



# Sentenças

e Decisões de Primeiro Grau

Rio Grande do Sul  
2003



PODER JUDICIÁRIO



**AJURIS**  
Associação dos Juizes do RS

**9/10**

Porto Alegre – Junho / Dezembro de 2003

**EXPEDIENTE:**

**Coordenação-Geral:** Dr. Rodrigo de Azevedo Bortoli  
*Secretária:* Daniela Bueno

**Planejamento e Elaboração:** Daniela Bueno e Sandra Flores.

**Índice da Revista Sentenças:** Marília de Oliveira Santos

**Capa:** Pedro Lima – Actual Informática

**Revisão de Texto:** Prof<sup>a</sup> Irene Katter Hack Tavares

**Editoração e Impressão Gráfica:** Departamento de Artes  
Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Sentenças e Decisões de Primeiro Grau : Rio Grande do Sul / [ publicada por ] Poder Judiciário a 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)

---

---

# SUMÁRIO

---

---

Composição do Tribunal de Justiça .....	5
Composição da Associação dos Juízes .....	5
Editorial .....	7
Sentenças Cíveis .....	11
Sentenças Criminais .....	135
Decisões Cíveis .....	185
Decisões Criminais .....	227
Índice .....	233



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

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

**ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL**

**BIÊNIO 2002–2003**

**CONSELHO EXECUTIVO**

Desembargador José Aquino Flôres de Camargo – Presidente  
Desembargador Carlos Rafael 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

---

---

### CONSOLIDAR INOVANDO

Em um universo de múltiplas e reconhecidas publicações, o desafio de fazer uma revista com decisões e sentenças de Primeiro Grau quase beira a aventura, o que não necessariamente significa irresponsabilidade, podendo constituir-se na descoberta de um novo e importante espaço.

Mas para isso ser possível é necessário que se opere com autonomia, determinação e segurança, pressupostos estes abundantemente experimentados durante estes dois últimos anos, sobretudo pela compreensão do Presidente Aquino, acerca da radicalidade democrática e de pluralidade que se pretendia estabelecer, e da Vice-Presidente Elisa, no tocante às necessidades de alguns “novos vôos”.

Foi neste contexto que a Revista não só mudou de capa e de nome, mas, destacadamente, passou a incluir em seu corpo decisões interlocutórias, primando pelo ineditismo das realidades fáticas e jurídicas expostas nos trabalhos dos Juízes e das Juízas do Rio Grande do Sul.

Com este mesmo propósito foram estabelecidas algumas relações com colegas e associações de outros Estados da Federação, processo este que restou incompleto e que, então, fica para a nova gestão.

Assim, operou-se a busca da consolidação deste novo espaço com sua concomitante inovação, na perspectiva de, cada vez mais, tornar esta publicação um espaço singular da produção jurídica e judiciária nacional e, conseqüentemente, em mais um instrumento na luta de fortalecimento da Magistratura de 1º Grau, tão desvalorizada nos tempos atuais.

André Luís de Moraes Pinto, Luís Christiano Aires e Rodrigo Bortoli  
Conselho Editorial





---

---

# SENTENÇAS CÍVEIS

---

---



---

**Processo nº 14.241 - Ação de Indenização por Ato Ilícito****Comarca de Vacaria****Autores: A. O.; S. F. N. C.****Réus: A. A. T.; J. B. V. e Hospital N. S. O.****Juiz Prolator: Leandro Raul Klippel****Data: 26 de janeiro de 1999.**

---

*Indenização por ato ilícito. Atendimento médico. Responsabilidades. Indenizações.*

Vistos.

A. O. e S. F. N. C. ajuizaram *Ação de Indenização por Ato Ilícito* contra A. A. T., J. B. V. e Hospital N. S. O. narrando que possuíam um filho de nome J. C. O., o qual faleceu quando contava com 7 (sete) meses de idade. No dia 10 de janeiro de 1996 tal criança foi conduzida pelos requerentes até o Hospital N. S. O.. Neste local mantiveram contato com a enfermeira, já que o médico pediatra de plantão se encontrava em sua residência. Mesmo chamado pelo telefone, o requerido A. não compareceu ao hospital para prestar o devido atendimento médico. Então se dirigiram ao Serviço de Atendimento Médico Municipal - SAMM, onde foram atendidos pelo médico J., sendo prescritos medicamentos e em seguida liberados. Tal profissional disse ainda que, como não fazia parte do corpo clínico do hospital, não poderia dar baixa a J.. Por volta das 6h10min do dia seguinte, como não havia melhora do estado de saúde de J., os requeridos voltaram ao hospital. Novamente a enfermeira telefonou para o requerido A., narrando que o filho dos autores estava muito mal. Então tal requerido compareceu ao hospital. Entre-

tanto, J. veio a falecer minutos depois da chegada do médico. Requereram a condenação dos réus ao pagamento de uma pensão mensal no valor de 3 (três) salários mínimos até a data em que o menor completasse 72 (setenta e dois) anos de idade, bem como uma indenização pelo dano moral.

Citados, os requeridos ofereceram contestação. O Hospital N. S. O. argüiu em preliminar a sua ilegitimidade passiva, dizendo que o plantão não lhe pertence, sendo um sistema adotado pelos médicos, que lhes facilita as atividades. O hospital não colaborou em nada para o sucedido, pois tudo resultou de culpa autônoma do médico. Mencionou também que o menor não estava internado no estabelecimento, bem como que o médico A. tem nenhuma vinculação hierárquica com a instituição hospitalar. No mérito, reiterou os argumentos já expendidos, dizendo que quem falhou no exercício de sua profissão foi A.. Impugnou também os pedidos dos autores.

O requerido J. também ofereceu resposta, dizendo que somente em 23 de fevereiro de 1996 foi deferido o seu ingresso no corpo clínico do hospital. Portanto, na data dos fatos, não era permitido a tal contestante proceder internações neste hospital. Quando J. foi levado ao SAMM, local onde o requerido

prestava atendimento, foi prontamente atendido, sendo ministrado alguns medicamentos e receitados outros que não havia no local, sendo orientado que a administração dos remédios deveria ocorrer o mais breve possível. Informou também aos requerentes que não poderia proceder a internação de J.. Por fim, disse que não houve imperícia em sua atuação.

Por sua vez, o requerido A. também apresentou contestação, narrando que pertence ao corpo clínico do hospital. No dia dos fatos estava de sobreaviso, isto é, era o médico de plantão, mas não tinha necessidade de permanecer no local. Confirmou que no dia dos fatos recebeu telefonema da atendente de enfermagem do ambulatório do hospital. Como não foram confirmados os sinais que indicassem emergência, recomendou que os requerentes encaminhassem J. para o SAMM, onde receberiam o atendimento que solicitavam. Disse também que não há nexos de causalidade entre o não atendimento de J. durante a noite e seu falecimento ocorrido na manhã seguinte. Afirmou ainda que qualquer médico poderia determinar o internamento do menor, caso fosse necessário, o que não foi feito pelo médico J. porque o caso não reclamava tal providência. Mencionou ainda que os requerentes não ministraram todos os medicamentos prescritos pelo médico J.

Em réplica, os requerentes reiteraram os termos da inicial. Seguiu-se nova manifestação dos requeridos. Em despacho saneador, foi afastada a preliminar de ilegitimidade passiva do Hospital N. S. O., sendo interposto agravo retido desta decisão. Realizada audiência de

instrução, na qual foram tomados os depoimentos pessoais das partes, bem como das testemunhas arroladas. Foram juntadas cópias de depoimentos prestados ao processo criminal a que responde o requerido A.. Em alegações finais na forma de memoriais, as partes analisaram a prova produzida e requereram a procedência de seus argumentos expendidos durante a fase postulatória. Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Não há preliminares a serem enfrentadas uma vez que o despacho saneador de fl. 139 afastou a questão relativa à preliminar de ilegitimidade de parte argüida pelo requerido Hospital N. S. O.. Efetivamente, as argumentações expendidas por tal demandado com relação a esta em sua contestação dizem em verdade com a sua responsabilidade de indenizar, questão, pois de mérito.

Como as condutas ensejadoras da responsabilidade de indenizar de cada um dos requeridos são diversas, apreço-as separadamente.

#### 1. Do requerido A. A. T.

Não há divergência sobre questões fáticas no presente feito, havendo uma certa uniformidade nos depoimentos prestados nos autos, inclusive dos requeridos. Relatam os autos que, no dia 10 de janeiro de 1996, os requerentes se dirigiram ao Hospital N. S. O. nesta cidade de Vacaria, com o fim de que seu filho recebesse atendimento médico, uma vez que estava com febre alta, tórax quente, mãos e pés gelados e com o corpo todo mole. Ao chegarem no hospital foram atendidos pela enfermeira G. O.. Como não havia médico no local, esta telefonou para o profissional

que estava de plantão, na forma de ‘sobre aviso’, ou seja, esperava em casa a existência de alguma emergência médica. Foram feitas três ligações para o médico responsável pelo plantão naquele momento, o requerido A., sendo que este se recusou a comparecer no local.

Com relação às razões por que o réu A. não se dirigiu ao hospital há duas versões: a primeira delas, levantada pelos autores, é de que a recusa deste em atender o filho dos requerentes estava relacionada ao fato da impossibilidade destes pagarem a consulta médica, nem terem estes convênio médico que se responsabilizasse pelo pagamento dos honorários de tal requerido. Tal versão é confirmada pelo depoimento da testemunha G. O. P., prestado no processo criminal a que respondeu o requerido A., e utilizado como prova emprestada no presente feito, com a concordância das partes, conforme termo de audiência da fl. 172, e juntado na fl. 206v. Segundo tal testemunha, esta telefonou para o requerido A., “relatando o quadro aparente debilitado da criança, que a criança seria atendida pelo INSS e o médico mandou dizer que só poderia atender se fosse pela UNIMED ou particular; que então o pai da criança disse que pegaria dinheiro na firma em que trabalhava e depois pagaria; que a depoente voltou a telefonar para o médico acusado e ele não aceitou a proposta, recusando-se a vir prestar o atendimento”.

Por sua vez, o requerido A. em seu depoimento de fl. 202 confirmou ter recebido três ligações da atendente G. com o fim de que prestasse atendimento médico ao menor. Disse ainda que questionou a enfermeira qual o convênio da referida criança, tendo esta dito

que não havia convênio. Julgando não ser grave o quadro da criança, determinou que esta fosse encaminhada ao Serviço de Atendimento Médico Municipal. Na contestação de fl. 84 e seguintes o requerido insiste na tese de que não compareceu ao Hospital uma vez que o estado de saúde da criança não era grave.

Entretanto, mesmo que consideremos verdadeira a versão dada pelo requerido, ou seja, de que somente não compareceu ao local porque o estado de saúde do menor J. não era grave, ainda assim, agiu tal demandado com evidente negligência. Cabia a ele apreciar a gravidade do problema de saúde que acometia tal criança, uma vez que, como médico, é profissional habilitado para diagnosticar problemas de saúde de seus pacientes, ou das pessoas que vem ao encontro do plantão por ele atendido. Não se pode admitir a delegação da função da apreciação da gravidade do estado de saúde de uma pessoa para uma enfermeira. Ademais, cabe ressaltar que a atendente G. não tinha tal titulação, não sendo, por conseguinte, apta para fazer triagem a fim de verificar o grau de urgência no atendimento. Esta circunstância é confirmada pelo depoimento de J. F. P. F., na fl. 173v. Tal testemunha também relatou que o hospital não mantinha à época pessoas qualificadas para fazer tal triagem, sendo o único compromisso do hospital comunicar o médico que havia um atendimento.

Assim, era obrigação do médico A. comparecer no nosocômio local, para verificar o gravidade do estado de saúde de J., pois, segundo convenção entre os profissionais médicos, era o responsável pelo atendimento das situações de

emergência por responder pelo plantão naquele dia. Deixar tal avaliação para uma atendente de enfermagem, a qual, segundo a prova dos autos, não tinha condições de diagnosticar tal situação de urgência é atuar com evidente negligência. Nem se diga que pelos sintomas descritos por telefone pela atendente o requerido poderia ter julgado não ser grave o quadro, pois não se concebe que possam ser feitos diagnósticos, ou consultas por meio de tal via de comunicação. É fato notório que somente o profissional treinado tem capacidade e condições de perceber detalhes que poderiam indicar o estado grave das condições de saúde da criança. Delegar tal função é um aviltamento da tão nobre profissão médica e uma desconsideração com a vida das pessoas que acorrem ao serviço atendido pelo requerido. Tal conduta constitui, na verdade, insofismável demonstração de desprezo à ética médica.

Ademais, deve-se referir que o réu A. era credenciado pelo SUS, conforme ele próprio confirmou em seu depoimento de fl. 202. Tal programa tem como especial ênfase o atendimento gratuito aos menos providos de recursos, inclusive com internação hospitalar. Assim, não podia exigir qualquer tipo de remuneração, se o paciente não tivesse condições financeiras de pagar a consulta, ou não tivesse convênio. Pela relação contratual com o Sistema Único de Saúde, exercia tal réu a função de autêntico garante.

Voltando a descrição dos fatos, após as três ligações telefônicas realizadas pela atendente de enfermagem G. ao requerido A., os autores levaram o menor J. ao Serviço de Atendimento Médico

Municipal, onde o demandado J. os atendeu, diagnosticando a existência de gastroenterite, prescrevendo medicamentos. Os requerentes voltaram para casa, sendo que, por volta das 6 horas do dia seguinte voltaram ao Hospital N. S. O., diante da piora do quadro de saúde de seu filho. Novamente a atendente G. telefonou para o requerido A., tendo este comparecido ao local, onde prestou atendimento, o qual restou infrutífero, uma vez que o menor J. entrou em óbito pouco tempo depois.

Diante da clara negligência deste demandado pelo fato de não ter prestado o devido atendimento médico ao filho dos autores, obrigação que lhe cabia, resta apreciarmos a existência donexo causal entre esta conduta, qual seja, o não atendimento inicial da criança, por volta das 20 horas do dia 10 de janeiro de 1996, e a morte da vítima, ocorrida na manhã do dia seguinte. Tal tese defensiva foi levantada pelo réu em sua contestação, tendo sido também o fundamento da absolvição no processo criminal que respondeu tal demandado pelo fato ora investigado, conforme cópia do acórdão juntado à fl. 186.

Inicialmente cumpre esclarecer que não fica a presente decisão atrelada à absolvição de tal requerido perante o juízo criminal. Faz coisa julgada perante o cível eventual sentença condenatória, ou quando a sentença absolutória concluir pela inexistência do fato, ou isentar o requerido totalmente da participação no evento. O acórdão em comento absolveu o requerido por não haver provas suficientes para condenação. O juízo criminal tem requisitos diversos, bem mais rígidos do que o juízo cível para a responsabilização do acusado,

pela óbvia razão de que uma eventual condenação criminal afeta um dos mais caros direitos do cidadão, qual seja a liberdade. Assim, uma sentença condenatória no juízo criminal somente é autorizada quando não restar absolutamente nenhuma dúvida quanto à responsabilidade do agente. Resolve-se o juízo criminal pelo princípio *in dubio pro reu*.

Entretanto, o conceito de culpa para a esfera civil é muito mais tênue, bastando a existência da culpa levíssima para haver a responsabilização civil. O nexó causal para o direito civil é buscado pela Teoria da Causalidade Adequada. Segundo tal teoria, um fato é considerado causa de outro fato quando seja uma conseqüência logicamente possível e previsível de outro fato anterior. Perante o caso concreto, deverá se apreciar se a omissão no atendimento por parte do requerido poderia gerar como conseqüência o evento morte da vítima. Utiliza-se a chamada prognose retrospectiva, ou seja, perquire-se quais os fatos que poderiam ser causadores do evento. Parte-se de uma formulação negativa, procurando-se identificar o que é causa inadequada para o fato danoso. Tal teoria obriga o demandado a comprovar que a causa não foi adequada, ou foi irrelevante à ocorrência do evento.

No presente feito estamos diante da questão de responsabilizar profissional médico pela sua omissão em prestar atendimento médico ao filho dos autores. A responsabilidade dos profissionais liberais médicos representa na grande maioria das vezes, obrigação de meios. Destarte, o médico não se compromete a curar o paciente, mas simplesmente em envidar todos os esforços

(de natureza técnica e científica) nesse sentido. Não obtida a cura, disso não decorreria automaticamente o inadimplemento contratual do médico, cabendo à vítima demonstrar que tal descumprimento teria decorrido de falha atribuível ao médico. No caso concreto, não houve qualquer contrato entre as partes, uma vez que os autores procuraram o serviço de plantão, sendo que o réu está sendo demandado por que estava respondendo por este. Tal circunstância, contudo, não altera a questão, pois persiste a possibilidade de responsabilização extracontratual do médico, na forma do artigo 159 do Código Civil, igualmente baseado na culpa, a qual deve ser buscada na perquirição da observância por parte do requerido das regras técnicas da profissão.

Presente a atuação negligente do requerido, há que se analisar a existência do nexó causal entre tal conduta e a morte do requerido, o que desemboca na questão crucial do ônus probatório.

Hoje se tem como certo que assume o médico um dever de cuidado, mas não qualquer cuidado, e, sim, o cuidado necessário, de acordo com os conhecimentos técnicos disponíveis, para obter a cura ou melhora do enfermo. Assim, no caso de insucesso do tratamento, deve o médico demonstrar que o diagnóstico era acertado, que o tratamento era aquele que as circunstâncias impunham, que a operação era necessária e foi feita com a técnica habitual. Além disso, cumpre ao médico demonstrar que obrou com celeridade própria ao caso, sem perdas de tempo, sem demoras inúteis. Este é o ensinamento de Jorge Mosset Iturraspe, (*in Responsabilidade Civil del Médico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 35).

Na questão da condenação civil por erro médico surge a dificuldade de se aportar uma prova clara da responsabilização deste profissional, pela obscuridade dos fatos ocorridos, nascidos de uma multiplicidade de causas, além do desconhecimento por parte das vítimas da etiologia do mal, da evolução do processo patológico, o acerto ou desacerto dos serviços profissionais, ou seja, a prova acabada da relação entre o dano e o fato médico afirmado de culposo, por não terem estas os conhecimentos técnicos necessários para a real compreensão dos fatos acontecidos e, conseqüentemente, para a produção da prova.

Assim, a moderna jurisprudência, inclusive estrangeira, vem aplicando vários critérios de avaliação do ônus da prova a fim de possibilitar realmente alguma chance de sucesso em demanda judicial.

Em primeiro lugar cabe referir que, como a obrigação do médico não é de obter um resultado mediato, como não assegura a cura, nem a recuperação da integridade física, nem a vida do enfermo, tal profissional pode eximir-se de toda a responsabilidade demonstrando que o evento danoso se produziu apesar de ter cumprido ele com o seu dever. Ao médico sempre será mais fácil demonstrar que fez tudo o que estava ao seu alcance que para o enfermo provar que não fez o médico o que devia.

Tanto o médico quanto o paciente devem aportar a maior quantidade de provas de que disponham para facilitar o julgamento da causa. Este enfoque se enquadra na Teoria das denominadas Cargas Probatórias Dinâmicas, segundo a qual, em determinadas circunstâncias se produz uma transferência da carga

probatória para o profissional, por encontrar-se este em melhores condições de desincumbir-se da produção de tal prova. Não se trata de fazer recair o ônus probatório sobre o profissional, mas de repartir-se a produção da prova, de forma que seja atribuído tal ônus à parte que mais facilmente pode produzi-la. Desta forma, os contendores em um processo judicial colaboram com a administração da justiça, de forma que possa ser atingida a verdade real, e, por conseqüência, um julgamento mais justo. Este o ensinamento de Luis O. Andorno, (La Responsabilidade Civil Médica, *in* AJURIS, 59/224). Também não se exige a produção de uma prova de um evento negativo - inexistência de culpa -, mas, sim, a comprovação de que foram envidados todos os esforços, e de que o evento danoso teria acontecido mesmo com toda a atuação diligente do requerido.

No caso concreto, o demandado A. alegou que, após a sua recusa em verificar pessoalmente o estado de saúde da vítima, esta compareceu ao Serviço de Atendimento Médico Municipal, no qual o também requerido J. diagnosticou a existência de gastroenterite, prescrevendo uma série de medicamentos, sendo que alguns deles foram ministrados neste local, e, quanto aos demais, houve a recomendação de que fossem adquiridos pelos autores, uma vez que não existiam no local. Desta forma, segundo esta alegação, não há nexos de causalidade entre a sua negligência e a morte da vítima ocorrida na manhã seguinte.

Ocorre que os autores não tinham condições financeiros para adquirirem tais medicamentos, pois, conforme o



relato de várias testemunhas, tinham somente R\$ 3,00 (três reais) no bolso. Portanto, J. não recebeu todos os medicamentos que seriam adequados ao seu caso. Também não teve a necessária observação permanente e profissional da evolução de seu quadro de saúde, a qual somente pode ser dada em uma instituição hospitalar, uma vez que os pais, por maior boa vontade e interesse que tenham no sentido do restabelecimento de sua prole, não dispõem do conhecimento técnico para avaliar o estado de saúde desta.

Assim, no mínimo, persiste a dúvida de como teria sido o desdobramento da situação em comento, caso o requerido A. tivesse comparecido ao hospital e, verificando a real gravidade da enfermidade da vítima, promovesse a sua internação naquele estabelecimento hospitalar, por meio do Serviço Único de Saúde, possibilitando que esta tivesse cuidados permanentes, por profissionais treinados, bem como que fossem ministrados todos os medicamentos adequados ao caso. Em tal situação não há como não deixar de especular, pois ninguém sabe o poderia acontecer se os fatos tivessem acontecido de tal forma.

De qualquer sorte o menor J. merecia tal chance. Assim, sendo evidente a negligência do requerido A., deveria este provar que, com sua conduta, não causou a morte da vítima, uma vez que a conduta desidiosa deste teve íntima relação temporal com o evento danoso, aliado à circunstância de que este tinha as melhores condições técnicas de produzir prova elisiva do direito da parte.

Desta forma, cabia a tal requerido demonstrar que a sua intervenção ou atuação no sentido de promover a

medicação e internação da vítima na instituição hospitalar não se fazia necessária, e que a morte desta decorreria mesmo que tivesse realizado todo o atendimento possível. Não existindo tal prova nos autos, somente resta responsabilizarmos civilmente tal requerido pelo evento, com a sua conseqüente condenação às verbas indenizatórias infra fixadas.

## 2. Do requerido J. B. V.

Alegaram os autores na inicial que o requerido J. deve ser responsabilizado pelo fato de ter examinado a criança e prescrito medicamento sem possuir especialidade para tanto. Já em suas alegações finais, ampliam as razões para a condenação deste demandado, argumentando não ter este solicitado a baixa do menino J..

Tal réu prestou atendimento ao menor em seu trabalho no Serviço de Atendimento Médico Municipal depois que os autores deixaram o Hospital N. S. O., pela recusa do réu A. em comparecer a esta instituição hospitalar. Segundo a prova dos autos, o médico J. examinou a vítima, verificou seus sintomas, diagnosticou a existência de gastroenterite, bem como prescreveu uma série de medicamentos, os quais em momento algum foram afirmados que seriam inadequados. Inclusive ministrou alguns no próprio local. Com relação aos demais medicamentos, os autores foram orientados a que os adquirissem, uma vez que não havia estoque destes no local onde era realizada tal consulta. Portanto, indiferente a inexistência de especialidade médica deste requerido, uma vez que em momento algum houve erro no seu diagnóstico e prescrição de medicamentos. Ao contrário, a recusa em

prestar tal atendimento, por não se tratar de especialista, é que poderia gerar a sua responsabilização por omissão.

Assim, em momento algum restou alguma evidência de culpa na conduta deste profissional. A prova dos autos nos conduz à conclusão de ter este requerido acertado em seu diagnóstico da doença do menor, ministrado medicamentos adequados ao caso deste. Desta forma, atuou com toda a diligência que lhe cabia tomar, em face das atribuições da função que exercia, ou seja, médico plantonista do Serviço de Atendimento Médico Municipal.

A simples circunstância de não ter determinado a internação hospitalar da vítima não tem o condão lhe ser atribuída a culpa pelo falecimento desta. Em primeiro lugar tal causa de pedir não é expressamente mencionada na inicial, sendo que, de rigor, nem deveria ser apreciada, uma vez que a petição inicial delimita a lide posta em causa. Entretanto, por amor ao debate, enumeremos alguns argumentos para refutar também esta tese.

Ocorre que, conforme já referido, houve o adequado diagnóstico do caso por parte deste requerido, não lhe sendo atribuída nenhuma conduta culposa. Além disso, restou comprovado que o requerido J., na época dos fatos, não pertencia ao corpo clínico do Hospital N. S. O.. Desta forma, não poderia determinar a internação de seus pacientes, mas, tão-só solicitar que outros médicos assim procedessem. Ressalte-se que este profissional pediu aos autores para que voltassem ao Serviço de Atendimento Médico Municipal na manhã seguinte, caso a criança não melhorasse, quando estaria presente médico que poderia encaminhar a baixa hospitalar desta.

Além disso é necessário frisar que, caso fosse solicitada a baixa hospitalar de J. na noite do dia 10 de janeiro de 1996, esta deveria ser encaminhada por um médico vinculado ao hospital. Ocorre que tal encaminhamento deveria ser feito ao médico de plantão, que na ocasião era o requerido A., o qual, como reiteradamente já foi mencionado, se recusou a comparecer ao local. Assim, restaria impossível atender eventual solicitação de internação de J., feita pelo médico J..

Destarte, não existindo comprovação da culpa do requerido J., nem ao menos indícios de que tenha agido negligente-mente, ou que não tenha envidado todos os esforços e utilizado todas as técnicas médicas disponíveis na situação, com o fim de curar o paciente, deve este ser eximido da responsabilidade de indenizar.

### 3. Do requerido Hospital N. S. O.

Inicialmente cumpre esclarecer que a preliminar de ilegitimidade passiva deste requerido foi acertadamente afastada, uma vez que os argumentos que fundamentam tal pretensão dizem respeito ao mérito da demanda. A legitimidade de parte, como uma das condições da ação, está vinculada à possibilidade de esta participar da demanda judicial posta em causa. Ocorre que as razões pelas quais tal requerida quer ver preliminarmente afastada a sua participação no processo são todas relacionadas com a sua não responsabilidade pelo evento, o que, evidentemente, representa questão de mérito. Passemos a apreciá-lo.

