos acusados.

Demais diligências.

Porto Alegre, 29 de maio de 2002.

Umberto Guaspari Sudbrack, Juiz de Direito.

Processo nº 02100648600
Comarca de Passo Fundo – 1ª Vara Criminal
Autor: Ministério Público
Réu: V. D. S., vulgo “N. J.”

Inconstitucionalidade da figura do assistente de acusação.

Vistos.

Compulsando os autos e meditando sobre o tema da assistência à acusação e sobre a (escassa) doutrina escrita, chego à conclusão que se deve expurgar do processo penal a figura do assistente à acusação, por sua flagrante inconstitucionalidade. Passo a justificar, ainda que sucintamente, como segue.

A figura do assistente à acusação, também chamado assistente do Ministério Público no processo penal, está disciplinada nos arts. 268 a 273 do CPP. Todos eles são inconstitucionais, a partir da vigência da Carta Magna de 1988.

Ocorre que a Constituição Federal, em seu art. 129, inc. I, estabeleceu como função institucional do Ministério Público “promover, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei”.

A Constituição Federal, operando profundas mudanças no processo penal, terminou com a chamada “ação penal pública *ex officio*”, que anteriormente era iniciada por portaria judicial ou policial, ou através de prisão em flagrante. A opção do constituinte foi clara e desejada no sentido de dar maior publicização do processo penal, estabelecendo ao órgão estatal apropriado (o Ministério Público) o completo monopólio sobre a ação penal pública.

Mais, em só uma situação existe a possibilidade de atuação da parte privada no campo da ação penal pública, que é monopólio do Ministério Público: em caso de ação penal privada subsidiária da pública, art. 5º, inc. LIX, da CF. Mas, neste caso, o que se tem é uma falta de ação do Ministério Público. Gize-se que são extremamente raros, diria até inexistentes, casos de ação penal privada subsidiária da pública. Contrariamente ao aqui previsto na ordem constitucional, o que se tem, no processo penal, é uma presente, firme e combativa atuação do Órgão Ministerial.

Assim, é argumento de que autorizar a atuação da parte-vítima (ou seu representante) no processo penal, ao lado do já atuante e bastante órgão do Ministério Público, feriria o princípio da proporcionalidade que também rege o processo penal, ao lado do Direito Penal. Haveria excesso de acusação, e até desvio acusatório, pois, sem qualquer demérito ou preconceito para a vítima, seus interesses são sempre particulares, emocionais e carregados de vingança.

O argumento de que a parte privada deve discutir, na ação penal, o direito indenizatório (*an debeatur*), legitimada pelo interesse patrimonial, também não convence, porque terá ela a oportunidade de (se for o caso) executar a ação penal condenatória, podendo, se preferir, discutir o mérito de sua preten-

são com o ingresso no juízo cível (aqui com maior amplitude, pois é sabido que a culpa civil é mais ampla que a penal).

Pragmaticamente surge outro argumento inquestionável, o de que ainda aceitando a figura do assistente ao Ministério Público estaria o Estado admitindo deficiências em seu próprio órgão de acusação, colocando o Ministério Público sob a desconfiança de um precário desempenho na realização da pretensão punitiva, pois somente o Estado, titular do *jus puniendi*, tem interesse na aplicação da pena. Volta-se a argumentar, é legítimo o interesse de vingança privada e indenizatório do particular-vítima, porém, seu campo de discussão deve ser limitado ao juízo civil.

Esta tese, da inadmissibilidade do assistente particular, é correta pelo argumento jurídico e também pelo argumento sociopolítico. Streck¹ diz, com propriedade: “não se pode admitir, no momento em que se caminha mais e mais em direção ao Direito Público, um retrocesso que sustente aspectos privados no processo penal.

A figura do assistente de acusação é condizente com um modelo de direito liberal-individualista, de cunho ordenador, instituído em dado momento histórico. Com o advento do estado democrático de direito, o direito passa a ter um perfil promovedor-transformador; por isso a defesa do direito individual deve dar passagem à defesa dos direitos sociais e coletivos”.