Dizem os autores que a instituição hospitalar deve ser responsabilizada pela relação de preposição existente entre

esta e o médico A.. Ocorre que esta relação de preposição não restou comprovada nos autos. Em nenhum momento houve sequer a alegação de que haveria vinculação hierárquica entre tal profissional e a instituição hospitalar com o fim de ser possível a aplicação do art. 1.521, inc. III, do Código Civil. Se o médico não é empregado da instituição hospitalar nem por esta é contratado a prestar serviços, tratando-se apenas de profissional liberal que exerce suas funções neste local, o hospital só pode ser responsabilizado por culpa própria, e não como preponente.

Os prepostos da instituição hospitalar requerida atuaram com a diligência que lhes era possível, chamando o profissional médico para que este prestasse o devido atendimento, sendo que a recusa foi exclusiva deste. Ressalte-se que devido à escala estabelecida, cabia somente ao requerido A. prestar atendimento de plantão.

Ademais, pelo depoimento das testemunhas, a responsabilidade pelo plantão era exclusivamente dos pediatras, já que o hospital não interferia no mesmo, não tendo qualquer ingerência sobre tal serviço. Neste sentido o depoimento de O. C., F. G. e C. S.. Na verdade, o serviço de plantão foi estabelecido em razão de propiciar uma maior comodidade aos profissionais médicos atuantes nesta cidade. Desta forma, somente poderá a instituição hospitalar ser responsabilizada caso haja vinculação da sua atuação com o evento danoso, a qual não ocorreu no presente caso, pois somente comprovada a negligência do médico A.

Assim, não estando o menor J. internado no Hospital N. S. O., tendo somente procurado o plantão existente

neste local para obter diagnóstico por parte de profissional médico, aliada à circunstância de que não existe relação de preposição entre o médico A. e a instituição hospitalar, não deve esta última ser condenada a indenizar os autores, considerando-se ainda que a única culpa imputada como causadora do evento danoso foi exclusiva daquele médico, tendo as atendentes de enfermagem do hospital atuado de maneira diligente, cumprindo com as funções a elas atribuídas.

#### 4. Verbas abrangidas pela indenização

Caracterizada a culpa do requerido A. se impõe a apreciação do dever de indenizar, porquanto o artigo 159 do Código Civil determina a obrigação de reparar o dano quando o agente violar direito ou causar prejuízo a outrem. Requereram os autores uma indenização pelos danos materiais consistentes na condenação ao pagamento de uma pensão no valor de 3 (três) salários mínimos mensais, desde a data do evento, até que J. completasse 72 (setenta e dois) anos de idade, bem como a indenização pelo dano moral.

Apesar de não existir prova clara de que os requerentes dependeriam economicamente dos rendimentos que iriam ser auferidos pelo filho J. quando este ingressasse no mercado de trabalho, a experiência da vida ensina que a prole normalmente contribui para o sustento da família enquanto ainda vivem sob o teto de seus pais. Assim, não se pode negar este direito aos requerentes, especialmente considerando que a vítima não tinha sequer completado um ano de idade. É necessário que se argumente

que, caso negado o direito da presente indenização pelo dano material ora pleiteado, os requerentes ficariam alijados da possibilidade de se verem auxiliados por seu filho, porquanto a morte deste retirou qualquer possibilidade de que se realizasse tal auxílio no futuro.

Assim, considerando que, como regra, há a contribuição dos filhos para com os pais enquanto os primeiros vivem sob o mesmo teto com os últimos, existe uma presunção forte e segura de que tal circunstância ocorreria no caso em comento. Negando-se este direito aos requerentes estaríamos alijando definitivamente o direito que estes possuíam de receber contribuição de caráter alimentar de seu filho, evento este causado por ato culposos do réu. Destarte, as regras de experiência trazem um valioso elemento para a decisão da presente questão, dando-se provimento ao presente pedido de indenização por dano material.

O valor desta pensão devida aos pais da vítima deve ser arbitrado pelo juízo, porque não há nos autos elementos suficientes para inferir qual seria o seu ganho, considerando-se ainda que não há nenhuma possibilidade de se saber qual a atividade profissional que seria desenvolvida pela vítima. No caso concreto, só é possível presumir que os ganhos do filho dos autores não seriam inferiores a um salário mínimo, por expressa proibição legal - art. 7º, IV, da CF. Também devem ser descontado um percentual para cobrir as despesas pessoais da vítima - as quais considero que abrangeriam metade dos seus ganhos. Assim, sobejariam 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo para destinar ao bem-estar de sua família. A pensão

mensal, portanto, merece ser fixada neste patamar.

Esse pensionamento aos pais da vítima deverá abranger o período compreendido entre a data em que vítima viesse a completar 14 (quatorze anos) de idade até o dia em fizesse 25 (vinte e cinco) anos de idade. A data inicial da pensão tem como referência a idade mínima para que uma pessoa possa começar a exercer atividade remunerada, conforme, determinação do art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal. Já o termo final desta prestação alimentar é estabelecido aos 25 (vinte e cinco) anos, uma vez que se presume que nesta idade o jovem contrairia matrimônio, cessando as suas contribuições para as despesas do lar paterno, conforme precedentes jurisprudenciais.

Deverá o réu constituir capital com o fim de garantir a renda da prestação de alimentos, na forma do art. 602 do CPC.

A segunda postulação indenizatória dos autores é a condenação à reparação do dano moral. A indenização do dano moral puro foi estabelecida pela Constituição Federal nos incisos V e X do art. 5º, finalizando com as discussões jurisprudenciais existentes anteriormente à edição da Carta Magna acerca da possibilidade de ressarcimento pecuniário do dano extrapatrimonial, justamente pelo seu caráter não-avaliável monetariamente. A partir da vigência da atual carta constitucional, pacificada esta discussão, surgiu a dúvida sobre a possibilidade de cumulação da indenização do dano material e moral, tendo como origem o mesmo evento. O S.T.J. firmou posição favorável a esta cumulação, editando súmula neste sentido (verbete nº 37). A

jurisprudência dos Tribunais Estaduais também é unanimemente favorável a esta cumulação. Encontra-se, pois, pacificada a posição que admite a possibilidade de indenização do dano moral e sua cumulação com o dano material, mesmo que sejam oriundos do mesmo fato.

Revela-se o dano moral como uma dor interior, não apreciável economicamente, pois se cinge a um sentimento negativo, que não causa modificações no mundo exterior, mas, tão-somente na esfera íntima do ofendido. A existência de dano de ordem extrapatrimonial dos pais da vítima é inegável. Tal lesão moral em decorrência da morte de um filho de apenas 7 (sete) meses de idade é de presunção indelével. É indiscutível a existência do dano moral, caracterizado pela dor e sofrimento causado pela perda de um ente querido, a qual traz um claro prejuízo à psique de qualquer pessoa, não havendo necessidade de maiores comprovações, uma vez que esta circunstância faz parte do senso comum, sendo de todos conhecida, aplicando-se, conseqüentemente, o artigo 334, I, do CPC.

Na grande maioria das situações da vida, a dor sofrida pela perda de um filho é inimaginável, maior que qualquer valor pecuniário recebido a título de ressarcimento pela morte de uma pessoa. Não há valor financeiro que possa aplacar o sofrimento causado pelo desaparecimento de um familiar. Entretanto, não havendo possibilidade de se restituir os fatos à situação anterior ao evento, pela óbvia irreversibilidade de suas conseqüências, as quais já geraram efeitos, não sendo possível a sua retirada do mundo, deve o direito criar condições de, ao menos, diminuir este mal causa-

do, compensando os requerentes por meio de uma indenização pecuniária. Deve o direito criar condições de, ao menos, atenuar a dor e o sofrimento dos autores, propiciando uma sensação agradável com o fim de compensar o efeito maléfico sofrido. Desta forma, é de rigor a indenização monetária do dano moral sofrido pelos requerentes.

Caracterizada a existência do dano moral cabe ao judiciário delimitar qual a indenização devida, mensurando o valor devido por tal rubrica. Esta tem sido uma das maiores dificuldades dos juristas de nosso tempo, pois se tem o ônus de quantificar a dor interna, subjetiva, sofrida por uma pessoa. Tal apreciação do valor indenizatório ao mal interior causado é jurídica. Somente o profissional do direito tem condições de corretamente avaliar o grau e a intensidade do dano causado pelo ofensor, cabendo, destarte, sua fixação nesta sentença. Evita-se, assim, a morosa forma de liquidação de sentença por arbitramento, a qual se mostra inadequada para tal tipo de condenação, pois qualquer forma de avaliação pericial da quantificação de tal indenização não conseguirá apreciar corretamente a questão, por não terem os eventuais *experts* os parâmetros jurídicos para tal quantificação. Deve, destarte, o próprio julgador fixar o valor da reparação pelo dano moral, por ser este quem tem as melhores condições de avaliação do *quantum* reparatório. Já disse o grande mestre *J. M. DE CARVALHO SANTOS* que “o arbitramento dessa indenização ou reparação deve ser feito pelo próprio juiz ou tribunal; pelos debates e exame da causa, um e outro ficam em condições de bem apreciar a situação da vítima e do culpado, para fixar uma soma

que represente o castigo justo de uma falta e a atenuação do padecimento moral pelo consolo trazido com a não impunidade absoluta do culpado” (in Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XXI, 4ª ed., ano 1952, pág. 72). Ademais, o art. 1.553 do Código Civil determina que a indenização se fixará por arbitramento, caso não exista critério fixado em lei para o cálculo da indenização.

A quantificação desta indenização deve se pautar em alguns critérios como a intensidade da dor, a culpa do ofensor, a situação econômica deste, bem como a situação social, familiar e cultural da vítima. Também deve ser dada uma natureza punitiva à reparação. Considerando-se no caso concreto como parâmetros para a fixação da indenização a dor intensa dos requerentes pela perda do seu filho, a negligência manifesta do requerido A., a realidade econômica e social dos requeridos, pessoas comprovadamente pobres, além da circunstância de que os autores têm outros filhos, e que, com o tempo, provavelmente curarão as feridas abertas pela morte da vítima, fixo a indenização para ressarcimento do dano moral em um valor equivalente a 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a presente *Ação de Indenização por Ato Ilícito* ajuizada por A. O. e S. F. N. C. contra A. A. T., J. B. V. e Hospital N. S. O., com o fim de condenar o requerido A. A. T. ao pagamento de uma pensão mensal equivalente a 50 % (cinquenta por cento) do salário mínimo durante o período compreendido entre a data em que vítima viesse a completar 14 (quatorze anos) de idade até o dia em fizesse 25 (vinte e cinco)

anos, bem como à indenização pelo dano moral, arbitrado em um valor equivalente a 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos. Deverá o réu constituir capital com o fim de garantir a renda da prestação de alimentos, na forma do art. 602 do CPC.

Julgo improcedente a pretensão dos autores na condenação dos requeridos J. B. V. e Hospital N. S. O..

Condeno ainda o requerido A. ao pagamento de 1/3 (um terço) das custas processuais, bem como aos honorários advocatícios devidos ao patrono dos requerentes arbitrados em 15 % (quinze por cento) do valor da condenação, considerando-se a sucumbência mínima destes, já que foram vencedores em todos os pedidos, somente em valores inferiores, tendo em vista a natureza da causa e o trabalho despendido, de acordo com o art. 20, § 3º, do CPC.

Condeno também os requerentes ao pagamento de 2/3 (dois terços) das custas processuais, bem como aos honorários advocatícios devidos ao patrono dos demandados J. e Hospital N. S. O., arbitrados em 8 (oito) U.R.H.'s para cada parte, também considerando a atuação profissional e a natureza da causa, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, considerando-se não haver condenação em relação a estes demandados, suspendendo a executividade destas últimas condenações em face da concessão da Assistência Judiciária Gratuita aos autores.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Vacaria, 26 de janeiro de 1999.

**Leandro Raul Klippel** – Juiz de Direito.

---

**Processo nº 17281 – Investigação de Paternidade e Alimentos****Comarca de Cruz Alta****Autor: S. T.****Réu: H. L. S.****Juiz prolator: Ricardo Luiz da Costa Tjader****Data: 18 de julho de 1999.**

---

*Investigação de paternidade. Alimentos. Marco inicial da exigibilidade. Nascimento. Concepção.*

Vistos.

S. T., brasileiro, menor impúbere, residente em Cruz Alta, representado por sua mãe S. T., ingressou com Ação de Investigação de Paternidade e Alimentos contra H. L. S., brasileiro, solteiro, agropecuarista, residente e domiciliado em Cruz Alta.

Narrou a petição inicial ter tido o requerido um namoro com a mãe do autor, que durou por mais de um ano, sempre com promessas de casamento, vindo a existir a prática de relações sexuais entre eles, resultando grávida a mãe do autor. Passados alguns meses do início da gravidez, o requerido passou a ignorar e evitar a mãe do autor. Nunca, entretanto, negou a amigos e colegas a paternidade do autor, tendo inclusive manifestado preocupação com o futuro do autor, destacando ser o autor reconhecido pela família do requerido, como seu filho.

Disse ser sua mãe pessoa pobre, recebendo minguados vencimentos como professora municipal, e pagando a Faculdade de Direito, enquanto que o requerido é pessoa bem situada na vida, exercendo a atividade de agropecuarista e mantém uma remuneração mensal

acima de vinte mil cruzados, sendo de notar ser o mesmo solteiro.

Requeru o reconhecimento da paternidade e a condenação do requerido ao pagamento de alimentos no valor de 30% sobre seus rendimentos.

Foram juntados à petição inicial os documentos de fls. 07/09.

Foram fixados alimentos provisionais pelo despacho da fl. 10.

O réu apresentou a contestação nas fls. 13/20, afirmando que nunca teve relações de namoro com a mãe do autor, tendo tido apenas relacionamento de colegas de faculdade, tendo-a conhecido apenas em 1982 quando ambos ingressaram na referida faculdade. Afirma ter transado por duas ou três vezes com a mãe do autor, mas cortou o relacionamento, logo que verificou que ela desejava um relacionamento mais íntimo. Disse ter tomado conhecimento da vida irregular que sua colega levava, mantendo relações com diversos homens e freqüentando casas de má reputação. Afirmou ainda ter ocorrido o nascimento do autor em um prazo de um ano após os relacionamentos mantidos com a mãe do autor, o que inviabiliza ser ele o pai do autor. Declarou não ser o autor reconhecido como neto e sobrinho pela família do contestante. Atacou ainda o pedido de alimentos, afirmando ainda não ter havido pedido de alimentos provisionais,

o que somente é possível, de acordo com a Lei nº 883/49 quando for favorável a sentença de primeira instância. Requereu a total improcedência da ação deduzida.

Foram juntados à contestação os documentos das fls. 21/23.

O autor apresentou a réplica das fls. 25/34.

Foi deferida pelo Desembargador Adalberto Libório Barros liminar em habeas-córpus intentada pelo requerido referente à ameaça de prisão pelo não pagamento dos alimentos provisionais.

Foram colhidos os depoimentos das testemunhas G. L. P. (fl. 87); C. M. C. e V. L. F. S. (fl. 91); G. S. N. (fl. 111); C. A. C. (fl. 112); E. F. B. (fl. 112-verso); G. P. T. (fl. 113); J. G. A. (fl. 118); V. D. C. A. (fls. 127 e 149); I. R. B. M. (fl. 130); A. R. R. C. (fl. 151) e J. M. (fl. 151-verso).

O autor requereu na fl. 152 a realização de exames hematológicos pelo sistema HLA, a qual foi deferida conforme decisão de fl. 150, cuja realização não foi possível junto ao Tribunal de Justiça (fl. 156).

O autor requereu em 05/12/89 a suspensão do processo (fl. 158), tendo sido determinado seu desarquivamento pelo despacho de fl. 159-verso.

Em data de 09/02/90 o autor requereu o prosseguimento do feito (fl. 162), surgindo inicialmente uma questão quanto a pedido de advocacia em causa própria.

Foi requerida pelo autor então a transferência do processo para a comarca de Porto Alegre (fls. 172/173), o que, depois de colhidas manifestações da parte contrária e do Ministério Público, foi indeferido pelo despacho de fl. 185.

Foi determinada a realização de prova pericial, não tendo havido o comparecimento do requerido (fl. 230).

O autor requereu a realização de perícia pelo método DNA por intermédio do ofício de fl. 239, o que foi deferido pelo despacho de fl. 243.

Veio aos autos perícia pelo método GSE realizada pelo Departamento Médico do Tribunal de Justiça (fls. 268/273) e a perícia realizada pelo método DNA, realizada pelo Laboratório Genesul (fls. 316/332).

As partes não se manifestaram sobre este último laudo (fls. 333 e 333-verso).

Designada audiência para prosseguimento da prova testemunhal, veio a parte requerida nela desistir da produção da prova testemunhal faltante (fl. 349).

A parte autora apresentou os memoriais das fls. 351/357, enquanto que a parte requerida apresentou os memoriais das fls. 358/366, juntando os documentos de fls. 367/376, dos quais foi dada vista à parte autora que se manifestou sobre eles nas fls. 382/386.

O Ministério Público exarou parecer no sentido da procedência da ação (fls. 378/380).

Relatado, passo a decidir.

#### I – Paternidade

O namoro que o autor alegou ter existido entre sua mãe e o requerido não restou plenamente demonstrado nos autos, mas há indícios claros de uma efetiva proximidade entre ambos no primeiro ano da Faculdade de Direito, no ano de 1982.

Neste aspecto, deve-se observar os seguintes trechos da prova testemunhal produzida:



“Não sabe do namoro entre eles, esclarecendo apenas que S. comentava estar namorando H. A depoente viu-os junto apenas na faculdade”.

(G L. P., fl. 87)

“Avistou diversas vezes S. e H. conversando, como colegas, assim como outros colegas.

A depoente avistou H. dando carona para S. na saída da Faculdade, assim como para outras pessoas, inclusive a depoente. Algumas vezes avistou H. e S. embarcarem sozinhos no automóvel e partirem”.

(V. L. F. S., fl. 91)

“Recorda que no primeiro ano de Direito avistou diversas vezes S. e o réu juntos, entrando ou saindo da sala de aula. Avistou ambos de mãos dadas ou abraçados, algumas vezes. .... Naas ocasiões descritas pelo depoente, tomavam atitudes como se fossem namorados”.

(C. A. C., fl. 112)

“Já desde o início do curso o depoente teve conhecimento que S. e H. eram namorados.

.....

“... o depoente sempre via um na companhia do outro na saída da aula e também no bar da faculdade.

.....

“... o depoente pegou carona com eles no campus até a cidade, ocasião em que os viu se abraçando e se beijando.

.....

“Era do conhecimento de todos o namoro dos dois, achando o depoente que o mesmo mais ou menos durou todo o primeiro ano do curso”.

(I. R. B. M., fl. 130)

A parte requerida procurou desacreditar este último testemunho, por uma inimizade que teria existido entre eles, que não ficou provado ao nível de torná-lo impedido, mas de qualquer forma também outros elementos da prova demonstram que havia uma aproximação significativa entre eles, sendo que pelo menos mais um dos colegas de faculdade, a testemunha C. A. C., a considerava um namoro, e a testemunha G. L. P. disse que S. dizia que estava namorando H.. Argumentar assim que nada existisse entre eles é fugir totalmente da realidade demonstrada pela prova testemunhal produzida. Os próprios termos da contestação infirmam esta possibilidade de conclusão, pois afirmou o requerido ter transado duas ou três vezes com a mãe do autor, tendo cortado essas relações, quando sua colega estava procurando um relacionamento mais íntimo (ou seria mais correto, um relacionamento mais permanente).

Procurou argumentar o requerido na contestação que o nascimento do autor teria se dado um ano após o relacionamento tido com a mãe do autor, enquanto que nas alegações finais disse não ter sido provada a existência de relacionamento entre eles na época da concepção. No entanto, em ambas as ocasiões, não indica em que época teria ocorrido o relacionamento sexual entre eles.

Tendo nascido o autor em data de 22/03/93, a época da concepção foi no período de maio a agosto de 1992, com maior probabilidade para o final do mês de junho.

Quando é que teria ocorrido o relacionamento sexual entre eles, não sendo nesta época? Como ele afirma que somente se

conheceram na faculdade, teria que ter sido a partir de março quando começa normalmente o ano letivo. O relacionamento para ficar fora da época provável da concepção teria que ter acontecido em março e abril. Será que ele aconteceu neste período e somente neste período. Aqui deve ser observado uma pequena informação apresentada pela testemunha I. R. B. M. de que o requerido somente passou a fazer parte do curso uns trinta ou sessenta dias após o ano letivo, pois tinha ficado como excedente. Assim sendo, o início do curso para ele não foi março mas sim abril a maio, época já bem próxima da época da concepção do autor. Acrescentando-se algum pequeno tempo para conhecimento e início de relacionamento sexual, não é difícil verificar que as relações sexuais que existiram entre eles ocorreu na época da concepção. Observo, ainda, que não foi produzida nenhuma prova que demonstrasse que o relacionamento tenha ocorrido nos meses de março e abril, fora do período de concepção, o que era ônus do requerido fazer, especialmente por ser prova de seu interesse exclusivo. Por estes motivos, rejeito a argumentação de não-coincidência da época do relacionamento sexual entre o réu e a mãe do autor com a época da concepção do autor.

Outro aspecto a ser enfrentado é o que diz respeito à alegação do réu de que a mãe do autor teria tido relacionamentos sexuais múltiplos, o que afastaria a possibilidade do reconhecimento da paternidade.

É totalmente ultrapassada a tese de que a “*exceptio plenum concubentium*” se constitui em obstáculo impeditivo à declaração judicial da paternidade certa

e de que a prova de existência de relacionamento sexual múltiplo aniquila a ação de investigação de paternidade. Tratou-se de tese de muito prestígio na ciência do direito baseada justamente na extrema dificuldade e até impossibilidade de se provar uma paternidade se não houvesse uma exclusividade de relacionamento sexual da mulher com apenas um homem. Mas, com o surgimento de avanços tecnológicos tal entendimento ficou ultrapassado, pois, mesmo não tendo a mulher um único parceiro sexual, é possível chegar o Poder Judiciário a um juízo de convencimento da paternidade.

Neste sentido, pode-se colacionar, alguns excertos jurisprudenciais:

“Apesar de a mãe manter relações sexuais com outros homens, ao tempo da concepção, a conclusão do laudo, somada à prova testemunhal, de que a mãe se relacionava com o réu, ainda que sem exclusividade, permite a procedência da ação para fim alimentar. Mudança nos critérios de carga e avaliação da prova”.

(RJTJRGs 133/417)

“A ‘*exceptio plenum concubentium*’ perdeu prestígio em face do grau de certeza alcançado pela prova pericial realizada pelo método DNA...”.

(Ap. Cível nº 598237402 do TJRS, *in* JurisPlenum 42.2277)

“*Exceptio plenum concubentium* demonstrada gerando situação de dúvida que é espancada pelo eloqüente resultado do exame pericial realizado pelo método do DNA acusando a probabilidade positiva de 99%”.

(Ap. Cível nº 597101161 do TJRS, *in* JurisPlenum 33.532)

Aliás, diga-se de passagem, este vetusto entendimento da impossibilidade

absoluta do reconhecimento da paternidade quando houvesse pluralidade de relacionamentos sexuais, que hoje de forma alguma pode ser considerado como jurídico, tanto por ferir a possibilidade de o juiz ter liberdade para formar seu convencimento, mesmo existindo elementos probatórios em sentido contrário, como em virtude do preconceito que este entendimento significava com as mulheres, exigindo-lhe uma fidelidade absoluta para que seus filhos pudessem então ter pai, o que inclusive mais ainda favorecia a tradicional irresponsabilidade masculina quanto à filiação de seus relacionamentos (inclusive múltiplos, porque ao homem, neste entendimento arcaico, isto não seria vedado).

Além disto, tal entendimento atualmente fere o direito constitucional de igualdade entre filhos de qualquer natureza (Art. 227, p. 6º da Constituição Federal), pois estabeleceria que determinados filhos (aqueles de filhos com múltiplos relacionamentos sexuais), não tinham direito ao reconhecimento de suas paternidades.

Assim sendo, por todos esses argumentos é totalmente rejeitada a tese da inviabilidade do reconhecimento da paternidade em casos de relacionamentos sexuais plúrimos da mãe dos autores de investigações de paternidades.

No caso concreto, existem alguns indícios de possibilidade de relacionamentos múltiplos da mãe do autor, estabelecidos pelos depoimentos das testemunhas de J. M. e A. R. C., apesar de mais parecerem depoimentos de encomenda, especialmente aquele que se apóia em pessoa que não deve merecer fé pública (J. M.), por se tratar de pessoa envolvida em práticas delituosas (casa de

prostituição ou lenocídio). Mas, mesmo se reconhecendo a possibilidade de ter tido a mãe do autor algum outro relacionamento na época, isto não impede, como já foi dito antes, a identificação do pai do autor e o seu reconhecimento judicial.

Outro aspecto importante a considerar é a circunstância de que a mãe do autor, segundo todos os relatos (p. ex. G. L. P., V. D. C. A. G. S. N. e A. R. R. C.), sempre afirmou desde a gravidez ser o requerido o pai do autor, não se podendo afirmar que isto tenha sido apenas em virtude de uma situação financeira do requerido, que a tenha motivado a fazer esta “escolha”.

Observo, também, que o requerido e/ou seus familiares tiveram, segundo parte da prova, algumas atitudes de quem reconhecia a paternidade.

A testemunha G. S. N. (fl. 111) relata uma conversa ocorrida em sua casa envolvendo o réu, S. e a mãe dela, na qual o requerido teria afirmado que não casaria com S., mas que não haveria de abandonar o filho dele. Relatou também visitas realizadas pelo irmão do réu e que o réu foi recebido em sua casa por S. por mais de uma oportunidade.

E. F. B. (fl. 112-verso) informou que acompanhou S. em visitas à casa da mãe do réu, onde ela foi levar o filho (o autor) para uma visita, sendo recebido como neto pela mãe de H., que o abraçava e beijava, sendo no mesmo sentido as informações prestadas pela Sra. G. P. T. (fl. 113), avó materna do autor, que também fala sobre conversas tidas com o requerido, quando soube da gravidez de S., para tratar do casamento dele e de S..

A conjugação de todos estes elementos probatórios já seriam suficientes por si sós para justificar o convencimento do

juízo no sentido do reconhecimento da paternidade do autor pela pessoa do requerido (convencimento moral quanto à paternidade), mesmo que não tivesse sido possível a realização de provas periciais. Mas estas vieram a ser realizadas no caso concreto, fortalecendo ainda mais o quadro probatório e o convencimento do juízo quanto à paternidade do autor.

É certo, sim, que não se deve tomar a prova pericial, de caráter hematológico, mesmo o mais avançado exame de DNA, como um indicador absoluto e insofismável de uma paternidade, tendo em vista a possibilidade (pequena, mas existente) de ocorrência de algum problema técnico e a necessidade de sempre serem analisados também todos os elementos de prova, sendo fragilizada esta prova pericial quando estiver ela desgarrada de qualquer outro meio de prova, for divergente de tudo o mais que foi produzido nos autos, ou quando existe algum elemento concreto que aponte poder ter ocorrido algum erro técnico no exame.

No caso concreto, nada disso existe, primeiro, porque o resultados dos dois exames produzidos é compatível e no mesmo sentido da prova testemunhal e também porque nada indica a existência de algum problema técnico na realização da prova pericial. Aliás, diga-se de passagem que foram inclusive produzidos dois laudos periciais por laboratórios e técnicas diferentes, os quais apresentaram resultados no mesmo sentido, o que reforça, ainda muito mais (como se fosse necessário, em face dos demais elementos probatórios) o resultado apurado: probabilidade de paternidade de 99,99998% e índice de paternidade de

4.204.751 mais provável ser o réu o pai do autor do que ser outra pessoa o pai.

Assim sendo, a única decisão judicial que se mostra coerente com a prova produzida nos autos é aquela que revele a certeza moral absoluta do julgador de ser o autor filho do réu, resultante do relacionamento sexual havido entre ele e a mãe do autor na época em que ambos eram colegas na Faculdade de Direito, e havia uma efetiva aproximação entre eles, aproximação esta que resultou no relacionamento sexual e no conseqüente nascimento do autor. É a decisão de procedência total do pedido de reconhecimento da paternidade do autor pela pessoa do réu.

## II - Alimentos

Não houve a produção de elementos fortes quanto aos requisitos de necessidade e possibilidade para a fixação do valor dos alimentos, sendo franciscana a prova produzida e tendo que ser utilizada pelo juízo para a fixação do respectivo valor dos alimentos a ser pago a favor da parte autora.

É certo que a parte requerida fez a juntada de documentos referentes a esta questão em momento impróprio, depois de encerrada a instrução, mas, justamente pelos poucos elementos apresentados, tais elementos se apresentam como imprescindíveis, sendo que sem a sua apresentação era bem provável que o juízo tivesse que reabrir a sua instrução, para apresentação destes dados, especialmente a declaração de imposto de renda, motivo pelo qual os mantenho nos autos e utilizo-os como elementos de convicção.

A declaração de imposto de renda apresentada demonstra um rendimento

bruto do requerido no valor de aproximadamente R\$ 12.000,00 mensais e o lançamento de despesas de custeio e investimento em valor um pouco superior ao rendimento bruto. Apontou ainda mais o recebimento do valor de R\$ 1.165,19 recebido da empresa B. P. P. S. A. Deve ser consignado ter o requerido efetuado pagamentos e doações em valor superior a R\$ 14.000,00 durante o ano-base, bem como ter passado a ter saldo positivo em sua conta-corrente no Banco do Brasil no montante de R\$ 11.646,40 e uma evolução patrimonial de aproximadamente 10% entre um ano e outro. A declaração demonstra que pagou ele mais de R\$ 53.000,00 de débitos bancários e que adquiriu 262 cabeças de animais durante o ano. Apresentou ainda um total de deduções no valor de R\$ 3.606,32, dos quais R\$ 3.234,50 indiscutivelmente relativamente a despesas com os filhos.

Considerando estes dados e sabendo-se que as declarações de produtores rurais permitem determinadas manipulações quanto ao real rendimento, até em virtude de certa elasticidade e possibilidade de lançamento de despesas de várias naturezas como despesas de custeio e investimento (como pagamentos em produtos que entram como despesas, mas não como rendimento bruto) e sabendo-se que, como regra, tais despesas correspondem a aproximadamente 50% a 60% dos rendimentos brutos, pode-se afirmar especialmente pela despesa pessoal tida que o efetivo rendimento do mesmo no ano-base de 1998 (valores cuja destinação podia ser por ele escolhida) tem de ser de aproximadamente 1/3 do seu rendimento, o que corresponde a aproximadamente R\$ 4.000,00 por mês.

É de se observar, ainda, que o rendimento deste ano não deve ter um caráter de permanência (são bem conhecidas as oscilações das safras agrícolas e dos seus rendimentos), pois a própria declaração de 1998 demonstra que no ano de 1997 a situação do requerido foi bem melhor, o que se demonstra por dois dados. Primeiramente observe-se no quadro de declaração de bens que no ano de 1997 o requerido pode despende um valor de R\$ 21.000,00 (quase em média R\$ 2.000,00 ao mês) na aquisição de um veículo. Além disto, ao fazer a apuração do resultado tributável o requerido declarou que o seu prejuízo no exercício anterior foi de R\$ 0,00.

Tomando-se este conjunto de informações, e considerando ter o requerido dois outros filhos, devendo ser assemelhadas as condições oferecidas para uns e outros, independente de diversidade de origens, e considerando que os filhos que moram com o requerido desfrutam da condição em que ele vive, da sua casa, do seu carro e das condições materiais existentes na casa (o que pode levar a se arbitrar a favor do autor uma parcela um pouco maior do que a que caberia aos seus irmãos, que desfrutam desta infra-estrutura familiar), entendo razoável a fixação da obrigação alimentar em prol do autor no valor de 4 salários mínimos mensais, valor que hoje corresponde a R\$ 544,00 (pouco mais de 12% do que foi considerado como renda provável do requerido no ano de 1998), e que não se demonstra excessivo para a educação de um jovem, especialmente nas atuais exigências de aperfeiçoamento estabelecidas pela sociedade e pelo futuro mercado de trabalho (p. ex. cursos de inglês e computação), considerando

especialmente as condições econômicas de seu pai.

Por outro lado, é necessário estabelecer a partir de quando são devidos estes alimentos por parte do requerido em prol do autor.

Existem, quanto a este aspecto, duas correntes jurisprudenciais significativas, uma suscitando que o débito somente existe a partir da data da sentença, representada por algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (p. ex. Rec. Esp. 64.158) e outras decisões do Poder Judiciário nacional (p. ex. RT 660/96, RT 613/167 e RT 603/184) e outra que de que existe o débito desde a data da citação (p. ex. RJTJRS 176/799; RJTJRS 179/370; Ap. Cível nº 51/261 do TJSC; Ap. nº Cível 598034296 do TJRS e Ap. Cível nº 073.629.4/4 do TJSP).

Existe ainda o entendimento exarado em artigo de lavra de Tycho Brahe Fernandes (Do Termo Inicial dos Alimentos na Ação de Investigação de Paternidade, in RT 694/268) de que pode a obrigação alimentar ser devida desde o nascimento do filho, ou de sua concepção, “se houver elementos que comprovem que o investigado soube da concepção ou, do nascimento, que lhe era atribuído, inegável que os alimentos deverão ter como *dies a quo* data anterior à citação”.

Permito-me reproduzir alguns argumentos deste artigo, que demonstram, ao meu sentir, a legalidade da existência da obrigação alimentar a partir da data da concepção:

“... se considerarmos que a condição de filho está presente desde a concepção, os direitos atinentes à filiação também devem retroagir à concepção.

“Para Pontes de Miranda (in Tratado de Direito Privado, t. IX, Borsoi, 3ª ed.,

1971, p. 99), ‘O reconhecimento não é ato atributivo mas sim declarativo, no sentido da pessoa a que se refere. A filiação que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não cria: revela-a. Daí resulta que seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido”.

“Por seu turno, afirma Caio Mário da Silva Pereira (in Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos, Forense, 1977, pp. 151-152): ‘Se o reconhecimento, por ato espontâneo ou por sentença judicial, fosse atributivo de direitos, a paternidade teria seu início com ele’.

‘Mas, uma vez que se trata de ato declaratório, retroage à data do nascimento ou à época da concepção, no que, aliás, estão acordes todos os autores’.”

“O correto seria a fixação dos alimentos a partir do nascimento ou, até mesmo da concepção, pois não se pode olvidar que ‘a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro’ (art. 4º., CC).

E não se diga que o nascituro não tem necessidade de alimentos pois, sua alimentação se dá através da correta alimentação da mãe. Assim, o pai, prestando alimentos para a mãe, o estará fazendo para o filho”.

O articulista, como antes já afirmado, entende necessário que haja elementos de que o pai tenha sabido do nascimento ou da concepção para que os alimentos fossem devidos de alguma destas datas.

Para mim, entretanto, é esta questão irrelevante. A paternidade existirá, ainda, que o pai dela não venha a ter conhe-

cimento na época da concepção ou do nascimento. E os efeitos do reconhecimento posterior da paternidade atingirão este período, mesmo que o pai somente tenha conhecimento da concepção ou do nascimento ou faça o reconhecimento muito tempo após.

Além dos argumentos já expendidos no artigo citado, entendo que o princípio da igualdade entre filhos, 'havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção' estabelecido pelo art. 227, parágrafo 6º. da Constituição Federal, obriga a que se entenda que os alimentos devem retroagir a partir da data da concepção, tendo em vista que os filhos havidos de casamento (em relação aos quais os filhos reconhecidos posteriormente têm os mesmos direitos) recebem alimentos de seus pais desde a data de sua concepção, desde a forma já indicada pelo articulista citado (alimentos recebidos por intermédio da mãe), como outras também indispensáveis (exames pré-natais, consultas médicas, aquisição prévia de roupas para o nascituro, roupas de gestante para a mãe, etc).

E sabendo-se da importância da fase da gravidez para a formação adequada de uma criança, bem como dos seus primeiros anos, é o dever alimentar desde a concepção uma necessidade e uma obrigação decorrente da paternidade responsável que tanto é apregoada, como uma necessidade social no País.

Acrescento, além disto, que se considerar devidos os alimentos somente a partir da sentença é um incentivo a que pais não responsáveis deixem de reconhecer o filho imediatamente ao seu nascimento e que procurem fazer com que a ação de investigação de paternidade, se eventualmente vier a ser intentada,

tenha a tramitação mais demorada possível, com o que passariam a ser devidos os alimentos apenas muito tempo após, deixando o filho de aproveitá-los para seu sustento, como é de seu direito, pela sua condição de filho. Observe-se que no presente caso existiu uma tramitação do processo pelo período de praticamente 7 anos, sem se contar o prazo em que ele esteve suspenso a requerimento da parte autora.

Sendo os alimentos devidos desde a data da concepção, não haverá nenhum incentivo para que o pai, pelo motivo da obrigação alimentar, deixe de reconhecer um filho de forma mais rápida, pois, de qualquer forma, terá que pagar-lhe alimentos a partir da sua concepção, como o fazem os pais responsáveis com os deveres que possuem com sua prole, dispendendo desde a concepção esforços e valores para a sua adequada formação intra-uterina, não podendo ser desigual a situação de filhos, que não tenham a felicidade de terem pais com o mesmo grau de responsabilidade. Isto seria legitimar, por força do acolhimento pelo Poder Judiciário, de uma situação de desigualdade fática, que se tornaria cada vez mais causa de desigualdades jurídicas entre filhos que tenham origem em paternidades responsáveis (em relações de casamento ou não) com aqueles que não tenham um pai absolutamente cômico com os deveres e as necessidades de seu filho desde a data de sua concepção.

Por todos estes motivos, que não são poucos, estabeleço que a obrigação alimentar do requerido é devida desde a concepção do autor, reconhecido como seu filho por sua declaração expressa da fl. 98, estabelecendo como a data da

concepção a do mês de junho de 1983, período que totaliza os nove meses normais da gestação, tendo em vista que o nascimento do autor ocorreu em data de 22/03/83.

Isso posto,

Julgo Procedente os Pedidos formulados na petição inicial, declarando a paternidade do autor pela pessoa do requerido, e para condenar o requerido a pagar alimentos ao autor, no valor de 4 (quatro) salários mínimos mensais, a partir do mês de junho de 1983.

Transitada em julgado, expeça-se mandado de averbação da paternidade do autor,

bem como a modificação do seu nome para S. T. S. e dos nomes dos seus avós paternos do autor, A. P. S. e D. L. S..

Condeneo o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em prol dos procuradores do autor, no valor de 20% do valor da anualidade dos alimentos fixados, considerando o longo tempo e a dificuldade de tramitação do feito, que exigiu muito trabalho dos advogados.

Registre-se a sentença.

Intimem-se.

Cruz Alta, 18 de julho de 1999.

**Ricardo Luiz da Costa Tjader** – Juiz de Direito.



---

**Processo nº 092/1.01.0000063-1 - Declaratória de Insolvência**

**Autor: Gerdau S/A**

**Réu: Ivan Rogério Tasso**

**Juiz prolator: Dr. Eduardo Giovelli**

**Data: 28 de agosto de 2002.**

---

*Insolvência Civil sem julgamento do mérito. Ausência de Patrimônio.*

Vistos.

GERDAU S/A, já qualificado, ajuizou a presente ação declaratória de insolvência de IVAN ROGÉRIO TASSO, também qualificado.

Narra o requerente ser credor do requerido da quantia de R\$ 2.615,03, consubstanciado em duplicatas impagas e protestadas, as quais são objeto de demanda executiva que move contra este, feito que se encontra suspenso em virtude da inexistência de bens em nome do executado, ora requerido, passíveis de penhora. Postula a procedência da ação e a declaração de insolvência. Acostou documentos.

O requerido foi citado e apresentou embargos, em que aduz, preliminarmente, da carência de ação, pelo fato de o pedido não estar instruído com o original do título executivo judicial. No mérito, alega que a duplicata que embasa a execução não foi aceita, uma vez que ele não teria recebido referida mercadoria, não havendo comprovação da entrega da mesma. Ao final, requereu a improcedência da ação e a concessão da AJG.

Foi deferida a AJG ao embargante-requerido.

Replicou o requerente, reprisando os argumentos da peça vestibular e impugnando os embargos.

Houve nova manifestação do embargante.

Realizada a audiência do art. 331 do CPC, inexistosa a conciliação, as partes declinaram do interesse em produzir provas, sendo declarada encerrada a instrução.

Vieram-me os autos conclusos.

É o Relatório.

Decido.

Preliminares

A preliminar de carência de ação suscitada pelo requerido não merece acolhida. Isto porque, não obstante não tenha sido juntada original do título, consta nos autos cópia deste à fl. 13, a qual supre eventual vicitude. Ademais, a original da cártula encontra-se no processo executivo em apenso, razão por que se apresenta desnecessária a sua juntada à presente demanda, bastando para acompanhar o pedido a cópia, como o fez o requerente.

Entretanto reconheço de ofício a presença de outra preliminar, sob dois aspectos, a ensejar a extinção da demanda sem julgamento do mérito, a qual, por se tratar de uma das condições da ação, tem permitido o seu reconhecimento de ofício, nos termos do art. 269, § 3º, do CPC.

Assim, entendo caracterizada a preliminar de falta de interesse de agir do requerente.

A um, porque, como se infere da certidão do Oficial de Justiça da fl. 20,

corroborada pelas certidões das fls. 21-23, o devedor não possui qualquer bem passível de penhora. Ou seja, inexistem bens em seu nome aptos a suportar seus débitos.

Ora, inexistentes bens, falta interesse de agir ao requerente em postular a declaração de insolvência do devedor. Isto porque todo processo judicial deve ter um fim útil e eficaz a ser atingido.

Entretanto, se o devedor insolvente não possui qualquer bem em seu nome passível de penhora, o processo de insolvência, de natureza expropriatória coletiva, fica sem razão de existir, já que da eventual decisão de procedência o credor não irá auferir qualquer proveito, restando um provimento sem qualquer utilidade prática.

Nesta esteira, já foi decidido pelo TJRS:

**INSOLVÊNCIA CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE BENS.**

Constatada em execução por título extrajudicial a total ausência de bens passíveis de penhora, inviável a pretensão a declaração de insolvência civil, que tem como requisito primordial e necessário a existência de bens passíveis de arrecadação. Não se concebe a execução sem objeto, pois sem existência de bens não há massa insolvente.

Apelo improvido. (6 fls.)

*(Apelação Cível nº 70000658096, 5ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. 17.08.2000).*

O acórdão acima transcrito é deveras claro a explicitar a tese ora defendida, já que a total ausência de bens passíveis de penhora em nome do devedor, como no presente caso, torna

inviável a pretensão da declaração de insolvência, merecendo o feito ser extinto por ausência de interesse de agir. A declaração de insolvência pressupõe a existência de bens em nome do devedor, os quais seriam inferiores à totalidade do patrimônio. Entretanto deve ao menos existir algum bem em nome do devedor a revelar a utilidade do procedimento e da instauração da execução coletiva contra o insolvente, já que “*não se concebe execução sem objeto, pois sem existência de bens não há massa insolvente*”, cabendo ressaltar que, conforme melhor doutrina, a declaração de insolvência nada mais é que a instauração da execução coletiva contra o devedor insolvente.

Impende destacar que a jurisprudência não é pacífica sobre o tema. Entretanto considero que merece ser feita uma distinção, caso se trate de insolvência requerida pelo próprio devedor, ou então de insolvência postulada por um dos credores.

In casu, cuida-se de insolvência requerida pelo credor, dita necessária. E nesta, entendo que, inexistentes bens, a mesma não encontra razão para prosseguir, estando, nesta peculiar situação, carecendo o requerente de interesse de agir.

Ao contrário, na insolvência dita voluntária, aquela requerida pelo próprio devedor, também denominada auto-insolvência, esta sim a jurisprudência tem entendido que é passível de declaração judicial, não obstante inexistam bens, como proclamado no julgamento da Apelação Civil nº 596169524, Rel. Des. Araken de Assis.

Contudo, cuidando-se de insolvência dita necessária a em questão, reque-

rida por um dos credores, esta somente se apresenta passível de prosseguimento em havendo ao menos alguns bens em nome do devedor aptos a suportar parcela das dívidas.

Já se decidiu que “A insolvência pressupõe a existência de bens e a insuficiência destes para garantir o pagamento das dívidas do executado, não se podendo, pois, conceder o direito ante a inexistência de bens ou a circunstância de ser seu valor ínfimo. O preclaro Des. Athos Gusmão Carneiro (em Rev. AJURIS 7/45) diz bem da falta de interesse de agir no concurso universal de credores, na hipótese, pois a propositura de ação ou providência judicial só pertence a quem demonstrar necessidade daquela demanda para obtenção do bem da vida anelado. É o interesse processual, como condição da ação, no dizer de Chiovenda” (in Apel. Cível n. 188110381, 5ª Câm. Cível, TARS, voto do Rel. Des. Vanir Perin). Corroborando a posição, várias decisões citadas neste acórdão, entre as quais RJTJRS 70/803, Julgados TARS 34/355.

Na mesma linha de entendimento, também é a lição de Araken de Assis, no seu Manual do Processo de Execução, 5ª edição, pág. 799, no qual leciona que

“A exigência de que “outros” bens existam, posta no art. 650, I, não significa que este outro bem há de satisfazer integralmente o débito. A instauração da execução coletiva, no concernente ao quesito da necessidade e utilidade da prestação jurisdicional, pressupõe a possibilidade de os credores concorrente lograrem satisfação substancial dos seus créditos. INEXISTINDO QUAISQUER BENS, A ATIVIDADE EXECUTIVA SE REVELA, PRIMA FACIE, INÚTIL,

SEJA COLETIVA OU SINGULAR A EXECUÇÃO.

*Diversamente, o requisito enunciado nenhuma aplicação merece na insolvência voluntária. Nesta espécie de procedimento, o obrigado confessa o estado de insolvabilidade e ostenta, de qualquer modo, interesse jurídico de obter a extinção das obrigações”.* (grifo nosso)

Por tal escopo, a existência de bens penhoráveis, quiçá aptos a satisfazerem ao menos parcela razoável dos débitos, se torna primordial. Quem, contrariando tal afirmativa, obterem que a insolvência não se destina a operar no vácuo, olvida da pretensão que uma demanda judicial somente se justifica quando a decisão final seja útil, necessária e relevante do ponto de vista social, e primordialmente, apta a expandir efeitos. De resto, “Se o devedor não tem bens a serem penhorados, é incabível a decretação de sua insolvência, mesmo porque esta não tem o caráter de penalidade contra o devedor”. (RT 479/123, in CPC e legislação em vigor, Theotonio Negrão, 30ª ed., pág. 733).

Nesta linha de raciocínio, colaciono os seguintes julgados:

**ACÇÃO DECLARATÓRIA - INSOLVÊNCIA - AUSÊNCIA DE BENS - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIMENTO.**

Se o devedor alega, no pedido de auto-insolvência, que não é proprietário de bens penhoráveis, é incabível a decretação da insolvabilidade, pois esta resulta da insuficiência e não inexistência de bens.

(Apelação (Cv) nº 0254283-4, 7ª Câmara Cível do TAMG, Contagem, Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel. j. 30.04.1998, Publ.: DJ 02.10.98, unânime).

INSOLVÊNCIA CIVIL. INEXISTÊNCIA DE BENS. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CPC. ART. 295, III. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA.

É carecedora de ação de auto-insolvência a devedora que declaradamente não possui bens penhoráveis e arrecadáveis, por faltar-lhe interesse processual, uma vez que o processo deve apresentar resultado útil.

(Apelação Cível nº 0067870800, Ac.: 5847, 2ª Câmara Cível do TAPR, Curitiba, Rel. Juiz Cordeiro Cleve. j. 16.08.1995, Publ. 22.09.1995).

Acrescento que a própria letra da lei pressupõe a existência de um certo patrimônio, como se infere da leitura dos arts. 748, 751, II, 752 e 763, todos do CPC, justamente para evitar que sejam tomadas medidas judiciais sem qualquer alcance prático ou despidas de real utilidade.

De outra banda, vislumbro a presença de um segundo aspecto também a determinar a extinção da demanda sem julgamento do mérito por ausência das condições da ação, qual seja, a presença de credor único.

Um dos pressupostos básicos para a procedência do pedido de insolvência, que resultará na instauração da execução coletiva contra o devedor insolvente, instituto este assemelhado à falência, só que este se dá com o insolvente comercial e aquele com o insolvente civil, é a existência de mais de um credor.

E, no presente caso, tanto na petição inicial, como no decorrer da instrução do feito, não há qualquer menção a

existência de outros credores que não o requerente.

Ora, a insolvência é espécie de execução coletiva que só se perfectibiliza, por corolário lógico, em havendo mais de um credor.

No caso em tela, a notícia que há nos autos é da existência de um único credor, justamente o requerente da declaração da insolvência. Constatado tal evento, a conseqüência lógica também é a extinção do feito.

No dizer do ilustre professor Araken de Assis, obra supra citada, página 821, *“Finalmente, convém lembrar que a pluralidade de credores é essencial ao concurso. Vinculado o devedor a credor único, à realização deste crédito não interessa o concurso, regulado pela par conditio creditorium, pois nenhum direito concorrente perturbará sua efetivação na medida das forças patrimoniais. Em outras palavras, o concurso deixa de ser “universal” e não ostenta utilidade alguma. Isto somente se vislumbra, quando houver outros credores, pertencentes à classe dos quirografários... Daí porque incumbe ao credor indicar a existência de outros credores”*.

Em conclusão, carece o presente feito de interesse de agir ao requerente, seja pela absoluta falta de bens passíveis de penhora, seja porque existente apenas um credor, o que denota a falta de interesse na instauração do concurso universal de credores pela insolvência.

Dispositivo

*Ante o Exposto*, julgo extinta a presente Ação Declaratória de Insolvência ajuizada por Gerda S/A em face de Ivan Rogério Tasso, forte no art. 269, VI, do CPC, por ausência de interesse de

agir, nos termos da fundamentação acima exposta.

Condeno o requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 20% do valor dado à causa, em especial atenção ao trabalho desenvolvido e a natureza

da demanda, tudo de acordo com o previsto no art. 20, § 3º e 4º, do CPC.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Constantina, 28 de agosto de 2002.

**Eduardo Giovelli** – Juiz de Direito.

---

**Processo nº 092/1.01.0000357-4 - Falência**

**Autor: Nacional Supermercados S/ A**

**Réu: Miranda Fátima Dal Pupo**

**Juiz prolator: Eduardo Giovelli**

**Data: 07 maio 2003.**

---

*Falência. Extinção sem julgamento no mérito. Ausência de Patrimônio.*

Vistos.

NACIONAL SUPERMERCADOS S/A, já qualificado, ajuizou o presente pedido de decretação de falência em face de MIRANDA FÁTIMA DAL PUPO, também qualificado.

Narra o requerente ser credor da requerida da quantia de R\$ 2.668,23, proveniente de duplicatas que restaram impagas, tendo as mesmas sido protestadas. Requereu a citação para elidir o pedido, pena de, não o fazendo, ser decretada a falência. Juntou documentos.

Determinada a emenda da inicial para juntada de ata de eleição da diretoria, o que restou atendido.

A requerida foi citada e contestou o pedido aduzindo que passa por momentâneo momento de iliquidez, invocando da rigidez da medida pleiteada.

Replicou o requerente, refutando os argumentos da contestação e postulando a decretação da quebra.

Realizada audiência, resultou inexistente a conciliação.

Foi decretada a falência da requerida em 18.06.2001 (fls. 58-59).

Cumpridas as diligências atinentes à espécie, o Sr. Oficial de Justiça certificou acerca da inexistência de bens do falido (fls. 71-verso e 72), sendo posteriormente arrecadado o único bem des-

te, qual seja, um pequeno balcão avaliado em R\$ 200,00.

O falido compareceu (fl. 74) e apresentou declarações, inclusive entregando os livros.

O síndico nomeado aceitou o encargo. Posteriormente, renunciou ao cargo uma vez que fora nomeado para a Defensoria Pública do Estado.

Então, foi nomeado síndico da massa o requerente, que declinou da nomeação, não aceitando o cargo com justificativa de não residir na Comarca.

O único bem arrecadado deteriorou-se em virtude de choque com caminhão, conforme ocorrência policial, sendo que o mesmo foi vistoriado pelo Sr. Oficial de Justiça, e este constatou que referido bem se encontra destruído e sem valor de mercado (fl. 116-verso).