Um dos precursores na defesa da dita inconstitucionalidade foi o jurista Marcellus Polastri Lima (*A Assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988*, em *Livro de Estudos Jurídicos*, nº 03, IEJ), o qual, com a concordância de Lenio, disserta que a inconstitucionalidade deve ser entendida como a não-recepção, pela Carta Federal, dos dispositivos do Código de Processo Penal, que regulavam a figura do assistente particular.

Ainda, aos argumentos que defendem a figura do assistente, apenas limitando sua atuação como coadjuvante do Ministério Público, e não como parte, é de se contrapor que é exatamente aí que vem ferido de morte o princípio da proporcionalidade, que acolhe também o princípio da igualdade constitucional.

Seriam dois órgãos acusando contra uma única parte-ré, o que quebra a igualdade. Ademais, seria contraproducente e desnecessário admitir-se um órgão acusador auxiliar, quando o Ministério Público, dotado de estrutura e preparo ímpares, desempenha com maestria não só a função acusatória, mas, também, a de fiscal da lei.

Por derradeiro, o registro de que, pela nova hermenêutica constitucional que deve nortear todos os demais ramos do Direito, inclusive o Direito Penal e Processual Penal (a Constituição traz a base axiológica de todos os ramos do Direito), é obrigação do Juiz, e, mais ainda, do Juiz criminal, fazer uma

1 – STRECK, Lênio Luiz. Em *A Inconstitucionalidade do Assistente de Acusação no Processo Penal em Face da Constituição de 1988*, IX Congresso do Ministério Público. Salvador: 1992, Livro de Teses, Tomo II.

jurisdição constitucional plena. Isso implica a obrigação da declaração de inconstitucionalidade de lei no caso concreto.

Usando da lição de Michel Temer², tem-se que, neste caso, está-se a fazer o controle difuso da constitucionalidade, ou usando a via de exceção para controlar a constitucionalidade. O autor explica que tal forma de controle tem as seguintes peculiaridades: “a) só é exercitável à vista de caso concreto, de litígio posto em juízo; b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre as partes; c) não é declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas de exigência imposta para a solução do caso concreto; d) a declaração, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, conseqüência”.

Não é outra a orientação de Streck³, o qual, distinguindo a noção de vigência e validade (a lei válida = norma é a regra positivada vigente que já passou pelo filtro hermenêutico constitucional), diz: “de qualquer sorte, é importante registrar que, muito embora o controle difuso de constitucionalidade esteja presente entre nós desde a Constituição de 1891, passados, pois, tantos anos, ainda não se pode dizer – nem de longe – que os operadores jurídicos tenham se dado conta da importância desse instituto. *A área de conhecimento que menos tem recepcionado o instituto é a do direito penal.* Com efeito, é praticamente impossível encontrar incidentes de

inconstitucionalidade relacionados à matéria penal. *Uma das causas desse uso rarefeito advém da própria crise que atravessa a dogmática jurídica, que (ainda) confunde vigência com validade, dando a esses dois âmbitos o mesmo status jurídico”.*

A conclusão a se chegar é pela inadmissibilidade da figura do assistente da acusação no processo penal. Em epítome, os fundamentos para rechaçar tal figura são, como postos, a inconstitucionalidade dos arts. 268 a 273 do CPP, os quais perdem a sua *validade* pelo confronto com a norma constitucional do art. 129, inc. I, e também porque ofendem os princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade.

Com base em tais argumentos, decido rejeitar a figura do assistente da acusação, não a admitindo neste Processo nº 02100648600, onde figura como réu V. D. S. Indefiro, pois, a permanência da habilitação de assistência à acusação, devendo esta ser retirada dos autos. Declaro, neste caso concreto, a inconstitucionalidade dos arts. 268 a 273 do CPP, declarando-os (inobstante vigentes) inválidos, pois não recepcionados pela Constituição Federal, em seu art. 129, inc. I, e pelos princípios da proporcionalidade e da igualdade.