O requerente foi intimado sobre essa circunstância, bem como nos termos do art. 75 da Lei de Quebras sobre o interesse no prosseguimento e de que, em caso positivo, deverá adiantar as despesas processuais, quedando silente.

Publicados os editais na forma do art. 75 da Lei de Quebras, não havendo qualquer manifestação dos interessados.

Vieram-me os autos conclusos.

É o Relatório.

Passo a Decidir.

Tenho por, no presente momento processual, extinguir o feito sem a apreciação do mérito.

O credor-requerente ajuizou o presente pedido, tendo sido, em face da inércia do devedor, decretada a falência da requerida, empresa do ramo de comércio varejista em geral.

Cumpridas as diligências legais, o Sr. Oficial de Justiça se dirigiu até a sede de funcionamento da empresa (fl. 71-verso), tendo constatado que o local onde a empresa funcionava encontrava-se fechado e a empresa não mais existia. Por tais razões, não foi arrecadado qualquer bem.

Posteriormente, fl. 72, restou por ser arrecadado mediante entrega da requerida o único bem que a empresa ainda possuía, qual seja, um balcão comercial, cuja avaliação resultou no reduzido montante de R\$ 200,00.

O Cartório de Imóveis comunicou a inexistência de qualquer imóvel em nome do falido (fl. 77).

As agências bancárias (fl. 75) informaram inexistir qualquer valor em conta-corrente do falido.

O sócio da empresa-falida compareceu e prestou as declarações, entregando os livros.

Determinada a avaliação judicial do único (e irrisório) bem arrecadado foi constatado pelo Oficial de Justiça – fl. 11-verso - que este bem se deteriorou em um choque com um trator que lavrava o terreno aos fundos do local onde estava depositado, tendo restado sem qualquer valor de mercado visto que totalmente danificado. A ocorrência policial de fl. 113 juntada pela falida comprova esta situação.

Neste ponto, entendo conveniente ressaltar que, afora este balcão que restou posteriormente sem qualquer valor de mercado, não foi localizado nenhum

outro bem em nome do falido para ser arrecadado.

E como tal, em face da total inexistência de bens em nome do falido, tenho que falta interesse de agir no presente feito, razão porque deva ser extinto.

Ora, o processo falimentar, como cediço, tem como um dos seus principais fins retirar do mercado as más empresas, as empresas que possam lesar terceiros.

Isto, no presente feito, se efetivou, uma vez que, quando da decretação da quebra o falido já não mais estava operando.

De outra banda, o processo de falência, como todo processo judicial, tem objetivos a que se destina, e dentre estes, um dos fins almejados no processo falimentar, além da exclusão do mercado das empresas deficitárias, também é que, com a arrecadação de bens do falido, se satisfaçam seus credores que possuam crédito em aberto.

Até porque, como proclamado pela doutrina, o processo falimentar é um processo de execução coletiva contra um devedor insolvente, sendo um dos seus objetivos que estes credores obtenham, ainda que não na totalidade, ao menos parcela do seu crédito impago.

Ou seja, o processo falimentar também – e principalmente - se destina à satisfação do credor que pretende com o ajuizamento de tal procedimento que o devedor satisfaça o débito, quitando-o, até porque se trata de processo de expropriação pelo qual se retiram, mediante arrecadação, os bens do falido, para posterior venda e pagamento dos eventuais credores.

Não há de se olvidar que a falência se destina, ao menos ao credor que a

requerer, como forma de obtenção do pagamento da dívida pela liquidação do patrimônio do devedor insolvente.

No caso em tela, não tendo sido arrecadado qualquer bem do falido, e já se encontrando a empresa fechada quando do decreto de falência, entendo que o feito carece de interesse processual (ou interesse de agir) a que se prossiga no seu processamento e a justificar que lhe se dado andamento processual, até porque não há qualquer fim ou bem juridicamente tutelado a ser satisfeito.

A inexistência de bens, acrescido ao fato de a empresa já se encontrar fechada e com o encerramento de suas atividades, no meu entender, justifica a extinção do respectivo processo falimentar por ausência das condições da ação nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ausência de interesse de agir.

Nesta esteira, já se decidiu: “*FALÊNCIA - ENCERRAMENTO.- Ausência de bens arrecadados e créditos declarados - Admissibilidade, independentemente do cumprimento das formalidades previstas no artigo 75 da Lei de Falências - Extinção confirmada. - Recurso não provido.* (Apelação Cível nº 263.499-1, 8ª Câmara Cível do TJSP, São Paulo, Rel. Des. Antonio Villen. j. 04.10.1995, un.).

Não há justificativa jurídica a se prosseguir no andamento do feito ante a total inexistência de bens em nome do devedor, já que, mesmo em se procedendo nos demais atos processuais atinentes à espécie, não se obterá solução alguma distinta da que ora se apresenta.

Se o credor pretende comprovar o desvio de bens por parte dos sócios, tal circunstância também não se dará no processo de quebra, mas sim pela via ordinária. Por outro lado, se desejar

responsabilizar criminalmente os sócios da empresa-falida, tal fato também não depende obrigatoriamente da manutenção ativa do feito em análise.

Colaciono as seguintes decisões na linha do até aqui arrazoado:

**FALÊNCIA - ENCERRAMENTO.**

- Ausência de bens arrecadados e créditos declarados - Admissibilidade, independentemente do cumprimento das formalidades previstas no artigo 75 da Lei de Falências - Extinção confirmada.

- Recurso não provido.

(Apelação Cível nº 263.499-1, 8ª Câmara Cível do TJSP, São Paulo, Rel. Des. Antonio Villen. j. 04.10.1995, un.).

**FALÊNCIA. EXTINÇÃO. REMUNERAÇÃO DO SÍNDICO. AUSÊNCIA DE BENS ARRECADADOS. DEVER DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE.**

Inarredável é o direito do síndico em ser remunerado pelos serviços prestados durante o procedimento falencial, nos termos do art. 67, “caput”, da Lei de Quebras. No entanto, tal remuneração é fixada conforme os ditames legais, par. 1º, do art. 67, e calculada sobre o produto dos bens ou valores da massa, vendidos ou liquidados pelo síndico. Inadmissível pretender repassar a responsabilidade pelo pagamento da remuneração ao Estado, visto não se incluir, tal débito, naqueles em que o Estado tem o dever de arcar com honorários. A remuneração do síndico é encargo da massa e deve ser suportado por esta, de uma forma ou de outra.

Apelo provido parcialmente, para fixar a remuneração. (04 fls.)

(Apelação Cível nº 599393683, 5ª Câmara Cível do TJRS, Carazinho, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. 21.10.1999).



## PEDIDO DE FALÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

I - Não encontrados os sócios da empresa falida, bens de propriedade dela, nem ocorrendo credores ao edital de declaração de falência, deve o processo ser extinto, sem necessidade de o juiz estender-se sobre questão de mérito, que, efetivamente, não há.

II - Recurso de apelação conhecido e improvido. Decisão unânime”.

*(Apelação Cível em Processo Falimentar nº 45019-6/192, 2ª Câmara Cível do TJGO, Pontalina, Rel. Des. Gonzalo Teixeira e Silva. j. 14.09.1999, Publ. DJ 03.11.1999 p. 13).*

De resto, cabe referir que nem mesmo síndico nomeado há no feito.

Isto porque o síndico dativo, inicialmente nomeado pelo Juízo, renunciou ao encargo por motivo de força maior, e os posteriormente nomeados não aceitaram o cargo. Posteriormente, fora nomeado o requerente, principal interessado no andamento do processo, síndico da massa, sendo que este, como sói acontecer, recusou da nomeação, deduzindo empecilhos que o impedem de desempenhar com zelo e responsabilidade as funções do síndico, que são por demais importantes, *“fato que a comarca dista do escritório central da empresa, bem como não dispõe de pessoa capacitada para tanto”* (fl. 115).

Cabe referir que, por certo, também ante a inexistência de bens, apresenta-se difícil que terceiro que não o requerente aceite exercer o munus, já que é previsível que não receberá qualquer remuneração pelo labor que desempenhará, não se podendo obrigar terceiro a exercer este relevante cargo de forma gratuita, sem qualquer previsão de per-

ceber rendimentos, até porque a jurisprudência pátria não tem admitido, do meu ponto de vista de forma correta, que seja o Estado obrigado apagar a remuneração do síndico, sendo este encargo da massa.

Todavia, se inexistem bens apesar de todas as diligências realizadas, presumível que a massa não obterá qualquer receita, não havendo bens a serem levados à venda, nem mesmo aptos a suportar qualquer despesa processual, quanto mais para remunerar o síndico ou até mesmo pagar parte do débito que está em aberto.

Impende colacionar, neste ponto, sentença da Ilustre colega Magistrada Inajá Bigolin, retirada da Revista Sentenças e Decisões de Primeiro Grau, publicação da AJURIS, n. 5/6, pág. 91-93, de onde se extrai a seguinte passagem plenamente aplicável ao caso ora em voga:

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

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

Ilógica a facilidade de os interessados diretos, que se mostram indiferentes

ao prosseguimento da ação especial, depois de frustrada a expectativa de recebimento imediato de seus créditos, deixarem todas as obrigações aos Juízes, curadores e síndicos dativos, estes cada vez mais sacrificados.

Ora, se a falência é a execução por meio da qual se busca pagar os credores pela liquidação do patrimônio do devedor insolvente, fica difícil entender por que os Juízes, curadores e síndicos dativos devam sustentar interesses dos credores desinteressados...

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

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

De outra banda, no presente feito houve a aplicação do art. 75 da Lei de Quebras, com a publicação dos editais ali enunciados, conforme fls. 119-123 dos autos, sendo que decorrido o prazo estipulado nenhum dos credores ou interessados, e nem mesmo o requerente, se manifestou no sentido de ter interesse no prosseguimento e muito menos assumindo o ônus de arcar com as despesas necessárias, nos exatos termos do § 1º deste artigo.

Esta norma se destina justamente a casos como o ora em tela, nos quais não foram arrecadados bens em poder do falido e quando se apresenta incoerente e nada salutar seguir-se no feito falimentar se o requerente, maior interessado, não se compromete a arcar com as despesas processuais.

Cumpridas tais formalidades legalmente previstas, e não havendo qualquer bem arrecadado ou encontrado em poder do falido, bem como considerando que os interessados permaneceram silentes no prazo dos editais, impende na aplicação do §3º do art. 75, qual seja, com a extinção do feito pelo encerramento da falência.

Assim, postos estes elementos, e nos exatos termos do art. 75, § 3º, do Decreto-Lei nº 7.661/45, tenho pela decretação do encerramento da falência.

#### Dispositivo

Ante o Exposto, julgo encerrada a falência, com fulcro no art. 75, § 3º, do Decreto-Lei 7661/45, a presente ação declaratória de falência de MIRANDA FÁTIMA DAL PUPO movida por NACIONAL SUPERMERCADOS S/A.. Declaro, por corolário, encerrada a presente falência de MIRANDA FÁTIMA DAL PUPO, que continuará responsável por seus créditos na forma da Lei.

Custas pela requerida, dispensado o pagamento em face de suas reduzidas condições econômicas.

Sem condenação em honorários, até porque a extinção se deve a fato superveniente, inexistência de bens.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Constantina, 07 de maio de 2003.

**Eduardo Giovelli** - Juiz de Direito Substituto.

---

**Processo nº 101663665 – Indenizatória.**

**Comarca de Porto Alegre**

**Autora: Edelweiss Bassis**

**Requerida: Zero Hora Editora Jornalística S/A**

**Denunciada À Lide: Propaganda Light Ltda**

**Prolator: Luciano André Losekann, em substituição.**

**Data: 23 de outubro de 2002.**

---

*Ação Indenizatória. Obra fotográfica. Ausência de autorização para publicação. Co Responsabilidade.*

Vistos etc.

Edelweiss Bassis, por intermédio de seus procuradores (fl. 19), aforou a presente (sic) Ação de Indenização contra ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S/A, ambas qualificadas à fl. 02. Narra a autora, em síntese, ser fotógrafa profissional, tendo firmado contrato de participação em obra literária com o escritor Luiz de Martino Coronel, visando ao fornecimento de “kromos” para a ilustração da obra de poesias “Cidades Gaúchas”, a ser realizada pelo último no ano de 1996. Realizada a obra, em cuja capa chegou a ser referido o nome da demandante, diz a requerente ter sido surpreendida pelo fato de, em 10/05/99, sem qualquer autorização, a empresa ré ter publicado o Jornal “Zero Hora” (ZH), à página 31, três obras fotográficas de autoria da depoente e que faziam parte do livro poético antes mencionado. Obtempera que se tratou de divulgação promocional do Jornal ZH visando à comercialização de três CDs da coleção “Tchê Music ZH”, sendo a ilustração da capa de cada CD vendido pela editora jornalística ao preço de R\$ 5,00, contendo a desautorizada obra fotográfica da autora. Ressalta que a publicação teve

prosseguimento nos dias 11 a 14 e 16 e 17 de maio de 1999, consoante documentos que anexa. Acrescenta que, inicialmente programado para ser comercializado a partir de 21/05/99, o lançamento da coleção de CDs foi adiado para 28/05/99, lapso de tempo no qual a editora jornalística, reconhecendo a apropriação indevida das obras fotográficas da requerente, reformulou os discos, passando a incluir imagens dos grupos musicais que participaram da coletânea. Desse modo, com espeque nos arts. 5º, inc. XXVII, da CF; 159 do CC; 5º, VII, 7º, 22, 24, 28, 29, 79, § 1º, 102, 184, § 1º, da Lei nº 9.610/98; 208 e 210 da Lei nº 9.279/96 e Súmulas 562 do STF e 43 do STJ, requereu fosse julgado procedente o pedido ao efeito de ver a empresa ré condenada ao pagamento (a) de danos morais a serem arbitrados judicialmente; (b) danos patrimoniais resultantes do episódio, abrangendo tanto os danos emergentes, representado pela publicidade levada a efeito com as obras fotográficas e o prejuízo direto daí resultante, como os lucros cessantes, representados pelos benefícios econômicos que a autora deixou de auferir com a publicação desautorizada, valores estes a serem encontrados em oportuna liquidação de sentença. Sugere que o valor da indenização deve ser de cerca de R\$ 80.100,00 para os danos materiais,

sem prejuízo de igual quantia para os chamados danos morais, quantias a serem atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, contados na forma do art. 962 do CC, além dos normais ônus decorrentes da sucumbência. Com a inicial foram juntados os documentos de fls. 19/34.

Válida e regularmente citada (fl. 45 v.), ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S/A ofereceu contestação (fls. 48/69), sustentando que, com o intuito de promover grupos musicais regionais, veiculou em determinadas sextas-feiras do ano de 1999 aquisição conjunta do jornal que, acrescido da importância de R\$ 5,00, dava ao leitor o direito à obtenção do CD “Tchê Music ZH”. Para a produção e execução de tal serviço foi contratada a empresa Propaganda Light, que se responsabilizou pela confecção das capas dos CDs, que foram divulgadas pelo jornal Zero Hora. Porém, após algumas veiculações, a autora entrou em contato com a empresa jornalística, salientando que as fotografias das capas dos CDs eram de sua autoria e que não havia autorizado a reprodução das mesmas. Desse modo, entrou a empresa jornalística em contato com a agência Propaganda Light, questionando-lhe acerca das fotografias, salientando esta que havia utilizado fotos de seu banco de dados e que a reprodução era autorizada. Mesmo assim procurou a empresa jornalística contatar a requerente para (sic) “*adimplir-lhe valor referente à utilização das fotografias*”, o que não foi possível porque a demandante não mais foi encontrada. Desse modo, preocupada com a questão, a demandada alterou as capas dos CDs, evitando a utilização de fotografia sobre a qual não dispunha

de conhecimento sobre os direitos autorais. Destaca que a impossibilidade de ressarcimento deveu-se à conduta da autora, antevendo vantagens pecuniárias com a demanda. Sustenta a ilegitimidade passiva *ad causam*, já que a responsável pela produção das capas dos discos foi a empresa Propaganda Light, Requereu a denúncia da lide desta empresa, nos lindes do art. 70, III, do CPC. No mérito, salienta que não agiu ilicitamente, não tendo culpa pelo episódio, atribuível à conduta de terceiro. Insurge-se contra o pedido de indenização por danos materiais e morais formulado pela autora. Irresigna-se com a hipótese de se atribuir caráter punitivo à indenização por danos materiais e morais, requerendo, ao final, fosse julgado extinto o processo com apoio no art. 267, VI (ilegitimidade passiva), do CPC, e, no mérito, a improcedência do pedido, com a condenação da autora ao pagamento das verbas de estilo. Anexou aos autos os documentos de fls. 72/97.

Réplica às fls. 100/116, insurgindo-se a autora contra a narrativa da ré, contra o pedido de denúncia da lide, reafirmando, quanto ao mais, seus anteriores argumentos.

As partes foram instadas a especificar provas (fl. 117), requerendo ambas a produção de prova oral.

O feito foi saneado (fl. 128), ocasião em que foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e deferida a denúncia da lide.

Contra tal decisão interpuseram autora e ré ZH seus respectivos recursos de agravo, que ficaram retidos nos autos (fls. 130/134; 135/138), sendo a decisão mantida, por seus fundamentos (fl. 140).

Citada (fl. 144), a litisdenunciada PROPAGANDA LIGHT LTDA ofereceu contestação (fls. 145/149), argumentando, em resumo, ter sido contratada pela litisdenunciante para elaborar campanha publicitária para lançamento da coleção de CDs, iniciando, com isso, o seu trabalho, entendendo que, ante o teor dos discos a serem lançados, a publicidade deveria ter como fundo trabalhos gráficos que retratassem lugares do Estado do Rio Grande do Sul. Para tanto, consultou arquivos fotográficos de vários profissionais de Porto Alegre, de tal sorte que foram escolhidos os arquivos fotográficos de João Alberto Mello de Mattos, principalmente em função das qualidades técnicas do trabalho por este realizado. Assevera ter recebido autorização de dito fotógrafo, pagando-lhe o valor pelo uso das imagens. Soube, posteriormente, que a autora reivindicou a autoria das fotos, mas, mesmo tendo certeza de que o material não havia sido produzido pela requerente e apesar de serem locais públicos, admitiu a alteração das matérias publicitárias, como desejava a empresa ZH. Ressalta que a autora está a agir de má-fé, porquanto os locais fotografados são públicos e não foi ela a pioneira na produção dessa espécie de fotos. Requereu, assim, a improcedência do pedido, com a condenação da demandante ao pagamento dos ônus da sucumbência. Anexou os documentos de fls. 151/168.

Réplica às fls. 169/175, juntando aos autos os documentos de fls. 176/188.

No decorrer da instrução, tentada, infrutiferamente, a conciliação (fl. 229), determinou-se a produção de prova pericial a fim de bem determinar a autoria dos trabalhos fotográficos, pelo

que as partes apresentaram seus quesitos e indicaram seus assistentes técnicos (fls. 232/234; 236/237).

Nomeado o perito (fl. 238), veio aos autos o laudo pericial de fls.256/263.

Laudo do perito assistente da autora à fl. 264.

As partes foram intimadas a manifestar-se sobre o laudo, sobrevindo aos autos as petições da autora e da ré ZH (fls. 266/268; 269).

Em nova audiência, inexitosa a conciliação, inquiriu-se uma testemunha (fls. 287/291).

Encerrada a instrução (fl. 301), os debates orais foram substituídos pela apresentação de memoriais em cartório, nos quais os procuradores das partes reiteraram seus anteriores pontos de vista (fls. 306/314; 315/327; 338/341).

Não intervém o Ministério Público. É o relatório.

Passo à fundamentação.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela ré Zero Hora Editora Jornalística S/A em contestação já foi apreciada por ocasião do despacho saneador de fl. 128.

A questão, no entanto, é recorrente e acaba se entrelaçando com o mérito da demanda, mormente quando sustenta a empresa jornalística não possuir qualquer culpa pela irregular utilização e publicação das fotos, já que o trabalho de publicidade foi de responsabilidade da litisdenunciada Propaganda Light.

Por isso, de início, já se diz que o tema deve ser novamente abordado, como logo adiante se faz.

Porém, há outra questão (prejudicial) que, necessariamente, antecede ao exame de eventual culpa das empresas

requeridas. Trata-se, em primeiro plano, de definir quem foi o autor das fotos indevidamente utilizadas, uma vez que a litisdenunciada Propaganda Light sustentou em sua contestação que as fotos seriam da autoria de João Alberto Mello de Mattos, e não da requerente.

Nesse passo, a prova pericial produzida no curso da instrução espancou todas as dúvidas: as fotos foram, efetivamente, realizadas pela autora.

Com efeito, às fls. 257-258, vaticinou o perito que a (sic) “*certeza da Denunciada em dizer que as fotos dos anúncios publicados no Jornal Zero Hora ‘não eram as mesmas do trabalho da Autora’, pág. 147 do processo, é derrubada no momento em que, dentre outros detalhes técnicos melhor detalhados na resposta aos quesitos de ambas as partes, se constata, por exemplo, que a foto da fachada das Missões utilizada na Campanha foi reproduzida da página 57 do livro, pois contém, em seu lado direito, tal qual a foto do livro, a aplicação de uma foto menor apresentando o detalhe de um capitel*”. Logo adiante acrescentou que “*.... os originais (cromo) apresentados pela autora servem como prova incontestável de que tanto as fotos da publicação ‘Cidades Gaúchas’, quanto as utilizadas na Campanha ‘Tchê Music’, são de autoria de Edelweiss Bassis*”.

Desse modo, restaram sem qualquer sustentação as assertivas da requerida Propaganda Light quanto à autoria das fotos.

Uma vez superada tal questão, passa-se à delimitação do problema da culpa, seja da empresa litisdenunciada, seja da ré ZH.

Quanto à litisdenunciada, não restam maiores indagações. A empresa Propaganda Light, sem o menor constrangimento, simplesmente tomou as fotografias de autoria da demandante e as reproduziu, sem qualquer autorização, na capa dos CDs da coleção “Tchê Music ZH”, como se nota ao se compulsarem e cotejarem os documentos de fls. 26/27 e os anúncios publicitários ao depois veiculados no Jornal ZH (fls. 30/31).

Nesse sentido, vale lembrar que a Lei nº 9.610, de 19-2-1998 (Lei de Direitos Autorais), em seu art. 7º, inc. VII, diz serem criações intelectuais protegidas as “*obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia*”, de tal sorte que, para tornar efetiva essa proteção, exige o art. 29 a autorização prévia e expressa do autor para a utilização, parcial ou total, da obra criada.

Ora, é certo que, no caso dos autos, a litisdenunciada nunca obteve a autorização da requerente para esse fim, residindo aí, precisamente, a sua conduta ilícita, consistente na violação de disposição legal destinada a proteger o interesse da autora, qual seja, a sua criação intelectual, verdadeira manifestação de seu direito de personalidade, de assento constitucional (art. 5º, inc, XXVII)<sup>1</sup>.

---

1 – Carlos Alberto BITTAR conceitua os direitos de personalidade como direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição de pessoa humana, tomada em si mesma, e em suas projeções para o mundo exterior. V. nesse sentido BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1994. p. 207.

Quanto à litisdenunciada, pois, restam plenamente preenchidos os requisitos do art. 159 do vigente CC, podendo-se falar até, quando menos (e diz-se assim porque o caso concreto aponta até mesmo para a figura do dolo eventual), na existência de um “culpa consciente” da empresa, vale dizer, agiu como agiu confiando em que não viesse a ser descoberta/surpreendida utilizando a obra fotográfica da requerente (confiava na não-ocorrência de um resultado antijurídico), e só por isso praticou a conduta<sup>2</sup>.

Respeitante a empresa jornalística ZH, a questão revela-se um pouco mais tormentosa, pois alegou ela em contestação, de modo bastante perspicaz, não possuir qualquer culpa pelo episódio, à medida que contratou a ré Propaganda Light para realizar a campanha publicitária, não tendo assim qualquer conhecimento sobre a origem das fotografias, seu autor, e se havia, ou não, prévia autorização para a reprodução das fotos. Em síntese, a ré ZH alega não ter praticado nenhum ato ilícito capaz de gerar o dever de indenizar.

Tenho, no entanto, que assim não é.

A solução da questão, em um primeiro momento, passa pela intrincada análise da culpa e, assim, da conduta da ré no caso concreto.

Consoante pondera Inocêncio Galvão Telles, no conceito de culpa cabem

“as modalidades de nexos de imputação do ato ilícito ao agente em que *não há previsão ou aceitação do resultado antijurídico*. Ou o agente nem sequer prevê esse resultado; ou prevê-o como possível mas sem que isso signifique aceitá-lo, aderir a ele, convicto como está de que não se efetivará. Mesmo assim, o acto ilícito é-lhe imputável porque ele *deveria ter procedido por forma a evitá-lo, usando da diligência adequada*. Faltando embora previsão ou aceitação do resultado antijurídico, existe contudo *omissão da diligência exigível*”.

Mais adiante, o mesmo autor indaga como se determina a *diligência exigível*, isto é, como se afere o comportamento do agente a fim de apurar se ele usou ou não dessa diligência. Nesse caso, refere Galvão Telles, tem-se de recorrer a determinado *padrão* ou *bitola*, sendo possível adotar um de dois padrões: ou (1) “o *comportamento habitual do próprio lesante*” ou (2) “o *comportamento de um homem comum*. Ou se confronta a conduta do agente, na hipótese concreta, com a forma *como ele de ordinário procede*; ou se confronta essa conduta com a de uma *pessoa média*”, de modo que se toma como figurino o autor do ato ilícito, que terá procedido com culpa se não usou aquele grau de diligência, maior ou menor, que põe em regra nas suas coisas; ou o modelo é o

---

2 – Oportuna, nesse sentido, a lição de Inocêncio GALVÃO TELLES, para quem a culpa consciente encontra “paredes-meias” com o dolo eventual. Para o referido autor, na hipótese de culpa consciente, o “devedor tem consciência de que o evento ilícito poderia ocorrer, mas confiou em que tal não aconteceria e só por isso agiu, não sendo, no entanto, razoável essa sua confiança, fruto de inconsideração ou ligeireza” (TELLES, Inocêncio GALVÃO. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. e apl. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 350).

do homem-tipo, o bom cidadão, ou, como diziam os romanos, o “bonus pater familias”, concluindo-se que há culpa se não empregou diligência que seria de se esperar desse homem-tipo<sup>3</sup>.

O vigente Código Civil brasileiro é absolutamente insatisfatório em determinar ou, ao menos, indicar qual o padrão que deve ser adotado, inclinando-se a doutrina e a jurisprudência, porém, para a adoção da confrontação da conduta com o *standard* do homem-tipo.

No caso em tela, porém, a adoção desse padrão é insatisfatória, porque não se está a analisar a conduta global das empresas jornalísticas, ou, melhor dizendo, a conduta-padrão que normalmente adotam em casos como o dos autos, senão que se deve valorar o comportamento da empresa em face das peculiaridades do caso concreto, que acabam por apontar, a meu juízo, para o reconhecimento, também, de sua co-responsabilidade pelo evento.

Ocorre que, na espécie, a empresa ZH lançou vigorosa campanha publicitária destinada a comemorar seus 35 anos de atividade e valorizar o cancionero regional, pretendendo vender os CDs – em cujas capas estavam as fotos realizadas pela autora – conquanto o consumidor adquirisse um exemplar do jornal ZH e pagasse, ainda, a importância de R\$ 5,00. Vale dizer, seria uma forma, de a um só tempo, autopromover-se e incrementar as vendas de jornal, daí resultando o seu lucro. E, mais, essa é uma atividade corriqueira para a empresa ZH, que sistematicamente efetua essa espécie de promoção. Significa dizer que

essa espécie de veiculação publicitária não é uma tarefa estranha ou incomum para a empresa. Pelo contrário, está associada ao próprio tipo de atividade que desenvolve, que comanda, de sorte que deva a empresa redobrar as cautelas no momento em que lança qualquer promoção utilizando obras artísticas, fotográficas, científicas ou intelectuais, impondo-se a ela – tanto quanto a eventual empresa que contrate para essa tarefa – um dever de cuidado, qual seja, o de certificar-se, previamente, a quem pertencem esses direitos autorais e se se obteve, para o caso concreto, previamente, a indispensável autorização para publicação. Pensar o contrário, a meu ver, seria tornar muitíssimo cômoda a situação de empresas jornalísticas que, diuturnamente, utilizam-se de obras intelectuais, artísticas e científicas (*in hoc casu*, fotográfica) para a ilustração de matérias, ou, como no caso dos autos, para, além de divulgar a boa música gaúcha, fomentar a venda de jornais, tudo em detrimento dos direitos do autor.

Daí, a meu ver, a co-responsabilidade (leia-se responsabilidade solidária) da ré ZH pelo fato e, bem assim, pelo dever de indenizar a demandante.

Outro ponto controvertido diz com a questão das perdas e danos, expressão compreensiva dos chamados danos emergentes e lucros cessantes e as formas de liquidação respectivas.

Respeitante aos danos emergentes, vale dizer, aquele prejuízo efetivo experimentado pela lesada, tenho que o critério sugerido pela autora às fls. 13/15 não se mostra razoável, por evidentemente

---

3 – TELLES, Inocêncio GALVÃO. Ob. cit., p. 350-351.



exagerado, além de que se deve levar em conta a circunstância de que a empresa ZH, tão logo avisada de que as fotos eram de autoria da demandante, deixou de veicular os anúncios dos CDs que continham a desautorizada obra fotográfica, procurando minorar as consequências de sua negligente conduta. Nem há de se relegar a questão da quantificação dos danos emergentes a uma fastidiosa liquidação de sentença, o que é totalmente desnecessário.

Nesse passo, tenho que o critério a ser seguido é aquele disposto no art. 103 e seu parágrafo único, da Lei 9.610/98, isto é, ou (a) tem em consideração o número de exemplares de jornal editados com a ilícita veiculação da obra fotográfica desautorizada, com o pagamento, a título de danos emergentes, do preço dos exemplares vendidos, ou, (b) em não se tendo ciência de exemplares editados, o pagamento do equivalente a 3.000 (três mil) exemplares, mais os apreendidos. Pode-se, aqui, à luz do balizamento legal e em razão do já mencionado comportamento (posterior) da empresa jornalística, seguir o critério elencado em segundo lugar (letra “b” supra), até mesmo em obediência ao princípio da proporcionalidade, em que pese a autora tenha trazido aos autos a exata tiragem do jornal à época dos fatos (fl. 34).

Desse modo, entendo que no caso em exame afigura-se justo e razoável impor às rés o dever de indenizar os danos emergentes tendo por base 3.000 (três mil) exemplares de jornal, a ser multiplicado pelo preço de capa do jornal à época do fato – dado este facilmente acessível pela autora, ou, se for necessário, por simples petição nos autos, poderá haver determinação judicial nes-

se sentido para a ré – e mais uma vez multiplicado pelo número de dias em que houve a ilícita veiculação.

Resumidamente, ter-se-á que o valor dos danos emergentes (VDE) será encontrado pela seguinte fórmula:  $VDE = 3.000 \times PCJ \times n^{\circ}$ . DP onde, como dito, 3.000 = ao número mínimo de exemplares de jornal vendidos; PCJ = preço de capa do jornal e  $n^{\circ}$ . DP = o número de dias de publicação. Por certo, no cálculo, o PCJ pode variar, considerando o dia da semana em que editado o periódico (domingo, por exemplo). O valor encontrado deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M a partir de cada uma das publicações e acrescido de juros de mora de 6% ao ano, contados na forma do art. 962 do vigente Código Civil.

Respeitante aos lucros cessantes, isto é, valores que a autora deixou de auferir em razão do evento danoso, ou, em outras palavras, uma vantagem patrimonial que não chegou a ingressar no patrimônio da requerente (art. 1.059, CC), tenho que o pedido, tal como formulado na inicial, não pode ser albergado. A autora pretende, a título de lucros cessantes, valor correspondente aos (sic) “*benefícios que seriam aproveitados pela Autora com a publicação lícita da obra*” (fl. 16, *in fine*).

A meu ver, esse critério, buscado subsidiariamente pela autora no art. 210 da Lei Federal nº 9.279/96, não serve ao caso concreto, à medida que a requerente já havia utilizado comercialmente as fotos de sua autoria para compor a obra poética de Luiz Coronel, como faz prova o contrato de fls. 21/22.

Significa dizer que a utilização futura de tais fotografias não seria mais a mesma, justamente porque já compunham elas uma obra literária, não possuindo

mais o caráter de inéditas e, bem por isso, o seu valor comercial seria menor. O lucro cessante não pode ser imaginário, por isso que a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, utilizada pelo art. 1059 do CC, significa que, “até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria”, como pondera Agostinho Alvim. E acrescenta este jurista: “Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes”<sup>4</sup>.

Nessa quadra de idéias, o lucro cessante deve corresponder, no caso, apenas à metade do valor objeto da contração (básica) de fls. 21/22, ou seja, a importância de R\$ 7.500,00, a ser corrigida pelo IGP-M a partir da última publicação desautorizada (17/05/99) e acrescida de juros moratórios de 6% ao ano, contados desta última data (17/05/99), porquanto a partir de então é que as possibilidades de utilização futura das fotos pela requerente restaram frustradas.

Tangente ao chamado dano moral, o pedido prospera.

Conforme o magistério de Yussef Said Cahali, impõe-se aclarar que no dano simplesmente patrimonial busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, ao passo que no dano moral a reparação se faz por uma *compensação ou reparação satisfativa* pela dor e sofrimento psicológico que teve a vítima ou o ofendido<sup>5</sup>.

Karl Larenz lembra que não há no dano moral uma indenização propriamente dita, mas apenas uma compensação ou satisfação a ser dada *por aquilo que o agente fez ao prejudicado*, isso sem contar com o fato de que a indenização por dano moral tem, também, um caráter de pena, a demonstrar que o ordenamento jurídico como um todo reprova o ato do ofensor e se preocupa com a vítima<sup>6</sup>.

Sob este ângulo, nada mais justo que as rés arquem com a indenização respectiva, mormente por terem atingido a esfera dos direitos de personalidade da demandante. Considerando, sobretudo, os dissabores advindos para a autora com a publicação desautorizada de fotografias de suas autoria, bem se pode ter a idéia da angústia e da amargura que o fato lhe provocou.

Assinale-se, ainda, que a composição do dano moral, conforme remansosa doutrina, há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou psicológica, como se queira dizer, de um bem insubstituível, fixando-se, para tanto, um valor certo, entregue ao prudente arbítrio do julgador. Nesse quadrante, lembra Oliveira Deda, citado por Humberto Theodoro Júnior, que “ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e

4 – ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 189.

5 – CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: RT, 1980. p. 26.

6 – LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Madri: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 642.

*moderado não é o mesmo que arbitrari-  
idade*"<sup>7</sup>.

Ante tais ponderações, entendo que a quantia de 50 (cinquenta) salários mínimos (hoje equivalentes a R\$ 10.000,00), bem traduz o sofrimento experimentado pela demandante e é a que deve ser indenizada pelas requeridas, que tem capacidade para suportar tal verba.

Assim, a ação goza de parcial procedência.

Isso Posto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado por EDELWEISS BASSIS contra ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S/A e PROPAGANDA LIGHT LTDA, para condenar estas, solidariamente, ao pagamento das seguintes importâncias: (a) danos emergentes, calculados pela aplicação da fórmula  $VDE = 3.000 \times PCJ \times n^\circ \cdot DP$ , onde  $3.000$  = ao número mínimo de exemplares de jornal vendidos;  $PCJ$  = preço de capa do jornal e  $n^\circ \cdot DP$  = o número de dias de publicação. O valor respectivo deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M a partir de cada uma das publicações e acrescido de juros de mora de 6% ao ano, contados na forma do art. 962 do vigente Código Civil; (b) à importância de R\$ 7.500,00, a título de lucros cessantes, importância esta a ser atualizada monetariamente pelo IGP-M a con-

tar da última publicação desautorizada (17/05/99) e acrescida de juros moratórios de 6% ao ano, a contar dessa última data; (c) 50 (cinquenta) salários mínimos (nacional), à data do efetivo pagamento, a título de danos morais.

Outrossim, tendo em conta a sucumbência parcial e recíproca (art. 21, CPC), condeno as rés ao pagamento de 75% das custas processuais, cabendo o restante à autora. Os honorários advocatícios para todos os causídicos vão fixados em 15% sobre o montante corrigido da condenação, de sorte que as rés pagarão ao procurador da autora o equivalente a 75% desse valor (i.é, sobre 15% da condenação) e a requerente o equivalente a 25% dessa importância em prol dos procuradores das demandadas, inadmitida a compensação a teor do art. 23 da Lei n. 8.906/94.

De outro lado, de ofício determino a extração de cópia de todo o processo e envio das respectivas peças ao Ministério Público para apuração de eventual prática de crime, por conta da juntada dos documentos de fls. 155/157.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 23 de outubro de 2002.

**Luciano André Losekann** - Juiz de Direito.

---

7 – DEDA, Oliveira. *Enciclopédia Saraiva*. V. 22, p. 290. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil – Danos morais e patrimoniais – Acidente no trabalho – Ato de preposto*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 85, v. 731, setembro/96. p. 103.

---

**Processo nº 111808540 - Pedido de alvará de autorização para interrupção de gestação.**

**Comarca de Porto Alegre**

**Autor: E. C. S.**

**Juiz prolator: Diógenes V. Hassan Ribeiro**

**Data: 21 de novembro de 2002.**

---

*Alvará de autorização para interrupção de gravidez. Competência da Vara de Família. Risco de vida da autora do pedido. Diagnóstico fetal de "holoprosencefalia", mal formação fetal de várias ordens, como: edema do tecido celular subcutâneo generalizado, polidrâmnio, dilatação renal bilateral, placenta espessada, fenda labial e malformação cardíaca grave, portador do cromossoma 13 que leva à morte do feto. Deferimento do pedido.*

Vistos.

1. Trata-se de pedido de autorização judicial para a interrupção da gestação formulado pela autora, brasileira, solteira, nascida em 21/5/1978. Alegou que se encontra grávida, estando com 26-27 semanas de gestação, tendo procurado os serviços médicos do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, pois havia recebido o diagnóstico fetal de "holoprosencefalia (presença de líquido intracraniano, sem visualização de tecido cerebral). Tendo sido realizada nova ecografia, ficou confirmado o diagnóstico e, mais do que aquele anterior, foi constatada malformação fetal de várias ordens, como: edema do tecido celular subcutâneo generalizado, polidrâmnio (aumento do líquido amniótico), dilatação renal bilateral, placenta espessada, fenda labial e malformação cardíaca grave. Além disso, do líquido amniótico

retirado foi constatado que o feto é portador do cromossomo 13, doença incurável que leva à morte fetal.

Os médicos firmaram o relatório que veio acostado à inicial, sendo que um deles é Chefe do Setor de Medicina Legal do HCPA, e a outra é pós-graduanda em ginecologia e obstetrícia.

Mencionou, também, que a gravidez põe em risco a sua vida, o que ficou ratificado no relatório médico.

2. No parecer ministerial, a Dra. Promotora de Justiça, citando jurisprudência, expõe que a competência para o conhecimento do pedido é de Vara Criminal, não da Vara de Família.

3. Efetivamente, não há legislação que afaste qualquer dúvida sobre a competência para o conhecimento do pedido. Todavia, entendo que a competência é da Vara de Família.

Tal entendimento decorre da análise do Código de Organização Judiciária do Estado, bem assim de outros textos legais. No C.O.J. E. não há menção expressa sobre a competência para conhecimento de tal pedido. No Código Penal, o art. 128, inciso I, trata do aborto necessário. Neste caso, se o médico pratica o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, não será punido. Entretanto, aqui já ocorre o aborto e, na maioria dos casos, sequer haverá denúncia e, quando houver, provando-se que se tratava de aborto

necessário, haverá a exclusão da antijuridicidade.

Não fosse suficiente isso, examinando-se a jurisprudência, houve exame recente em pedidos dessa natureza pela Colenda Câmara especializada do Egrégio Tribunal de Justiça:

EMENTA: PEDIDO DE ABORTO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA INDEMONSTRADA. DIREITO DO FETO À VIDA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO NATURAL. DIANTE DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SEGUROS DE CONVICÇÃO ACERCA DA OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA SEXUAL, NAO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL NEM INDICADA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ PRETENDIDA, VISTO QUE MAIORES SERIAM OS MALEFÍCIOS. DESTACO QUE MERECE MAIOR PROTEÇÃO O INTERESSE DO NASCITURO EM VIVER, CONFORME O ART-227 DA CF. O FATO DE EXISTIR E DE PERMANECER VIVO, ENQUANTO AS FUNÇÕES BIOLÓGICAS PERMITIREM, CONSTITUI DIREITO NATURAL INALIENÁVEL DE TODO O SEU HUMANO E, EM SI MESMO, O PONTO DE PARTIDA PARA TODOS OS DEMAIS DIREITOS QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO POSSA CONCEBER. RECURSO DESPROVIDO. (7 FLS.) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70001010446, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 03/05/00).

EMENTA: PEDIDO DE ABORTO. 1. A COLETA DE SANGUE PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA PODE SER FEITA NO MOMENTO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ OU NO MOMENTO DO PARTO, NAO SE MOSTRANDO RECOMENDÁVEL ADOTAR PROCEDI-

MENTOS AGRESSIVOS AO FETO, ANTES DO NASCIMENTO. 2. DIANTE DO TEMPO DE GESTAÇÃO, NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL NEM INDICADA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ PRETENDIDA, VISTO QUE MAIORES SERIAM OS PREJUÍZOS EM DETRIMENTO DOS BENEFÍCIOS, RAZÃO PELA QUAL MERECE SER MANTIDA A DETERMINAÇÃO DE QUE SEJA REALIZADO O EXAME PERICIAL, MAS NO MOMENTO PRÓPRIO. 3. DESTACO QUE MERECE PROTEÇÃO O INTERESSE DA ADOLESCENTE EM TER UMA VIDA SAUDÁVEL, TANTO QUANTO O DO NASCITURO EM VIVER, CONFORME OS ARTIGOS 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 4º DA LEI N. 8069/90. 4. O FATO DE EXISTIR E DE PERMANECER VIVO ENQUANTO AS FUNÇÕES BIOLÓGICAS PERMITIREM, CONSTITUI DIREITO NATURAL INALIENÁVEL DE TODO O SER HUMANO E, EM SI MESMO, O PONTO DE PARTIDA PARA TODOS OS DEMAIS DIREITOS QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO POSSA CONCEBER. RECURSO DESPROVIDO. (8 FLS.) (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70000899625, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 03/05/00).

Tendo havido, em data recente, exame pela Câmara Cível Especializada de semelhante pedido, nada sendo mencionado sobre eventual incompetência, de concluir-se ser da competência da Vara de Família o pedido.

Outrossim, houve exame, ainda que em data mais distante, de conflito negativo de competência, nos seguintes termos:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA PROCEDER A ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO. COMPETÊNCIA DE VARA CÍVEL. JULGARAM IMPROCEDENTE O CONFLITO. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 595170473, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. NELSON OSCAR DE SOUZA, JULGADO EM 06/11/95).

De todo modo, houve outro julgamento de conflito de competência, que deu pela competência da Vara Criminal em detrimento da Vara da Direção do Foro:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO CRIMINAL E DIREÇÃO DO FORO PARA APRECIÇÃO DE PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA ABORTO EM DECORRÊNCIA DE ESTUPRO - COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL PARA EXAME, INCLUSIVE SOBRE O CONHECIMENTO OU NÃO, DA MATÉRIA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 70000310300, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, JULGADO EM 20/10/99)

Entretanto, como a matéria não pode ser considerada pacífica, e ten-

do em conta a jurisprudência primeira colacionada, perfeitamente adequado o entendimento aqui adotado de que é da competência da Vara de Família.

4. Nesses termos, examinando, detidamente, o relatório médico acostado e os resultados dos exames apresentados, plenamente cabível o deferimento da medida, de forma preventiva, dado o caracterizado risco à vida da requerente, não havendo qualquer possibilidade de reversão do diagnóstico fetal. Assim, impõe-se cuidar de salvar a gestante de qualquer mal futuro, pois, conforme o relatório médico, o feto está irreversivelmente prejudicado. E, conforme indica o relatório médico, a manutenção da gravidez poderá acarretar risco à vida da requerente, o que, repito, se deve evitar.

Isso Posto, defiro o alvará requerido, cabendo os médicos adotarem as providências adequadas, na reiterada e contínua confirmação do relatório acostado aos autos.

Expeça-se o alvará.

Intimem-se.

Porto Alegre, 21 de novembro de 2002.

**Diógenes V. Hassan Ribeiro** - Juiz de Direito.

---

**Processo nº 25.514 - Ação de Reintegração de Posse**  
**Comarca de Santa Vitória do Palmar**  
**Autor: Ramão Cardozo de Aguiar Silveira Lima**  
**Réus: Elba Rodrigues e Policarpo Paiva Nunes**  
**Juíza prolatora: Lourdes Helena Pacheco da Silva**  
**Data: 02 de dezembro de 2002.**

---

*Reintegração de Posse.*

Vistos.

Ramão Cardozo de Aguiar Silveira Lima, qualificado na fl. 02, ingressou com esta Ação de Reintegração de Posse em face de Elba Rodrigues, também identificada, narrando que adquiriu a posse de um imóvel na localidade da Coxilha do Litígio, sendo que utiliza um caminho ou estrada vicinal que nasce na BR 471 e vai em direção leste, cuja utilização sempre obteve de maneira livre, até mesmo em face de ser uma servidão de passagem. O requerente possui dois acessos para ingressar no interior de sua propriedade, mas em 02 de março de 2001, a mando da requerida, foram arrancados os bueiros existentes no local, sem qualquer motivo aparente, impedindo o acesso do autor ao interior de sua fração. Requereu a concessão de liminar reintegratória inaudita altera parte e, a final, a procedência do pedido. Acostou documentos (fls. 02-15).

A liminar foi concedida (fls. 19-21).

Citada, Elba Rodrigues Nunes contestou, sustentando que não é verdade que o requerente sempre se utilizou do corredor, tampouco pelo período de seis anos e, aliás, o referido corredor não se trata de uma estrada vicinal. Aduziu que o acesso do requerente sempre foi através de outra entrada existente a leste,

cuja existência o demandante omitiu. Postulou a condenação do autor como litigante de má-fé, a revogação da liminar concedida e, a final, a improcedência do pedido, tendo acostado documentos (fls. 26-33).

O autor peticionou (fl. 25) postulando a citação do marido, Policarpo Paiva Nunes da requerida para que integrasse o pólo passivo, o que foi deferido. Citado, Policarpo não apresentou contestação.

Houve réplica (fls. 39-40).

As partes manifestaram o interesse em produzir prova testemunhal (fls. 45; 49-50).

Na instrução, foram tomados os depoimentos pessoais das partes e inquiridas quatro testemunhas; houve desistência homologada quanto a uma das testemunhas arroladas (fls. 57-65).

Encerrada a instrução, o debate foi substituído por memoriais.

Em alegações finais, o autor analisou a prova colhida na instrução e postulou a procedência do pedido (fls. 72-5). Já os requeridos vindicaram a improcedência retomando as argumentações da contestação (fls. 76-85).

Vieram os autos conclusos.

Relatados.

Decido, fundamentadamente.

Prefacialmente, diga-se que não haveria necessidade de integração do pólo

passivo pelo cônjuge da demandada, como preleciona a doutrina. A participação do cônjuge é desnecessária, pois a ação possessória, para a melhor doutrina, não fica compreendida na regra do art. 10, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, não se tratando ação que ver-se sobre de direito real imobiliário. O cônjuge somente participará da causa, na hipótese de o ato de esbulho também ser a ele atribuído. No caso em exame, o demandante, sabedor da lição doutrinária comentada, ainda assim, postulou a citação do cônjuge da ré “por precaução”. Assim, optou por fazê-lo integrar a lide, não havendo, pois, que excluir o demandado Policarpo.

Registre-se que a teor do art. 320, inciso I do Código de Processo Civil, mesmo que Policarpo não tenha apresentado contestação, não lhe cabe decreto de revelia, já que a co-ré Elba contestou a demanda, sendo inegável que os interesses dos réus são comuns.

No mérito, a demanda procede integralmente, como se verá.

A ação de reintegração de posse, para obter julgamento de procedência, depende da demonstração dos pressupostos constantes do art. 927 do Código de Processo Civil, sem o que a ação é fadada ao insucesso.

No caso presente, o autor desincumbiu-se a contento do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

De ser salientado que o litígio imperante no feito se circunscreve ao direito de o autor transitar pela estrada vicinal que margeia suas terras e ingressar nestas através de quaisquer das porteiras que abriu no linde com a estrada vicinal, e não a partir do portão existente no linde da BR 471.

A ré, por sua vez, contesta o direito de o autor manter duas porteiras para seu uso a partir da estrada vicinal, sustentando que deve usar a entrada da BR 471.

De acordo com a requerida Elba, a estrada foi construída a partir de uma permuta de terras entabulada entre seu pai, Amaro Rodrigues Correa e a pessoa de Aires Lima, adquirindo assim, as terras de Amaro, saída para a BR. Apenas alegou, sem nada comprovar.

Pelo que se depreende, a ré entende que a porção de terras que constitui o corredor ou estrada vicinal é de sua propriedade e que tem direito de autorizar ou impedir seu uso ao seu talante.

Nesse sentido, a ré, em depoimento pessoal, declarou que “acha que é um abuso o fato de o autor que tinha uma porteira abriu uma segunda porteira, sendo que ele já tem uma terceira que dá para a BR. A depoente não concorda que o autor entre pelas duas porteiras que dão para o corredor, pois acredita que uma entrada é suficiente e o autor é displicente nos cuidados com o caminho”. (fl. 59).

O corredor ou estrada vicinal constituiu-se em servidão predial rústica, positiva, aparente, descontínua e não titulada, visto que situada em área rural e ligada a prédios rústicos, conferindo ao possuidor do prédio dominante o direito de praticar atos no serviente, e manifestada por obras ou sinais externos, tal como é a estrada vicinal erguida.

Induidoso que o exercício de posse sobre a servidão concede ao titular ou possuidor do prédio dominante o direito de proteger sua posse por meio das ações possessórias, como decorre do art. 702 do Código Civil, o que torna viável



o exercício da pretensão do autor na via escolhida. No âmbito da doutrina merece realce o escólio de Silvio Rodrigues<sup>1</sup>, *in verbis*:

“Com efeito, é torrencial a jurisprudência dos Tribunais brasileiros no sentido de conceder proteção à posse de servidões de passagem, também chamadas servidões de trânsito ou de caminho, quando pela habitualidade de sua utilização o chão é batido, o traçado é nítido, não podendo haver dúvida de que o dono do prédio dominante vem usando, regularmente, a passagem sobre o serviente”

Acrescente-se o ensinamento da jurisprudência:

“Reintegração de posse. Servidão de passagem. Interesse de agir. Prova. Provada a existência da servidão, e o exercício de sua posse, ainda que indireta, pelo autor, há interesse de agir. A tentativa de interrupção da servidão, caracteriza esbulho. Artigos 702, CCB e 927, CPC. Proteção possessória mantida. Repelida a preliminar, negaram provimento ao apelo”. (Apelação Cível nº 70000591289, Décima Nona Câmara Cível, TJRS, relator: des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgado em 29/08/2000)” (g.n.)

A partir da prova colhida na instrução, restou comprovada a utilização da estrada vicinal pelo autor.

René Cruz Silveira Lima informou (fl. 61) que “o autor costumava utilizar o corredor, o que era habitual para o autor. (...) Durante estes dois anos o depoente viu o autor utilizando a entrada pelo corredor”.

As declarações de Rosinha Garcia de Ávila são no mesmo sentido: “sabe que a estrada é utilizada pelo autor mas não sabe dizer há quanto tempo, se dois ou três anos. O autor utilizava a estrada para poder chegar nas suas terras”. (fl. 62).

Conclui-se, pois, que há pelo menos dois anos antes da ocorrência do esbulho, o autor vinha utilizando a estrada vicinal para acessar suas terras, abandonando a entrada existente pelo lado da BR 471. As testemunhas, aliás, afirmaram não ter visto Ramão usando a entrada pela BR 471. Osmar Rodrigues Carrasco referiu que “nunca viu o autor entrando pela porteira da BR”. (fl. 64), no mesmo sentido das declarações das demais testemunhas.

O exercício de posse sobre a servidão, pelo autor, restou confirmado.

Tenho que irrelevante o fato de existir outro portão para ingressar na fração de terras possuída pelo autor, o acesso pela porteira da BR 471, já que não é requisito da servidão de passagem o encravamento do prédio ou a falta de outros acessos à via pública, tal como o é para a constituição do direito de passagem forçada, que não dispensa o encravamento.