Intimem-se.

Diligências legais.

Em 1º de novembro de 2002.

Jorge Anísio Teixeira Kurtz, Juiz de Direito.

2 – TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 10ª ed., Malheiros, p. 43.

3 – STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Livraria do Advogado, 2002, pp. 389/394.

ÍNDICE

SENTENÇAS CÍVEIS

A

Ação civil pública. Multas. Controladores eletrônicos (lombadas eletrônicas e pardais) instalados em desacordo com as resoluções do DENATRAN 54

Ação de cobrança. Seguro de vida contratado pelo pai, tendo em vista beneficiária guardiã da filha caçula. Direito dos demais filhos sobre a indenização. Investigação sobre a intenção do segurado..... 11

Ação de reparação de danos. Interdição pela vigilância sanitária. Divulgação. Responsabilidade civil do Estado. Danos de imagem. 38

D

Direito Societário. Anulação de decisão tomada em assembléia geral extraordinária. Compensação de prejuízos contábeis com a conta do capital social..... 82

I

ICMS. Substituição tributária. Preço praticado na operação final inferior ao presumido. Pagamento a maior do imposto. Possibilidade de compensação. 74

IPTU. Progressividade ou proporção progressiva ou graduada. Município de Porto Alegre. Constitucionalidade..... 60

M

Mandado de Segurança. Conselho tutelar. Período máximo de mandato. Direito de reconduções/reeleições 29

Multa. Controlador eletrônico. *Vide* Ação civil pública

P

Partilha. Amigável. Ação de anulação 15

R

Responsabilidade civil do Estado. Serviços de segurança. Omissão. Declaração pública de agente político do Estado. Danos materiais e morais 87

U

União estável. Coabitação por mera conveniência econômica. Entidade familiar de exceção. Reconhecimento de ordem pública. Atenção a regras mínimas estabelecidas para o casamento 32

União estável. Conseqüências econômicas. Partilha de bens pelo falecimento de um dos conviventes. Processos conexos promovidos pelas pretensas companheiras. Requisitos 22

SENTENÇAS CRIMINAIS**C**

Casa de prostituição. Descriminalização social. Favorecimento à prostituição. Ciência na menoridade da pessoa atraída 127

E

Estelionato. Instituto da doação. Liberalidade não condicionada a fins.... 131

H

Homicídio. Desclassificação. Infanticídio. Participação nos delitos impróprios omissivos..... 111

L

Latrocínio. Desclassificação. Ausência de dolo e culpa quanto ao evento morte. Favorecimento real 115

P

Pronúncia. Natureza jurídico-processual. Delação. Alibi. Inquérito policial como mera peça informativa. Qualificadoras. 136

DECISÕES CÍVEIS**C**

Carta precatória. Recusa de cumprimento. Medidas socioeducativas ... 164

M

Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). *Vide* Posse

P

Pátrio Poder. Ação de destituição. Ministério Público. Pedido de manutenção de abrigo determinado pelo Conselho Tutelar desacompanhado de pedido formal de suspensão do pátrio poder..... 160

Processo de destituição. Medida de abrigo aplicada pelo Conselho Tutelar. Falta de motivação e comunicação. Ilegalidade. Pressupostos para aplicação da medida pelo Juiz	166
Posse. Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). Interdito proibitório. Invasão	151

R

Reintegração de posse. Liminar. Imóvel rural. Propriedade produtiva. Adequação legal do exercício do direito de propriedade não-demonstrada. Função social.....	168
---	-----

V

Vaga escolar. Requisição judicial.....	162
--	-----

DECISÕES CRIMINAIS

A

Assistência à acusação. Figura do assistente à acusação. Inconstitucionalidade.....	184
---	-----

P

Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e da instrução criminal	175
---	-----