De acordo com a jurisprudência:

Posse - ação possessória. Servidão de trânsito - passagem forçada - diferenças estrada - inexistência de sinais aparentes diante de lavouras em área essencialmente agrícola. O direito de passagem forçada, fundado no direito de vizinhança, destina-se a propiciar judicialmente uma saída para a via pública, enquanto

---

1 - Direito das Coisas. Silvio Rodrigues. Ed. Saraiva. vol V. 6ª. Ed. p.68

a servidão de trânsito e adquirida pelo uso prolongado ou convencionado pelas partes interessadas, não importando a existência ou não de outras saídas; o que interessa é saber se existe posse sobre o caminho, e se esta passagem de trânsito era comumente utilizada. Embora a Súmula 415 do STF onde estabelece que uma servidão de trânsito é tornada permanente pelas obras realizadas e sinais existentes, não se pode excluir da proteção possessória aquele caminho, no caso concreto, a estrada que desapareceu porque sobre ela foram realizadas obras para a concretização de uma lavoura ao plantio de cereais. Reintegratória de posse procedente e sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, diante do longo tempo em que foi usada, no local, uma estrada, inclusive conservada pelo poder público. (Apelação Cível nº 194100186, Quinta Câmara Cível, TARS, Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres, julgado em 30/07/94)”

O esbulho, por sua vez, também verteu límpido da prova colhida, já que os demandados não concordam com a abertura de duas porteiras como fez o autor, e pretendem que este ingresse em suas terras pelo acesso existente na BR 471 de há muito abandonado. Diga-se que os atos de esbulho sequer foram contestados pela ré. Outrossim, da prova documental fotográfica de fls. 07 a 11 se vislumbra a impossibilidade de o demandante ingressar em sua gleba de terras pelas porteiras abertas no lado da estrada vicinal, já que abertas canaletas que impedem o acesso. A demandada era sabedora da suposta “limpeza de canaletas” que foi feita sem qualquer comunicação ao autor. Rosinha Garcia de Ávila relatou (fl. 62-3) ter feito as

escavações na beira da estrada a propósito de limpar canaleta d’água ali existente: “foi o depoente quem efetuou a limpeza da na canaleta nesta estrada. Foram retirados os bueiros porque não passava água e foram retirados para que a água pudesse passar e iriam ser colocados. (...) Não avisaram previamente ao autor de que haveria limpeza do canal com retirada de porteiras”.

Tenho que ambos os demandados contribuíram para o esbulho, e não apenas Elba, pois Policarpo, no mínimo, quedou-se silente e inerte diante das atitudes concretas da requerida.

Presente, pois, o esbulho possessório. De acordo com o entendimento reiterado dos Tribunais:

“Reintegração de posse. Via pública. Caracterizada antiga passagem de uso comum, a sua obstrução, mesmo que parcial, constitui ofensa a posse, em referência à servidão existente. Embargos infringentes rejeitados por maioria. (Embargos Infringentes nº 194184651, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, TARS, Rel. Des. Aldo Ayres Torres, julgado em 15/03/96)” (g.n.)

Deve ser sublinhado que os réus inicialmente concordavam com o uso da estrada vicinal pelo autor. Assim se conclui a partir do depoimento pessoal da ré, em que relata a construção, pelo autor, do primeiro portão e, posteriormente, do segundo, com intervalo de anos entre uma e outra obra. No interregno não houve qualquer manifestação contrária à construção da primeira porteira ou ao uso da estrada por parte dos réus contra o autor. Daí a conclusão de que concordavam com a utilização da estrada por este. Posteriormente, por razões não bem elucidadas, talvez por

considerar o autor displicente nos cuidados com a estrada, passaram a considerar um “abuso” o fato de Ramão ter aberto nova porteira pela estrada vicinal.

Ocorre que não se pode impedir um uso antes consentido por mero capricho, atribuindo ao autor displicência nos cuidados com a estrada. Se displicência existia, por parte do autor, certamente que o impediu do uso antes admitido, não é a forma de corrigi-lo mas sim de agir à margem do direito, pois em agressão aos direitos do demandante, constituindo esbulho possessório. O direito deve sempre tutelar a boa-fé. Ademais, não se olvide a proibição do *venire contra factum proprium*, conceituado doutrinariamente da seguinte forma:

“ A doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do “ exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”. O princípio postula, pois, “ dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”.

A definição acima consta da obra “A Boa-Fé no Direito Privado”<sup>2</sup>. Agregue-se a ela o seguinte entendimento do Professor Luís Renato Ferreira da Silva<sup>3</sup>, que abaixo se transcreve:

“*Venire contra factum proprium* se traduz nas hipóteses em que se age de determinada forma, criando para a outra parte a expectativa de um comportamento padrão ou comum e, posterior-

mente, posiciona-se contra seu próprio agir. Sob pena de quebra da boa-fé não é permitido a ninguém criar a confiança em seu contratante de que lhe concederá determinado direito e, posteriormente, comportar-se contrariamente à expectativa gerada”.

A boa-fé objetiva e o *venire contra factum proprium* não têm aplicação somente na seara contratual mas se irradiam em todo o direito, mormente se for levado em conta que não pode haver exercício de um direito, destituído o sujeito da necessária boa-fé, sob pena de ferimento da ordem jurídica.

Assim sendo, o comportamento dos réus, ao permitirem o uso da estrada vicinal e construção de porteiras para ingresso do autor em suas terras, criou legitimamente no demandante a expectativa de manutenção do padrão da conduta, não podendo os réus pretenderem quebrar esta expectativa, após agirem de determinada forma durante considerável período de tempo, sob pena de praticarem, como de fato ocorreu, esbulho possessório.

Por fim, não há que se falar em litigância de má-fé por parte do autor, circunstância que não encontra qualquer respaldo nos autos, não configuradas quaisquer das situações previstas no art. 17, incisos I a VII do Código de Processo Civil.

Em face do exame da prova carreada ao feito, tenho que a posse anterior sobre a servidão está caracterizada, bem como o esbulho praticado pelos réus,

2 – A Boa-Fé no Direito Privado. Judith Martins-Costa. Ed. Revista dos Tribunais, p. 470.

3 – Teoria Geral dos Contratos e Revisão Judicial dos Contratos. Luiz Renato Ferreira da Silva. Ajuris. Curso de Extensão em Direito. 1999.

impedindo que o autor utilizasse a estrada vicinal para ingressar em suas terras. Assim, de rigor o decreto de procedência do pedido.

Diante do Exposto, forte no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, Julgo Procedente o pedido aforado por Ramão Cardozo de Aguiar Silveira Lima em face de Elba Rodrigues Nunes e de Policarpo Paiva Nunes, todos qualificados nos autos, para, em ratificando o teor da liminar concedida initio litis, reintegrar o autor na posse do imóvel descrito na petição inicial, para o fim, ainda, de permitir a sua livre passagem pela estrada vicinal que margeia suas terras e o acesso à sua propriedade a partir das duas porteiças existentes nos lindes com a referida estrada vicinal.

Pelo princípio da sucumbência, condeno os réus, modo solidário, nas

custas processuais e honorários advocatícios ao patrono do autor, fixados estes, forte no art. 20, parágrafos 4º c/c o 3º, do Código de Processo Civil, em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) tendo em mira a natureza da causa e o bom trabalho realizado pelo causídico.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Santa Vitória do Palmar, 02 de dezembro de 2002.

**Lourdes Helena Pacheco da Silva** -  
Juíza de Direito Substituta.

A SENTENÇA FOI MANTIDA, JULGADA PELA VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL DO TJRS, SENDO RELATOR O DES. ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, QUE ME CONCEDEU VOTO DE LOUVOR.

---

**Processo nº 43346 - Ação de Reparação de Danos C/C Preceito Cominatório  
Comarca de Guaíba**

**Autor: Indústria de Plásticos Pampa LTDA**

**José Guilherme Rizzo Fichtner**

**Réu: EFFEM Produtos Alimentícios**

**Juiz prolator: Gilberto Schäfer**

**Data: 26 de dezembro de 2002.**

---

*Ação de Reparação de Danos C/C  
Preceito Cominatório.*

Indústria de Plásticos Pampa Ltda. e José Guilherme Rizzo Fichtner ajuizaram a presente ação ordinária de reparação de danos com preceito cominatório contra Éffem Produtos Alimentícios. Relatou que produzem embalagens plásticas de múltiplas utilidades desde 1976, e que a empresa se instalou em Eldorado do Sul no ano de 1990. Referiu que é limdeira da requerida e que recebe constantemente a emissão de resíduos sólidos (fuligem da casca de arroz, sílica) que se alojam dentro dos equipamentos, motores, filtros, ar condicionado inclusive no local onde ficam os produtos embalados.

Informou que está tendo prejuízos em todo o processo produtivo e que periodicamente é obrigada a parar totalmente sua produção e proceder a limpeza do seu estabelecimento. Relatou que efetuou investimentos em produção para compensar as paradas antes referidas e que deixou de fabricar certos produtos tendo em vista a salubridade das embalagens.

Embora tivesse denunciado a requerida por diversas vezes na FEPAM, acarretando notificações e multas, não cessaram as emissões de resíduos sólidos bem como um forte odor nauseabundo.

Juntou aos autos (fls. 215/216) uma declaração firmada pelo engenheiro da demandada, na qual há reconhecimento da empresa da situação precária do controle de emissão de agentes poluentes na atmosfera bem como a constatação do problema de combustão incompleta da casca de arroz em uma das caldeiras. Juntou também um laudo técnico feito pela FUNDATEC esclarecendo sobre a ausência de parâmetros técnicos recomendados para o controle da emissão bem como lesividade da referida emissão.

Discorreu sobre os danos compreendidos em: a) lucros cessantes eis que não deixou de participar do mercado de alimentos, restringindo-se a elaboração de embalagens para embrulhar roupas e utensílios similares, b) danos emergentes decorrentes dos prejuízos e danificações nos equipamentos bem como nas manutenções e consertos dos mesmos e c) dano moral em face do co-autor e diretor-presidente da empresa sofrer desgaste psicológico e dificuldades no gerenciamento e administração.

Invocou o princípio da responsabilidade objetiva do poluidor aplicada no Direito Ambiental ressaltando que não pode a atividade produtiva ficar condicionada à poluição feita pela demandada.

Requereram: a) a procedência da ação; b) a condenação da requerida ao pagamento: b1) de lucros cessantes a

serem apurados em liquidação de sentença, levando em consideração a diminuição de produtividade e lucratividade apurados aproximadamente em R\$ 406.758,60 (quatrocentos e seis mil, setecentos e cinquenta e oito reais e sessenta centavos), a partir do ano de 1991 e até o trânsito em julgado da sentença de mérito, acrescido de correção monetária e juros a partir da data do primeiro evento poluidor; b2) de danos emergentes, estimados em R\$ 98.280,00 (noventa e oito mil, duzentos e oitenta reais), a serem confirmados por arbitramento; b3) a indenização pelo dano moral causado ao Diretor – Presidente, estimados em 1.000 (hum mil) salários mínimos, considerando na sua fixação o período do tempo em que ocorre o ato poluidor (6 anos), acrescidos de juros e correção monetária a incidir a partir de 1991; b4) a obrigação de não-poluir o ar, principalmente através de emissão de particulados sólidos e odores resultantes do processo de produção de alimentos prontos, bem como da demandada utilizar equipamentos de ‘melhor técnica’ e a realizar as obras indispensáveis à eliminação das emissões de poluentes, sob multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescido de correção monetária; c) a antecipação de tutela para obrigar a ré de não poluir o ar lançando particulados sólidos, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 15.000,00, devendo ser nomeado engenheiro químico para vistoriar no caso de novas poluições; d) no caso de procedência da ação, a cominação de multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por dia no caso de nova poluição; e, e) a condenação no pagamento de custas processuais e honorários a serem arbitrados em 20% e ainda em 12 parcelas vincendas no

caso da condenação ser dessa forma estipulada, acrescidos de juros e correção monetária.

Juntaram procuração (fl. 19) e documentos (fl. 20 a 282), além de fotografias (fl. 283 a 292) e pareceres técnicos (fl. 295 a 319).

Em despacho (fls. 321/326), houve deferimento do pedido de antecipação de tutela, determinando que a ré se abstenha de lançar fuligem de casca de arroz ou outra forma de poluição, sob pena de multa diária de R\$ 15.000,00; e, nomeando o Engenheiro Roger Aubert para vistoriar, podendo as partes formularem quesitos e apresentarem assistente técnico.

Em contestação, alegou inicialmente a falta de instrumento procuratório. Quanto aos fatos, impugnou os valores requeridos eis que sem embasamento no quadro econômico da empresa. Discorreu sobre a instalação da empresa que ocorreu em 1978, anteriormente a da autora, suas funções, localização e ressaltou que existem outras empresas no local. Aduziu que a autora não possui sistema de pressão positiva em ventilação, sendo que suas aberturas estão constantemente escancaradas ante a pressão negativa do ar. Ressaltou ainda que a autora instalou-se na linha do vento, em frente a fábrica da requerida. Mencionou que a demandada recebeu em 1987, a última licença da FEPAM, órgão controlador da poluição nos distritos industriais, na qual foi realizada a medição austera.

Houve juntada de laudo da AMBIENTEC – Agência de Controle e Monitoramento Ambiental (fls.388/426) e de fotos (fls. 336/346, 348/353, 466/476). Destacou que a requerida utiliza o sistema

de caldeiras com filtros de manga, explicando o seu funcionamento bem como a utilização da casca de arroz como combustível. Salientou que não havendo ventos predominantes no quadrante oeste, fica afastada a possibilidade de eventuais fuligens das chaminés influírem na sede da autora. Referiu que a Estrada do Conde foi pavimentada somente em setembro de 1994, sendo que a mesma também foi responsável pela grande produção de pó na medida em que era de terra e de fluxo intenso. Requereu a improcedência do pedido, com condenação dos autores aos ônus de sucumbência arbitrados em 20% sobre o valor médio pretendido na inicial.

A parte demandada interpôs agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a antecipação de tutela com fixação de multa pecuniária diária (fl. 483/534). Houve deferimento de efeito suspensivo (fl. 536 e v).

Os autores replicaram (fls. 539/540 e 547/555) e juntaram documentos (fls. 364/464, 541 e fl. 556/558), além de apresentarem contra-razões e pedido de reconsideração do efeito suspensivo concedido (fls. 560/589).

Designada audiência, a conciliação resultou inexitosa. Determinada juntada de documentos e perícia, abrindo o prazo para apresentação de quesitos: parte demandada (fls. 593/595) e parte autora (611/626). Juntados o laudo pericial (fls. 632/652) e o laudo do assistente técnico da parte demandada (fl. 661/678), as partes se manifestaram (fl. 681/682 e 683/685).

A requerida juntou petição e laudo feito pela AMBIETEC (fls. 690/723).

As fls. 728/729 foi juntado ofício informando que o agravo instrumento nº

598475267 não foi conhecido. Em despacho de fls. 741, foi indeferido o pedido de desentranhamento dos laudos periciais.

O Ministério Público manifestou-se pelo prosseguimento do feito com designação de audiência.

Na audiência de instrução, foram ouvidas as partes e testemunhas, sendo acordado a dispensa da oitava da testemunha Sandra e Renato que o perito seria ouvido posteriormente. A parte ré agravou na forma retida.

Aportaram aos autos documentos e fotografias pela autora bem como a interposição de agravo retido (fls. 825/832); (837/850) foi juntada nova manifestação com documentos da parte autora, dos quais a parte demandada ofertou impugnação (fls. 856/859); cartas precatórias (fls. 865/869, 894/902 e 911/917).

A parte autora interpôs agravo retido as fls. 872/885, que foi contra-arrazoado as fls. 890/892.

Foi ouvido o perito nomeado (fl. 922/925).

Declarada encerrada a instrução, houve designação de data para entrega dos memoriais (fls. 932/956 e 957/986). Com vista ao Ministério Público que juntou parecer fl. 987/991, opinando pela condenação da requerida na obrigação de não poluir.

Às fls. 992/1026 foram juntados petição e documentos pela parte autora. Determinada vista a parte demandada.

A parte autora manifestou-se as fls. 1032/ 1036 quanto a adoção do sistema de pressão positiva.

O Ministério Público reiterou o parecer proferido.

Vieram conclusos.

Relatei.

Decido.

De todo o discutido, o que afinal se faz necessário saber é se a Ré polui, se a poluição atinge a área de trabalho da Autora e em que proporções.

A primeira pergunta deve ser respondida de forma positiva, respaldado no conjunto probatório. Início pelo documento emitido pela FEPAM, em 15.05.96 (iniciada a fl.107, finalizada a fl. 113), e que na fl. 111 afirma:

*“foi verificada presença de material particulado emitida pelas chaminés das secadoras; a empresa deverá receber ofício para que num prazo de 120 dias apresente projeto(s) para a solução do problema (...) (...) verificou-se também emissão nos elevadores externos.*

*Uma das chaminés das caldeiras apresentava emissões de fumaças c/ densidade acima do permitido”.*

A FEPAM, em 12 de dezembro de 1996, ao analisar a amostragem e determinação quantitativa de material particulado, verifica que na caldeira número 01 há concentração acima do padrão de emissão estipulado. Por isso, oficiou à demandada (fl. 169) dando um prazo de 180 dias para a adequação. A EFFEM, em 13 de junho de 1997, comunica estar providenciando a melhoria no padrão da emissão (fl. 171 e 172).

A perícia judicial, realizada em 25 de agosto de 1998 pelo perito nomeado Sr. Roger Aubert (fl. 633 a 651), é elucidativa para o deslinde do feito e responde de forma positiva à segunda questão. Diz o perito a fl. 636:

“Como conclusão final e geral do item 1, diremos que o fato marcante destas análises é a presença de carbono em todos os pontos da coleta do material, exceto no da poeira de rua, o que significa que estamos em presença de um

material orgânico queimado de forma incompleta. Sob este aspecto, estes resultados são similares ao do resultado mostrado na análise procedida pela EFFEM, executada no Laboratório de Solos (...) e encontrado na pág. 180 do processo(...) Assim, tão somente, o exame desses fatos nos leva a:

a) ter certeza que um material orgânico proveniente de uma combustão incompleta entrou nas instalações de PLÁSTICOS PAMPA;

b) pela proximidade de uma empresa que queima material orgânico (casca de arroz) nos conduz a considerar bastante alta a probabilidade de ser essa a fonte causadora do depósito destes particulados (o pó depositado na fábrica)”.

A perícia é contundente ao afirmar que os particulados depositados nas dependências da Autora são originários do material queimado pela empresa Ré, nas suas fornalhas. Ela inclusive demonstrou o porquê da presença de ferro junto com o material analisado. Consta a fl. 637: “ a) *presença de um teor de ferro médio nas cascas de arroz acima apresentados pela literatura. (seja pela variedade, seja pela região de origem); b) mistura com outros materiais (em menor quantidade) proveniente do meio ambiente externo, como poeira do exterior ou sujeira acumulada, etc.(sem grifo no original).*

Essa resposta descarta a possibilidade de ter ocorrido a poluição por causa do trânsito de carros à beira da empresa Autora. Hipótese descartada, também, pelo parecer técnico a fl. 302 (*in fine*) “*Não resta dúvida de que o material depositado na PLÁSTICOS PAMPA apresenta valores muito distintos do valor encontrado para poeira da rua, quanto*



ao teor carbono”. Assim, também na avaliação de fl. 303, item 5.6 “...pode-se concluir que a poeira da rua existente na frente da PLÁSTICOS PAMPA não é a principal constituinte do pó encontrado no interior da fábrica”. E por fim a fl. 304: “Com os dados obtidos e pela análise feita, concluímos que a maior probabilidade é de que o pó coletado dentro da fábrica da PLÁSTICOS PAMPA é uma mistura de cinza de casca de arroz com poeira de rua, com grande predominância da cinza de casca de arroz”

Mais adiante a fl. 643- quesito 11- quando perguntado ao Perito judicial expressamente sobre a possibilidade, pelo posicionamento entre as empresas, da pluma emitida pelas caldeiras da ÉFFEM atingir a Plásticos Pampa, respondeu:

“(...)existem possibilidades da pluma emitida pelas caldeiras da ÉFFEM atingir as instalações da empresa PLÁSTICOS PAMPA. Respondendo mais especificamente ao quesito acima, de fato, a própria Ré, às folhas 347, admite essa possibilidade devido ao que chama “linha de vento”.

Abstraindo-se desse fato, entretanto, não somente, há a possibilidade mostrada cabalmente na frequência da direção do vento apresentada, mas também poderia ser calculado (num estudo matemático de simulação, combinando-se, como principais variáveis, entre outras, distância das duas empresas, altura de chaminé, direção de vento, velocidade de vento, frequências de inversões térmicas, concentração de particulados na saída da chaminé), a frequência e a *concentração de particulados que a empresa PLÁSTICOS PAMPA receberia ao ano, em particulados, pelas emissões da ÉFFEM*”.

As testemunhas ouvidas confirmam a versão da Autora. É ilustrativo o depoimento de Victor Caio Domingo Menna Barreto Decarli, fl. 784, morador próximo às empresas ora em litígio. Além de testemunhar a poluição ao meio ambiente praticada pela Empresa Effem, ele próprio descreve os problemas que pessoalmente vivenciou em decorrência da prática da empresa requerida. A testemunha tinha uma criação de peixes que morreram por causa da falta de oxigênio na água cuja causa atribui à empresa Ré. Segundo o testemunho “há 07 anos havia a instalação gaúcha de piscicultura que posteriormente teve que fechar. Quando da instalação dos tanques e o espelho d’água, começou a perceber o aumento de fuligem”. A testemunha afirma que “os técnicos da FEPAM informaram que não poderia ser visível a emissão de fumaça no ar e no caso em tela era visível um rojão de fumaça saindo da chaminé da empresa requerida. Disse que a noite eram retirados os filtros pois a poluição aumentava muito”. No final do testemunho há a descrição dos efeitos da poluição sobre a pessoa humana: “Refere que tinha um quiosque e de lá via a emissão das partículas da chaminé (...) e sentia no ar partículas e neste momento era prejudicado. No caminhar em direção contrária sentia a fuligem bater nos olhos e prejudicar a visão (...) informa que só a sílica não poderia causar a morte dos peixes”.

Elucidativas e consonante com a perícia e os testemunhos estão as fotos juntadas aos autos (fl. 840 a 848 e fl. 997 a 1007). A poluição ali demonstrada, pelas fotos e amostragem (1015 a 1017), certamente não é originada, apenas, no período destinado a “ramonagem”, que

segundo o perito (fl. 643) é feita duas vezes ao dia com duração de dois a três minutos; e segundo o representante da Empresa demandada (EFFEM) a ramonagem acontece três vezes ao dia e dura, em média 03 a 07 minutos (fl. 783 *in fine*). Impossível que neste pequeno período a poluição tomasse proporções como as demonstradas nos autos.

A poluição provocada pela demandada EFFEM acontece em outras ocasiões, que não a da ramonagem, e certamente atinge as dependências da Empresa Pampa. Nos esclarecimentos, em audiência, fl. 923 a 925, o próprio perito judicial informou que fora chamado pela Autora e ao comparecer ao local verificou que havia particulados, que a chaminé da EFFEM naquele momento estava fora dos padrões e que os ventos favoreciam o envio dos particulados em direção da empresa PAMPA. Acrescentando, ainda, que levou duas horas entre o chamado e o deslocamento até as indústrias Pampa (fl. 925 *in fine*).

Pelo relato do perito judicial e, principalmente, pelo tempo que ele despendeu em deslocamento, verifica-se que a poluição não fora originária do tempo utilizado para a “ramonagem”.

Os documentos juntados pela requerida não auxiliam na elucidação dos pontos controversos. Assim o documento de fl. 440, muito antes dos fatos analisados, datam de 1991; os de fl. 430, 432, que não estão com datas precisadas e os juntados a fl. 434 a 439; a ficha técnica do produto a fl. 442 a 443 e 446; os documentos de fl. 461 a 464 estão em desacordo com o artigo 157 do CPC, pois juntados em língua estrangeira e, por fim, o documento de fl. 455 que apenas confirma que as cinzas oriundas da queima da casca de arroz estavam

armazenadas em silo específico na própria empresa. No entanto, este documento não foi suficiente para descaracterizar outro, o de fl.369, em que diz textualmente: “*Próximo à parte de trás das caldeiras há um pequeno prédio onde as cinzas são descarregadas. Durante a descarga nos caminhões não há a presença de funcionários no local (da Éffem ou do caminhão de transporte), mas uma pequena quantidade de cinzas se espalha pela vizinhança do local*”.

Portanto, do conjunto probatório, é possível afirmar um juízo conclusivo sobre a existência de poluição por parte da demandada EFFEM, e que esta poluição alcança diretamente as instalações da Autora PAMPA, além de poluir o meio ambiente atingindo outras cercanias, como bem demonstram as reclamações das empresas e pessoas da vizinhança (fl. 796 e 797) e o parecer técnico com esta conclusão (fl. 313).

Passo a analisar as consequências dessa poluição.

Segundo a empresa Autora, a conduta da ré lhe causou prejuízos de grande monta. Das provas nos autos é possível verificar que efetivamente a poluição, causada pela empresa requerida, atingiu não só as instalações, mas também a produção da empresa Autora (fl. 1003, 1006 e 1007).

O parecer técnico fornecido pela FUNDATEC confirma a existência de elementos poluidores em pontos específicos de produção da empresa Autora, como no ponto de “extrusão”, junto a uma das máquinas que realiza a extrusão do plástico e que teve seu funcionamento interrompido pela queda de pó, já que nela o plástico acabava incorporando o pó (fl. 299).

Logo, se houve a poluição que atingiu a empresa Autora é necessário analisar os seus pedidos sob esse ângulo.

Deve ser salientado que no presente caso trata-se daquilo que a doutrina chama de “dano ambiental individual reflexo ou direito ou de direito de vizinhança ambiental”<sup>1</sup>. Com o objetivo de amparar o direito individual de vizinhança na perspectiva ambiental, o direito brasileiro estabelece, no art. 554 do CCB que “*o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam*”.

Segundo José Rubens Morato Leite<sup>2</sup>, na obra citada:

“De fato, as inovações trazidas pelo bem ambiental trouxeram uma remodelação do direito de vizinhança, que passa de um instrumento ligado ao direito de propriedade para uma repercussão mais ampla, como, por exemplo, na saúde e qualidade de vida do indivíduo, em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado”

(...)As regras do direito tradicional de vizinhança possuem outro dado positivo inegável, pois abrem as portas do judiciário aos indivíduos para, diretamente, lidarem com questões atinentes à função social da propriedade, através da observância do uso tolerável da propriedade e, ademais, proporciona o exercício da

tarefa da cidadania ambiental de forma indireta. Outro dado positivo é que o direito de vizinhança, para sua configuração independe da idéia da culpa, conforme já se pacificou na doutrina”

Assim, sob este ângulo vamos analisar a presente ação, sem esquecer a lição Herman V. Benjamin<sup>3</sup> que

“não se deve esquecer que o meio ambiente tem, ao lado da perspectiva difusa, repercussões coletivas stricto sensu, individuais homogêneas e mesmo exclusivamente individuais e públicas. Assim, p. ex., uma atividade poluidora pode causar danos ao meio ambiente em geral (contaminação do ar, extinção de espécies, chuva ácida), ao meio ambiente do trabalho (afetando os trabalhadores da empresa emissora, todos os filiados ao sindicato local e a indivíduos particularizados (diminuição da produção leiteira ou degradação do patrimônio imobiliário dos vizinhos da fonte poluidora). Para uma mesma ação (ou “fato ambiental”) várias modalidades de danos, cada uma delas a ensejar diverso dever de reparação”.

Passo a analisar os pedidos conforme o grau de importância e prejudicialidade.

A) Pedido de Condenação à obrigação de não-poluir

Pedido de Condenação à obrigação de não-poluir, proibindo-se de lançar sobre a Autora qualquer tipo ou forma de poluição de ar, sobretudo de

1 – por todos ver José Rubens Morato Leite, Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.

2 – José Rubens Morato Leite, Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p.148/149

3 – In *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*/ coordenador Édis Milaré- São Paulo, 1995, p. 133.

particulados sólidos e por odores resultantes de processo de produção de alimentos prontos, determinando à Ré a obrigação de utilizar equipamentos de “melhor técnica” e realizar as obras indispensáveis à eliminação das emissões de poluentes, tudo sob pena de multa diária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Trata-se de pedido de obrigação de fazer (utilização de equipamentos de melhor técnica) e também de não fazer (não poluir), reguladas no artigo 461 do CPC.

Tenho que ambos os pedidos devem ser deferidos. No entanto, dentro dos poderes *ex officio* autorizados pelo próprio artigo, faço algumas adequações, tendo em vista o objetivo final que é a não poluição sobre a produção da empresa Autora.

Ao que se depreende dos laudos técnicos nos autos o problema que deve ser solucionado é a caldeira de n 01, já que é a responsável pela emissão dos particulados na atmosfera, em índices bem acima do permitido.

A proposta de uso caldeira geradora de vapor, com filtros de manga, foi aceita pela FEPAM que disse ser a tecnologia correta (fl. 168). No entanto a FEPAM alerta que a densidade colorimétrica é de no máximo 20%, equivalente a escala de Ringelman reduzida n. 01, exceto para a operação de ramagem ou na parada do equipamento, e o padrão de emissão deve ser de 150 mg MP/Nm<sup>3</sup> (cento e cinquenta miligramas de material particulado por normal metro público) para a caldeira com insumo de casca de arroz.

No entanto a FEPAM detectou problemas na emissão de particulados, justamente na caldeira n. 01, já no ano de 1996. Disse: “a caldeira n. 01 apresenta

*concentrações bem acima do padrão de emissão estipulado, devendo a empresa apresentar proposta para adequá-la e atender o padrão para material particulado de 150mg/Nm<sup>3</sup>”.*

Em julho de 1997 a empresa EFFEM enviou o cronograma para a implantação das mudanças na caldeira n. 01 para reduzir os particulados (fl. 207; 209 a 214). Nesse mesmo mês a FEPAM concede prazo para que a EFFEM faça a adequação da sua caldeira (fl. 206).

O parecer técnico da FUNDATEC a fl. 305 faz uma análise, especificamente sobre as caldeiras 01 e 02, e também conclui que a caldeira número 01 está com a emissão de gases acima do permitido. Ou seja, nas análises das amostras, apresentou emissão de, respectivamente: 248,259 mg/Nm<sup>3</sup>; 266 mg/Nm<sup>3</sup>; 271,422 mg/Nm<sup>3</sup>; 262,221 mg/Nm<sup>3</sup>; todas acima do padrão que é 150 mg/Nm<sup>3</sup>.

Na fl. 306 há o cálculo com base nas medições que a ISATEC fez a serviço da FEPAM, onde a caldeira 01 estava com a taxa de emissão de 5,4 vezes a mais do que o padrão permitido.

A fl. 209 a 216 estão o projeto para a solução do problema e as ações para reduzir os particulados (fl. 215).

Esta poluição é monitorada pela FEPAM que é o órgão competente de fiscalização. Como se vê nos autos, a empresa EFFEM quando advertida pela FEPAM faz a adequação de seus equipamentos, conforme demonstra o laudo feito em fevereiro de 1998 e que tem como objeto de verificação a caldeira n. 01 (início a fl. 391 e resultados a fl. 394). O resultado (fl. 394) demonstra que a concentração de particulados é de 142,971 – que deve ser abaixo de 150,0 mg MP/Nm<sup>3</sup> (cento e cinquenta miligramas de

material particulado por normal metro público). Mas, é de levar em consideração que dentre estes intervalos de adequação estará, em regra, havendo prejuízo para a parte Autora.

Tenho que uma ordem judicial para que a empresa EFFEM não polua, não será suficiente para resolver o problema ora sob *judice*. Pois a parte Autora não consegue e não conseguirá monitorar a empresa poluidora nos termos que um processo formal exige. A formalidade processual é uma garantia, mas há casos em que a garantia torna-se um empecilho para a parte.

É visível que quando a poluição ambiental ocorre, a FEPAM está tomando providências, o problema é que ele não é solucionado imediatamente, e, com a demora, a empresa Autora acaba tendo sérios transtornos. E isso não pode continuar.

Justamente para resolver conflitos deste porte houve a introdução do artigo 461 do CPC: *“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”*.

Aplica-se ao caso em tela a parte final do artigo. O pedido sobre a obrigação de não fazer deve ser é deferido mas não da forma requerida, por causa das dificuldades na execução. Diante da faculdade concedida ao juiz de assegurar o resultado prático equivalente - isto é, a não poluição da Empresa Autora, por parte da Ré - é que condeno a empresa requerida EFFEM a instalar o sistema de pressão positiva nas dependências da empresa Autora.

A colocação de pressão positiva foi ventilada várias vezes e, inclusive, aconselhada pelo perito judicial (fl. 923). Com esta providência tanto a Autora como a Ré não terão problemas como os aqui discutidos. É a solução que melhor atende ao problema e admitida pelo diretor da empresa autora, em seu depoimento pessoal (fl. 780).

O Perito Judicial recomenda a utilização da pressão positiva a fl. 637, 4: *“Segundo foi constatado, em visitas na referida empresa, não existe pressão positiva, pois o tipo de construção, atualmente não permitiria. Entretanto reconhecemos que pelo tipo de atividade industrial exercida, seria altamente recomendada essa modalidade”*.

Sugestão que novamente reforça a fl. 923 *“Que seria interessante a empresa Pampa utilizar a pressão positiva. A pressão positiva é conseguida mediante uma maior pressão interna na empresa do que a expressão externa, evitando assim a entrada de particulados”*

Inclusive a recomendação é reforçada pelo parecer técnico da FUNDATEC (fl. 249). Diz em conclusão: *“O nosso parecer é de que o processo fabril da indústria Plástico Pampa é diretamente influenciado pela qualidade do ar ambiente. Sujeiras presentes no ar afetam negativamente a qualidade do produto final. Em virtude da frequência de ocorrência de contaminação do ar ambiente por influências externas, como outros estudos já demonstraram, somos do parecer que a Indústria Plásticos Pampa necessita, para a sua continuidade, trabalhar em uma atmosfera em que exista uma pressão interna positiva, ou seja, que o ar sopra de dentro para fora, permanentemente”*.

Na verdade no debate que foi feito sobre o tema as partes não divergem quanto a utilização deste sistema. A dúvida na verdade gira em torno de quem deve arcar com os custos. E os custos devem ser arcados por àquele que polui.

A empresa EFFEM utiliza a casca de arroz que é ecologicamente indicada, pois, com a queima evita-se a poluição do meio ambiente, bem como a produção de odores – que aconteceria se fosse utilizado óleo diesel. A cessação completa da emissão dos particulados é impossível conforme declarou o perito fl.925 *in fine*, – fato admitido pelo diretor da empresa autora fl. 780 – e a determinação da utilização de outro combustível é desaconselhável, tendo em vista a preocupação ecológica.

Tenho que com a instalação do sistema de pressão positiva os problemas de poluição nos maquinários e produtos da autora, que aconteciam seja pelo período utilizado para a “ramonagem” ou paradas por problemas técnicos, não mais acontecerão.

O pronunciamento *ex officio*, ora proferido, tem permissão legal no presente caso, não constituindo pedido *ultra petita*. A redação do artigo 461 do CPC autoriza ao magistrado conceder algo diverso do pedido (imediate), pois admite que a concessão judicial possa ser a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, convertendo uma obrigação em outra. O juiz está autorizado, desde que respeitados os limites dada tutela específica requerida, a impor o fazer ou não-fazer mais adequado à situação

concreta que lhe é apresentada para julgamento, sem incorrer em extrapetição. O artigo em análise procura dar efetividade, nos limites da possibilidade prática e jurídica, ao postulado chiovendiano da máxima de coincidência entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste à parte.

Sobre o assunto já se manifestou a doutrina, a qual cito o grande estudioso sobre matéria Luiz Guilherme Marinoni<sup>4</sup>:

“*Se o objetivo que preside a tutela específica das obrigações de fazer ou não-fazer é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação precisamente aquela situação final que ele tem o direito de obter, parece correto admitir que o juiz pode deixar de atender ao pedido formulado para – convertendo uma obrigação em outra- conferir ao autor a tutela específica da obrigação originária ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Ou seja, o juiz deve ter o poder decisório suficiente para garantir a adequada tutela do direito postulado pela parte*”.

E, ainda, Cândido Dinamarco: “Não se trata de criar ou determinar a criação de uma *situação final* diferente daquela que desde antes já constituía objeto da obrigação de fazer ou não fazer: determinar em sentença um resultado que não estava na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Const. Art. 5º, inc. II), além de, provavelmente, transgredir os limites do objeto do processo (CPC, arts. 128 e 460). Ao determinar essas providências, o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do

---

4 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000, p. 122.

pedido feito pelo Autor na inicial, sempre tendo em mira o *resultado final* a que ele tinha direito. (...) busca-se o *resultado final* (...) embora por meios diferentes do adimplemento”<sup>5</sup>.

Kazuo Watanabe ao analisar o artigo 461 do CPC refere-se a uma situação muito semelhante a dos autos. Diz: “*Pensemos, por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.) e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva*”<sup>6</sup>.

Situação também analisada por Ada Pellegrini Grinover:

“*Assim, por exemplo, a obrigação de não poluir (obrigação negativa) pode resolver-se na obrigação do poluidor instalar um filtro em seu estabelecimento; e, se essa obrigação positiva também não for cumprida, o estabelecimento poderá ser interdito até que o filtro seja instalado.*

*Mas em ambos os casos – de obrigações positivas ou negativas – o ordenamento processual há de buscar meios imperativos para chegar ao resultado desejado, seja motivando o obrigado a*

*optar pelo adimplemento (meios de pressão psicológica, ou astreintes), seja prescindindo de sua vontade (execução específica por meios-sub-rogatórios que levem ao atingimento do resultado prático equivalente)”<sup>7</sup>.*

E não poderia deixar de citar Marinoni<sup>8</sup>:

“*É preciso perceber, em outras palavras, que essas normas, ao darem ao juiz o poder decisório suficiente para a conversão de uma obrigação em outra, objetivam permitir a concessão da tutela jurisdicional adequada a cada caso conflitivo concreto. Ora, o juiz só pode ordenar a instalação do filtro quando, por exemplo, a ordem de não fazer, que determinaria a cessação das atividades do réu, não é o meio mais adequado à hipótese concreta..*

Aliás, se os próprios artigos 461 e 84 excepcionam expressamente o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, e se o espírito de tais normas é tocado pela idéia de que o processo deve proporcionar a tutela efetiva do direito, impõe-se a interpretação que admite que o juiz pode fugir do pedido para que o direito do autor não seja transformado em pecúnia- ou para que direitos, como o direito à higidez do meio ambiente, não sejam expropriados -, quando o próprio juiz, em virtude do desenvolvimento

5 – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reforma do Código de Processo Civil.. p. 154.*

6 – WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil.* – Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira – São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44

7 – GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil.* – Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255.

8 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva.* 2ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000, p. 125

do contraditório, está em condições de declarar a situação de ilicitude”.

Cabe concluir como disse, em doutrina, o Juiz Roberto José Ludwig no artigo denominado “Paradoxo Axiológico da indenização do dano moral e possíveis soluções da nova legislação<sup>9</sup>”:

A correta hermenêutica e a aplicação corajosa dos novos textos legais, tanto na esfera dita de direito material, como na processual, todos interpretados segundo o direito constitucional, fornecem instrumentos suficientes para suplantar o paradoxo visualizado no âmbito da reparação dos danos morais.

O juiz disposto a fazer valer a sua alta missão e a lutar pela eficácia dos princípios constitucionais, especialmente da garantia da proteção da dignidade humana, na aplicação do direito privado em geral e, particularmente na reparação dos danos pessoais, pode e deve lançar mão dos institutos da codificação civil tendentes à ponderação de valores, à busca da satisfação *in natura* das obrigações e à observância da riqueza (e força) de categorias como a boa-fé, os bons costumes e o abuso de direito. Deverá, também, concretizar as conquistas da reforma do CPC, iniciada em 1994 e ainda em curso, notadamente das alterações dos arts. 461 e 461-A, naquilo que lhe conferem poder de agir de ofício e sem adstrição rígida às medidas postuladas pela parte.

Deve sobretudo, privilegiar soluções que contemplem reparação específica, preferentemente não pecuniárias, e que reforcem a noção de tutela da pessoa, ao invés do patrimônio, o que inclui a

fixação de deveres de agir ou de se abster e a aplicação de sanções extrapatrimoniais.

Os mecanismos dispostos, como os acima explicitados, que não são os únicos, devem ser empregados sem temor, no exercício do poder de império do Juiz (veja-se o rol dos arts. 461, § 5º, do CPC), conquanto sem afrontar os princípios democráticos do Estado de Direito.

Com isso, se não puder fugir de todo da reparação patrimonial de danos extrapatrimoniais, pelo menos cabe ao julgador dar-se conta e precaver-se contra a armadilha patrimonialista e a vitimização degradante, de modo a não se dar por satisfeito com o pobre e paradoxal remédio da mera indenização pecuniária, quando o sistema oferece outras medidas mais eficazes e mais harmônicas com os valores em causa.

Do contrário, sucumbir-se-á ao círculo vicioso das indenizações patrimoniais de danos à pessoa.

No caso em tela o resultado final pedido pela Autora é a não poluição das dependências da sua empresa e, portanto, da sua produção na fabricação de embalagens. Logo, o julgador há de pensar um resultado prático equivalente ao pedido de não poluir, e este resultado não pode ser dano pecuniário, pois assim não seria um resultado prático equivalente e, estaria contrariando a determinação contida no § 1º do artigo 461<sup>10</sup>, já que não estamos tratando de impossibilidade da tutela específica.

---

9 – Roberto José Ludwig, Paradoxo axiológico da indenização do dano moral e possíveis soluções da nova legislação, p. 275-296.



Este julgamento há de se priorizar a efetividade da decisão judicial e a sua adequação.

Penso que o atendimento do pedido ordenando que a Ré utilize a melhor técnica, para que não ocorra a poluição, não solucionará o problema da Autora. Primeiro porque os filtros utilizados já são de alta tecnologia; segundo, ficou comprovado que não há como controlar de forma definitiva o lançamento dos particulados, sempre algo sairá pelos filtros, pois não há no mercado um sistema que “segure” todas as partículas emitidas; por último, o controle da existência ou não de poluição das atividades da Ré será onerosa senão impossível por parte da Autora – que em ocorrendo a poluição sempre seria atingida.

O lançamento de particulados, por parte da EFFEM é constantemente monitorado pela FEPAM. Assim, o controle da poluição ao meio ambiente está sendo supervisionado pelo órgão competente. No entanto, mesmo quando não haja prejuízo ao meio ambiente, os particulados emitidos - seja na desregulagem de alguma caldeira ou no momento de ajustamentos técnicos ou da ramagem - poderão alcançar a empresa Autora.

Quanto ao odor, referido na inicial, restou comprovado que o material utilizado pela EFFEM (casca de arroz) não causa odores. Sendo, inclusive, ecologicamente recomendada a sua utilização, pois é o material calorífico de menor poluição. Logo, o odor, que por ventura

exista, não é originário das atividades da empresa demandada.

Assim, tenho que a colocação da pressão positiva é a solução que atenderá efetivamente os interesses da Autora e é a adequada ao seu direito, pois aqui o que importa é o resultado prático-jurídico equivalente ao ato da EFFEM (não poluir a produção da empresa Autora) e não o próprio ato daquela (deixar de emitir, mesmo que esporadicamente, os particulados).

Assim, a Ré, às suas expensas, deverá instalar nas dependências da parte Autora o sistema de pressão positiva. Concedo o prazo de 10(dez) meses para a providência da instalação, com as adequações necessárias para essa instalação. Fixo, em caso de desobediência da ordem acima, a multa de 10.000.00 (dez mil reais) ao dia, nos termos do § 4º do artigo 461 do CPC.

O prazo é suficiente para a instalação, bem como a multa é razoável para o porte da Ré, sob pena de ser ineficaz e não alcançar o resultado almejado.

B) Lucros cessantes pela perda da possibilidade

Lucros cessantes pela perda da possibilidade da Empresa Autora ingressar ou explorar o mercado de embalagens da indústria de alimentação do Estado do Rio Grande do Sul, do Brasil e do Mercosul e a diminuição de sua produtividade e lucratividade em face da intervenção da poluição do ar causado pela Ré:

A teoria da perda da chance – ou de lucros cessantes como às vezes se refere a Autora - tem sido aceita no direito

---

10 – A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

brasileiro, especialmente pela prática do “bartolismo”. No entanto, como registra Rafael Peteffi da Silva<sup>11</sup> tal disposição parece em grande medida ser afastado pelo código civil (art. 1059). Em todo caso usaremos o estudo de Rafael Peteffi, evidenciando-se que sempre quando se trata de perda da chance ou de concausalidade ressalta o caso concreto -a discussão adquire um caráter tópico, muito acima do caráter sistemático-: “*a verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza. Assim, somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances*”<sup>12</sup>.

A Autora alega que houve a perda da possibilidade de comercializar embalagens alimentícias em decorrência da conduta poluidora da empresa Ré. É certo que a poluição não permitiria comercializar tal produto. No entanto, a perda da chance deve ter como causa única esse fato (a perda da chance deve ser séria e real segundo a doutrina francesa).

Nada há nos autos que afirme que também as instalações da ré fossem adequadas, para produzir essas embalagens, ou seja, que estariam protegidas de outros agentes poluidores. Em outras palavras, tire-se a poluição da Ré, podem existir outros poluentes que interfiram nesse processo.

Para avaliar a seriedade dessa chance seria necessário que ficasse demonstrado que a Autora quisera tal produção. Constate-se que desde o primeiro

momento em que a Autora se instalou na cidade de Eldorado do Sul não desenvolvia esta atividade (de produzir embalagens para produtos alimentícios). As provas da autora, da produção de embalagens alimentícias, referem-se a data anterior e são licenças concedidas quando a empresa estava no município de Porto Alegre e datam de 1977 (fl. 32) e fl. 33; São Paulo (fl. 34 e 34v), e Rio de Janeiro (fl. 35.)

Assim, não há comprovação da tentativa de confeccionar embalagens plásticas alimentícias na fábrica do Município de Eldorado do Sul. Há, apenas, o depoimento do funcionário Laone S. Maroco (fl. 788 *in fine*) de que havia produção de embalagens alimentícia. Entretanto, um único testemunho não é suficiente para provar um fato de proporções como o do presente feito.

Por outro lado, verifica-se que também não há comprovação de planejamento estrutural para esse fim, ou seja, não sabemos em que medida seria possível a produção de embalagens plásticas por parte da ré. A possibilidade de ingressar no mercado creio que é aleatória e insuficiente para ser pesada a seu favor.

Quanto a produtividade e lucratividade são conceitos objetivos, contábeis, que não foram demonstrados nos autos. Assim, não há prova suficiente de sua ocorrência.

Assim, indefiro o pedido de ressarcimento por lucros cessantes oriundo da perda possibilidade de negociação de embalagens alimentícias.

---

11 – Rafael Peteffi da Silva, Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês, dissertação de mestrado, disponível na biblioteca da faculdade de direito, 2001.

12 – Rafael Peteffi da Silva, Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês, dissertação de mestrado, disponível na biblioteca da faculdade de direito, 2001, p. 23.

c) Danos Emergentes

Danos Emergentes, resultantes da depreciação do patrimônio imobiliário, móveis, máquinas e demais bens que guarnecem a unidade fabril, a desvalorização do valor da indústria da Autora em comparativo com o valor do mercado de indústria similares:

De acordo com as provas dos autos é visível os transtornos ocorridos, em decorrência da poluição produzida pela empresa Ré.

No entanto, não há provas nos autos de que tenha ocorrido desvalorização maior do que ocorre normalmente em função da atividade da ré. A conduta da Ré não atinge as proporções que a Autora almeja para indenização. Não há qualquer comprovação de desvalorização da indústria em decorrência da proximidade com a Ré e, em todo caso, se criado o sistema de pressão positiva estará recomposto qualquer desvalorização acaso existente.

c) danos causados à Autora com insalubridade do ambiente de trabalho:

A Autora, que afirma empregar 42 pessoas, requer indenização tendo em vista os gastos com o pagamento de insalubridade e revisões médicas periódicas. Essa afirmativa partiu da Autora e ela deve comprová-la (art. 333 do CPC). No entanto, não há nenhuma prova que permita firmar um juízo positivo quanto a esse pedido. Não há comprovante dos gastos em folha, não há comprovante quanto ao número de empregados, não há qualquer documento que mostre as consultas, por parte dos empregados ao

banco de olhos, e não há comprovante da criação de ambulatório dentro da empresa conforme a afirmativa da mesma.

Diante da ausência de provas sobre gastos despendidos pela Autora não há como indenizar. Assim, indefiro o pedido de danos causados à Autora com insalubridade do ambiente de trabalho

d) Pedido de condenação por Dano Moral a José Guilherme Rizzo Fictner – diretor da empresa Autora:

A *causa petendi* sobre a qual se baseia o pedido de dano moral não autoriza o deferimento do pedido.

Como asseverou Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>13</sup> “*os simples transtornos e aborrecimentos da vida social, embora desagradáveis, não têm relevância suficiente, por si sós, para caracterizarem um dano moral. Deve-se avaliar, no caso concreto, a extensão do fato e as suas conseqüências para a pessoa, para que se possa verificar a ocorrência efetiva de um dano moral*”.

Assim, passo a analisar se no caso concreto há ocorrência desse dano (subjetivo).

O cargo exercido pelo autor supõe o exercício de outras tarefas que não obedecem uma previsibilidade, no exercício de seu trabalho, dos demais funcionários da empresa.

Ao cargo de diretor de empresa está ínsito a resolução de problemas, tais como os aqui ora discutido. O fato de ser acordado em horários fora de expediente para atender problemas na empresa não é suficiente para exigir uma indenização.

---

13 – Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor, Editora Saraiva, p.228/228

Assim como não o é, as conversas infrutíferas com os diretores da empresa requerida, na busca da resolução do problema da poluição.

O salário recebido para ser diretor é superior aos demais justamente porque este cargo exige maior dedicação, tempo e capacidade negocial. A empresa para quem trabalha é a responsável pelo pagamento do desgaste emocional que o cargo de diretor exige. À empresa cabe a obrigação de oferecer uma contraprestação digna àquele que é chamado em horários fora de expediente para resolver seus problemas e a participar de reuniões.

Não vejo no caso concreto nada que autorize o pagamento de indenização por dano moral. A empresa ré não teve nenhuma atitude que desabonasse a honra do autor ou diminuísse a sua capacidade gerencial. O fato de não ter se chegado a uma solução para o problema, não significa que seja uma conduta ofensiva ao profissional que participou das negociações.

Nesses termos, indefiro o pedido de condenação a dano moral.

#### E) A antecipação de tutela

Tenho que a antecipação de tutela poderá ser pedida em qualquer momento do processo. Ela é remédio que pode ser deferido em qualquer instante processual, pena de difícil, ou até, impossível reparação do direito ameaçado de perecimento.

No caso em tela já houve a análise exaustiva das provas, foram sopesadas todas as questões jurídicas e fáticas envolvidas na demanda. No caso de não

serem antecipados os efeitos, esses ficarão aguardando o trânsito em julgado que, como se sabe, às vezes poderão ser postergados pela utilização de recursos excepcionais.

Segundo afirmação de Kazuo Watanabe<sup>14</sup> “*desde que presentes os pressupostos legais, a antecipação com base no inciso I poderá ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive na segunda instância, na fase recursal*”. Também neste sentido o magistério do Juiz Teori Albino Zavascki<sup>15</sup>: “*Se, (...) for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela — que nada mais significará senão autorização para execução provisória — será deferida na própria sentença (desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC)*”.

A antecipação de tutela fica condicionada à caução idônea, que será oportunamente analisada.

Diante do Exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação para:

a) determinar que a Ré, às suas expensas, instale nas dependências da parte Autora o sistema de pressão positiva, realizando as adequações necessárias no prédio da mesma. Concedo o prazo de 10(dez) meses para a providência da instalação. Fixo, em caso de desobediência da ordem acima, a multa de 10.000.00 (dez mil reais) ao dia, nos termos do § 4º do artigo 461 do CPC.

b) julgo improcedentes os demais pedidos.

c) concedo a antecipação de tutela para que o prazo para a colocação dos

14 – Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, p. 34)

15 – Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, in AJURIS 64, p. 407

filtros inicie com a execução provisória, condicionada a caução idônea.

Condeno ambas as partes ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Divido as custas pela metade. Fixo os honorários advocatícios aos patronos de cada um dos litigantes - a título de sucumbência - em 10% sobre o valor corrigido da causa, com juros legais a

partir da exigibilidade, considerando a importância da causa, a demora do processo e o bom trabalho realizado pelos procuradores.

Publique-se

Registre-se.

Intimem-se.

Guafaba, 26 de dezembro de 2002.

**Gilberto Schäfer** – Juiz de Direito.

---

**Processo:** Essa decisão refere-se a todas as Ações Cíveis Públicas contra o prefeito do Município de Jaguarão

**Comarca de Jaguarão**

**Autor:** Ministério Público

**Réu:** Vitor Hugo Marques Rosa

**Juiz prolator:** Orlando Faccini Neto

**Data:** 27 de fevereiro de 2003.

---

*Ação Civil Pública. Competência Decisão Saneadora. Lei nº 10.628/02.*

Vistos.

Trata-se de ação civil pública manejada pelo representante do Ministério Público em atuação nesta comarca de Jaguarão, em face de Vitor Hugo Marques Rosa, prefeito do município.

A requerimento do autor, notificou-se o titular do Poder Executivo, na forma do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, no que afetado pela Medida Provisória 2171-43/01.

Em sua manifestação, o réu sustenta, à guisa de preliminar, que a edição da Lei nº 10.628/02 estaria a ensejar o arquivamento da denúncia.

Acolhendo, em parte, a tese, postulou a representante do Ministério Público pela remessa dos autos à autoridade competente.

É o relatório.

Decido.

Cuidar-se-ia, no presente ensejo, de apreciar a viabilidade da ação proposta, após prévia manifestação do réu, a fim de que, com a citação e conseqüente angularização processual, fosse iniciado de veras o processo.

Sucedo, porém, que, antes de se receber ou não a petição inicial, se há de analisar, por importante, a preliminar ventilada pelo réu. Não, é certo, na perspectiva em que o fez, porquanto mesmo

que a espécie revelasse a incompetência deste Juízo, o resultado seria a remessa dos autos à autoridade competente e não o pleiteado “*arquivamento da denúncia sem julgamento de mérito*” (sic).

Sabe-se, em tal enfoque, que em nosso país o controle de constitucionalidade dá-se, na órbita do Poder Judiciário, sob o sistema misto, o qual se caracteriza “*pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal*” (Alexandre de Moraes, in *Direito Constitucional*, 6ª ed., Ed. Atlas, p. 541).

É o que se fará no caso, dada a manifesta inconstitucionalidade da Lei 10628/02.

Antes, porém, de se ingressar na questão de fundo, concernente à inconstitucionalidade da lei alvitrada, cabe dizer que, como é cediço, tramita no Supremo Tribunal Federal, sob o nº 2797, Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o tema. Houve, em tal feito, denegação de liminar, ao fundamento de ausência de perigo na demora de concessão da tutela, em decisão lavrada pelo Ministro Ilmar Galvão e ainda não publicada.

Em vista disso, tem-se que não há vinculação “*erga omnes*”, a qual se extrairia na hipótese de eventual julgamento de improcedência, no nível de

mérito, permitindo, portanto e sem qualquer peia, o exercício do controle pela via difusa.

Cito, para registro e invocando como razão de decidir, o trecho da petição inicial de referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, promanda do eminente Aristides Junqueira. *In verbis*:

“O Teor das Normas Impugnadas

Eis o inteiro teor do artigo 1º da referida Lei, postos em negrito os parágrafos cuja inconstitucionalidade se quer ver declarada:

“Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública;

§ 2º *A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º* “ (doc. 04).

Considerações Sobre a Nova Redação do Caput do Artigo 84

O cotejo entre a redação primitiva do artigo 84 do Código de Processo Penal

(“*A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade*”) e a nova redação dada pela Lei, ora questionada, mostra que nenhuma alteração substancial houve, limitando-se a acrescentar o Superior Tribunal de Justiça, eis que, constitucionalmente, tem ele competência para processar e julgar, originariamente, crimes comuns e de responsabilidade atribuíveis às pessoas arroladas no artigo 105, I, “a”, da Constituição Federal.

Duas outras alterações irrelevantes também ocorreram: a primeira consistiu na supressão da obsoleta denominação “Tribunais de Apelação”, relativa aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, substituindo-a, pelos tribunais de segundo grau de jurisdição, hoje existentes, seja no âmbito da Justiça Federal, seja na esfera da Justiça estadual.

A outra alteração, também sem relevância, consistiu na substituição do uso da conjunção alternativa “ou” pela aditiva “e”, ao se referir às duas espécies de crimes (comuns e/ou de responsabilidade).

Constata-se, portanto, que a nova redação dada ao *caput* do artigo 84 do Código de Processo Penal está conforme ao texto constitucional, já que a este - e só a este - cabe definir quais as infrações e as pessoas que devam se submetidas a foro por prerrogativa de função.

De fato, o *caput* do artigo 84 do Código de Processo Penal, seja na sua redação primitiva, seja na sua redação agora dada pela Lei ora impugnada, nada mais pode ser do que uma repetição daquilo que está na Constituição Federal,

já que a lei ordinária não pode modificar as regras de competência ali definidas, não lhe sendo permitido estendê-las nem restringi-las.

Portanto, é presumível que a nova redação do *caput* do artigo 84 do Código de Processo Penal tenha sido mero pretexto para o acréscimo dos dois parágrafos, flagrantemente inconstitucionais, como se passa a demonstrar.

A Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º

Com esses dispositivos, o legislador ordinário arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal, além de se arvorar, desastrosamente, em intérprete maior da Constituição.

Com efeito, é cediço que constitui tradição vetusta do ordenamento jurídico pátrio que a repartição da competência jurisdicional, máxime da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, é fixada na Constituição da República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva.

Se assim é com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos tribunais regionais federais e aos juízes federais, também o é com relação aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresso mandamento da Constituição Federal, *litteris*:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º *A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça*”. (realce da Autora).

Ora, definir é pôr limites e, se os limites da competência dos tribunais estão no texto constitucional, quer federal, quer estadual, não pode o legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse.

Que o rol de competência dos tribunais é de direito estrito e tem fundamento constitucional trata-se de entendimento reiteradamente proclamado por essa excelsa Corte, como se extrai, a título exemplificativo, da ementa do v. acórdão relativo à Petição 693 AgR/SP, Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, assim redigida:

*“COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI N. 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido”*.

Inúmeros são, também, os julgados desse colendo Supremo Tribunal Federal, relativamente à falta de sua competência originária para processo e julgamento de ação popular contra o Presidente da República, por se tratar de matéria não contemplada no exaustivo rol de competência fixado em sede constitucional.

Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, regular



matéria que só pode ter sede constitucional.

O que já se expôs é bastante para demonstrar a inconstitucionalidade de ambos os parágrafos, aqui questionados.

Especificamente quanto ao § 1º, ora impugnado, o legislador ordinário se arvorava em intérprete do texto constitucional, no que diz respeito à própria competência dos tribunais, inclusive dessa Suprema Corte, dando-lhe interpretação divergente daquela já firmada por esse Tribunal Maior, consubstanciada no cancelamento da Súmula 394, que tinha o seguinte enunciado:

*“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.*

Ora, se o intérprete maior da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu, há quase um lustro, que o texto constitucional não contempla a hipótese de prorrogação do foro por prerrogativa de função, quando cessado o exercício desta, não pode o legislador ordinário editar norma de natureza constitucional, como se esta tivesse o condão de compelir a Suprema Corte a voltar à interpretação, já abandonada, de uma norma da Constituição.

Já quanto ao § 2º, o legislador ordinário, a par de travestir-se em poder constituinte e, também em intérprete da Constituição, tal como quanto ao § 1º, pretende revelar, ainda, poderes premonitórios ou servir-se do seu mister legislativo como forma de pressão sobre esse Supremo Tribunal Federal, pois o tema nele posto constitui questão que é objeto de julgamento em curso.

Assim, ambos os parágrafos ora impugnados ofendem não apenas o artigo 102, I; 105, I; 108, I e 125, § 1º, da Constituição Federal, mas também a independência e a harmonia dos poderes do Estado, cravado no artigo 2º da mesma Constituição Republicana.

(...) *omissis*

Observa-se, deveras, que a previsão normativa atinente a competência dos Tribunais superiores se há de efetivar por intermédio de norma constitucional. Fazendo-o ordinariamente, como sucedeu com a lei em testilha, tem-se a inconstitucionalidade formal.

Mas não é só. Impõe referir que a Ação Direta de Inconstitucionalidade em apreço recebeu parecer do Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, cuja argumentação, bem entendida, revela que a novel legislação não se aplicaria ao caso presente, e, pois, merece menção. Cita-se:

“ Parecer nº 17.965/GB

(...) aqui se adentra o exame do mérito, o pedido de declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02 merece prosperar apenas em parte.

Convém colacionar a redação atual do art. 84, do Código de Processo Penal, tal como lhe foi conferida pelo diploma legal fustigado na presente ação:

(...)

A questio iuris cinge-se ao exame dos parágrafos §§ 1.º e 2.º do dispositivo. O primeiro versa sobre a subsistência do foro *ratione muneris* aos casos em que o crime derive da prática de “atos administrativos do agente”, ao passo que o segundo estende o foro por prerrogativa de função às ações que versem sobre atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/92. Revela-se conveniente, para

melhor análise da questão, cindir igualmente a presente manifestação em duas partes: a primeira, sobre o § 1.º; a segunda, sobre o § 2.º.

A alteração promovida pelo § 1.º do art. 84, do Estatuto Processual Penal, determinou a subsistência do foro *ratione muneris* aos casos em que o agente que então fazia jus a esse predicamento tenha cometido crimes que guardem, como condições elementares a sua realização, a necessária correlação com a função pública então exercida.

Ao contrário do asseverado na peça vestibular, da leitura do inteiro teor do acórdão do julgamento da INQO 697/SP infere-se que o cancelamento da Súmula 394 – que reproduziu um entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal por 157 anos – amparou-se justamente no fato de a prorrogação de foro não estar prevista literalmente no texto constitucional ou em leis infraconstitucionais. Isso não significa, contudo, uma vedação ao legislador ordinário de prorrogação de tais competências, desde que tal extensão encontre amparo nas normas constitucionais delimitadoras das competências originárias do texto constitucional, tal como interpretadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, a que compete precipuamente a guarda da Constituição (CF 88, art. 102, caput).

Diga-se, a latere, que a discussão objeto destes autos não comporta a análise da conveniência, ou não, da existência do foro por prerrogativa de função. Ainda que se admita considerações, *obiter dictum*, sobre o acerto, ou desacerto, de tal previsão, seja por razões históricas, seja por razões políticas, tal exame refoge dos estritos limites a que se impõe ao

Supremo Tribunal Federal na função de guardião máximo da Constituição e de legislador negativo, quando órgão de jurisdição constitucional a quem incumbe a fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Com efeito, certo é que a Constituição de 1988 prevê a competência originária dos Tribunais para o julgamento de crimes cometidos pelas autoridades que o próprio texto enumera. Todavia, não explicita se tal predicamento funcional se estenderia após o agente deixar a função que o justificava. Isso, como se vê, é matéria que foi analisada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Pergunta-se: diante da ausência de previsão, é vedado ao legislador ordinário conformar tal previsão, a fim de esclarecer se tal preceito estende-se, ou não, àqueles atos praticados por agente, sempre em razão da prática funcional por ele exercida, ainda que não ocupe ele mais tal cargo ou função?

A resposta negativa, como se argumenta na peça inicial, parte da premissa de que ao legislador ordinário é vedado interpretar o texto constitucional. Porém, a assertiva, por si só, não se sustenta.

A valer, o dispositivo ora atacado veio tão-somente a explicitar aquilo que a Constituição Federal deixa entrever: a competência *ratione muneris* justifica-se naqueles casos em que o agente comete crimes próprios de sua atividade funcional, ou seja, crimes que guardem em suas figuras elementares a função por ele ocupada.

A questão ora tratada guarda inteira similitude aquela enfrentada por esse Excelso Pretório quando do julgamento da Questão de Ordem no INQ 687/SP. Os argumentos então expendidos, notada-

mente aqueles deduzidos pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, guardam máxime utilidade ao caso em tela.

(...)

As conclusões defendidas pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, conquanto tenha restado vencido na companhia dos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO, NÉRI DA SILVEIRA e NELSON JOBIM, substanciam exatamente o preceito contido no indigitado § 1.º do art. 84 do Código de Processo Penal.

Nesse passo, é de todo oportuno registrar o seguinte trecho do voto proferido pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, quando do julgamento da INQO 687, que resultou no cancelamento da Súmula 394 desse Excelso Pretório, verbis:

(...) omissis

O diploma vergastado nada mais fez que valorizar a distinção, de sorte a subsistir o predicamento do foro *ratione muneris* para aquelas condutas praticadas no exercício da função específica e vinculadas à atividade do próprio agente criminoso.

Ainda, no que se refere ao próprio sentido material da norma atacada, a *ratio legis* é, como com lucidez ponderou o saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL, “que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, [constitui] garantia contra e a favor do acusado”.

Nesse sentido, é oportuno afirmar que o conteúdo normativo do diploma e

coaduna até mesmo com os mais altos e modernos reclamos do Direito Penal, quando se tem em conta a sua *dúplice função garantista*. Se, por um lado, a norma incriminadora serve de proteção ao seio social, punindo aquelas condutas que divirjam do sentimento coletivo materializado no bem jurídico por ela tutelado, por outro, pretende-se garantir ao indivíduo que não venha ele a sofrer qualquer constrangimento que não aquele estritamente previsto no tipo sancionador do preceito secundário da norma incriminadora (*sanctio iuris*).

Destarte, não foge do debate o próprio sentido material da norma, a despeito da evidente tentativa de se restringir a discussão sobre o diploma atacado à esfera adjetiva.

A valer, quando se põem em destaque as interpretações sistemática e teleológica da Constituição Federal, não há como afastar as conclusões ora substanciadas na lei atacada pela presente ação direta.

Já afirmara o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando do julgamento da Questão de Ordem levantada no Inquérito nº 687: “Compreendo, de outra parte, que a distinção, que decorre do voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, de não cessar a competência por prerrogativa de função, quando se trata de delito funcional de competência do Supremo Tribunal Federal, é a que melhor convém à compreensão de nossa ordem jurídica, como bem sustentou S. Exa.” (fls. 318 do voto proferido no julgamento do INQO 687 – SP– 25.08.1999).

Na mesma linha foi o pensamento externado pelo eminente Ministro NELSON JOBIM: “(...) o debate que se travou na primeira parte desta sessão e,

principalmente, a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, levam-me, necessariamente, a valorizar essa distinção para que remanesça na competência do Tribunal – não obstante as considerações do Ministro Moreira Alves – aquelas condutas praticadas no exercício da função específica e estarem vinculadas a atividades do próprio indiciado” (fls. 291 do voto proferido no julgamento da INQOO 687 – SP – 25.08.1999).

Assim, explicitando o preceito constitucional, tarefa ínsita ao mister do legislador ordinário, que é a conformação das garantias constitucionalmente previstas, a Lei nº 10.628/02 nada mais fez que adequar a sistemática legal à interpretação teleológica e sistemática do texto constitucional. Subsistirá o predicamento do foro por prerrogativa de função aqueles crimes que tenham como elementar o exercício do cargo, ao tempo da ação, e a íntima correlação aos seus atributos funcionais.

*Decerto, explicitar o texto constitucional é tarefa própria do legislador ordinário. Vale destacar as palavras do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, mormente quando afirma que é “certo ainda ser consolidada na jurisprudência que tanto a lei processual federal, quanto as constituições estaduais e a lei orgânica da Justiça Eleitoral podem criar outras hipóteses de cujo âmbito se tem ressalvado apenas a competência do Júri)”.*

Caso prevaleça a restrição sustentada na peça inicial, padeceriam de vício os diplomas processuais que versam sobre competência (Código de Processo Penal e Código de Processo Civil), bem assim aqueles que tão-somente consagram o entendimento já esposado pela jurisprudência (como é o caso da Lei nº 9.868/

99), o que a toda evidência não se verifica.

Ao assim prever na Lei nº 10.628/02, como não poderia deixar de ser, o legislador ordinário pretende deixar ao Supremo Tribunal Federal (ou ao Tribunal que tenha por competência ordinária a apreciação do fato por competência *ratione muneris*) o exame, caso a caso, dessa necessária correlação entre a conduta criminosa eventualmente perpetrada e a correlação com o exercício funcional, tudo conforme a melhor tradição da jurisprudência pátria e do texto constitucional.

Parece-nos corretíssimo o entendimento dos votos vencidos dos eminentes Ministros NELSON JOBIM, ILMAR GALVÃO e NÉRI DA SILVEIRA que acompanharam o do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no sentido de editar nova súmula “que, fiel à jurisprudência, declare que, cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercício, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”. Não há falar, assim, de inconstitucionalidade material, pois a lei reflete exatamente a correta exegese da norma constitucional: o art. 102, inciso I, alíneas *b* e *c*, da Constituição de 1988.

Contudo vislumbra-se sério obstáculo que redunde na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no § 1.º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.628/02, pois somente o próprio Supremo Tribunal Federal é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua própria competência originária e não o legislador ordinário. Há, assim, a

nosso ver. violação do disposto no art. 2.º, da Constituição da República.

O § 1º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, revogando a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático *Marbury v. Madison* da Suprema Corte Americana.

Aliás, como se sabe, toda a teoria judicial review começa com a inconstitucionalidade formal naquele caso, sob inspiração do Chief Justice MARSHALL, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar competência originária para a Suprema Corte relativa ao writ of mandamus. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em leis (“Statutes”) do Congresso.

A situação aqui não é exatamente a mesma, porque havia jurisprudência consolidada em Súmula do Supremo Tribunal Federal interpretando a Constituição de 1946 e leis federais, convivendo com a vigência da Constituição Federal de 1988 durante mais de dez anos. E, além disso, a lei não criou competência originária propriamente, mas, na verdade, a recriou, após abolida por interpretação da CF 88 pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A decisão majoritária proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Inquérito nº 687-4, de que foi relator o eminente Ministro SYDNEY SANCHES, estabeleceu que “A tese substanciada nessa Súmula [394] não se refletiu na Constituição de 1988”, acompanhando o relator os eminentes Minis-

tros MOREIRA ALVES, OCTAVIO GALLOTTI, CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO e, o então Presidente, CARLOS VELLOSO.

Não vejo, pois, como deixar de considerar que o § 1.º do art. 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela recentíssima Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, tenha afrontado a decisão do Supremo Tribunal Federal, que cancelou a Súmula 394, por maioria de votos, ainda que entenda, como entendendo, ser correta a posição minoritária da Corte.

(...)

Assim, é que deve ser declarado inconstitucional o § 1.º, do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei nº 10.628/02, bem como a expressão “observado o disposto no § 1.º”, constante do § 2.º, in fine, por violar o art. 2.º e o caput, do art. 102, da Constituição da República, na medida em que constituem afronta à exegese da norma constitucional (art. 102, I, b e c) adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao cancelar a Súmula 394 e expressamente estabelecer que a tese nela substanciada não se refletiu na Constituição de 1988.

É possível que o Supremo Tribunal Federal novamente reveja sua posição, com a nova composição da Corte (com os votos da eminente Ministra ELLEN GRACIE e do eminente Ministro GILMAR MENDES), inclusive no julgamento desta ação, restabelecendo em parte o entendimento anterior mediante a adoção de nova Súmula nos termos do voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE na citada Questão de Ordem. Se isso ocorrer, já serão os votos de cinco Ministros restando apenas um dos Ministros que já votaram na referida Questão de Ordem

reconsiderar sua posição para aderir à proposta de nova Súmula. Nesta hipótese, inexistindo incompatibilidade entre a norma legal e a interpretação do Supremo Tribunal Federal não se poderá considerá-la formalmente inconstitucional, por não mais se configurar confronto com o Judiciário, podendo ser convalidada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

No que se refere ao § 2.º do mencionado artigo, vê-se que a lei vergastada procura solucionar questão que há muito angustia a doutrina e a jurisprudência relativamente à natureza jurídica do ato de improbidade administrativa.

Efetivamente, ainda não houve um pronunciamento conclusivo acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa. Nada obstante, é possível delinear algumas características.

O ato de improbidade administrativa é definido em lei e de sua prática decorre sanção imposta ao agente público, ou àquele que com ele age, que viole o dever ético e os imperativos morais que lhe impõe o manuseio da res publica. Decorrem da expressa previsão contida no § 4.º do art. 37 da Carta Maior, que a Lei nº 8.429/92 veio a lume para regulamentar.

A despeito de maiores considerações, revela-se indiscutível que o ato de improbidade traz duas marcas indeléveis: a tipicidade legal (só é ato de improbidade aquele definido em lei como tal) e a imposição de sanções previstas em lei (*sanctio iuris*).

A esta altura, revela-se de todo oportuno colacionar o entendimento firmado por alguns dos eminentes Ministros dessa Excelsa Corte acerca do tema ora em exame: a extensão do foro *ratione muneris* para julgamentos dos atos de

improbidade descritos na Lei nº 8.429/92.

Observou com clareza o eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138, no seu voto, verbis:

(...) omissis

O que o § 2º do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, faz, na verdade, é reconhecer caráter penal (criminal) aos atos de improbidade administrativa. E isso pode o Congresso Nacional em tese fazer por ser a União Federal competente para legislar privativamente sobre Direito Penal (CF 88, art. 22, inciso I, c/c art. 48).

Não nos parece que a norma legal tenha aqui criado propriamente novas hipóteses de competência de Tribunais por prerrogativa de função, como sustentado na inicial. O que ela diz é que se o funcionário (por equívoco) ou a autoridade tem “prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública” para ser processado e julgado pela prática de crime comum (e isto obviamente já deverá estar previsto na Constituição), no caso de cometimento de ato de improbidade administrativa – a que se dá caráter penal – a ação de improbidade prevista na Lei nº 8.429/92 será proposta “perante o Tribunal competente”.

Não há falar, assim, na alegada violação do disposto nos arts. 125, § 1º; 102, I; 105, I, e 108, da Carta da República.

Creio, todavia (tal como, aliás, delineado nos votos da eminente Ministra ELLEN GRACIE e dos eminentes Ministros GILMAR MENDES, MAURÍCIO CORREA e ILMAR GALVÃO, proferidos no julgamento da mencionada Reclamação 2.138-6-DF, acompanhando o voto do Relator, o eminente Ministro NELSON JOBIM),

concluindo sobre a caracterização de crime de responsabilidade em hipótese de suposto ato de improbidade administrativa praticado por Ministro de Estado, que não se pode – à luz da Constituição – dar a extensão que pretendeu dar à norma o legislador ordinário.

É que a improbidade administrativa é prevista no art. 37, § 4º, da CF 88 e nada leva a concluir pela norma lá inserta, o caráter penal que se pretende agora dar ao ato de improbidade. Pelo contrário, o seu caráter administrativo – e de Direito Administrativo – sobressai do próprio contexto constitucional em que é inserida a norma ao referir-se aos servidores públicos e aos princípios da administração pública.

Contudo, por existir também outra norma constitucional expressa definindo como crimes de responsabilidade os que atentem contra “a probidade na administração” (CF 88, art. 85, inciso V) é que penso ser possível atribuir tal caráter penal aos atos de improbidade administrativa desde que configurem tipicamente crimes de responsabilidade como previstos na Constituição e em lei federal.

Evidentemente somente há tais hipóteses relativamente a autoridades, que tenham foro por prerrogativa de função previsto no próprio texto da Constituição da República, para serem processados e julgados por crimes de responsabilidade pelos Tribunais competentes.

Não é o caso dos Governadores dos Estados e dos Prefeitos Municipais, em relação aos quais a Constituição de 1988 conferiu competência ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Justiça Estaduais, respectivamente, para processá-los e julgá-los por crimes comuns somente e não por crimes de responsabi-

lidade (CF 88, art. 105, I, a, e art. 29, X). E o fez, aliás, coerentemente com o modelo federal, pois, não é competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade. E mesmo na hipótese de crimes de responsabilidade de Ministros de Estado, somente é competente o STF se não forem conexos com aqueles da mesma natureza cometidos pelo Presidente da República (CF 88, art. 102, I, c, c/c art. 52, I).

(...)

Não nos parece, contudo, que lei ordinária sobre Direito Penal (na verdade, incluindo normas no CPP) possa simplesmente conferir caráter criminal aos atos administrativos em geral que configurem improbidade administrativa, segundo a Lei nº 8.429/92, quando a Constituição dá tratamento específico à improbidade administrativa e há a distinção até clássica entre a esfera administrativa e penal, como instâncias independentes para fins de sanção. Todavia, é também a própria Constituição que distingue o conceito de crimes de responsabilidade e as sanções próprias e específicas, assim como os órgãos do Judiciário ou do Legislativo competentes para processá-los e julgá-los.

E este Colendo Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade a competência privativa da União Federal para legislar sobre crimes de responsabilidade, com fundamento no art. 22, inciso I.

Assim, parece-nos que não poderia o Congresso Nacional aprovar e o Presidente da República sancionar lei definindo como crimes comuns todos os atos administrativos tipificados como de

improbidade administrativa, trazendo como consequência a aplicação do foro por prerrogativa de função nos Tribunais, inclusive no STF.

A inconstitucionalidade do § 2º, pois, é a nosso ver parcial, sem redução de texto, para conferir interpretação conforme a Constituição (na linha dos cinco votos já proferidos na Reclamação nº 2.138/DF), considerando aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade.

*Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é, preliminarmente, no sentido do conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade; e, no mérito, pela sua procedência em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, bem como da expressão “observado o disposto no § 1º”, constante do § 2º, in fine, também acrescentado pela mesma lei ao referido art. 84, salvo se o Supremo Tribunal Federal novamente reexaminar sua posição quanto ao cancelamento da Súmula 394, nos termos do item 51 acima; e ainda para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, conferindo interpretação conforme a Constituição ao mencionado § 2º, para considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade” (a parte em destaque não o está no original).*

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - (AI 313238511-Câmara de Férias-Rel. Antonio Rulli) - já reconheceu, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei que o réu, sob os auspícios

da representante do Ministério Público, quer fazer incidir no caso presente. Veja-se, no que pertinente à espécie, trecho do voto que estou a adotar como fundamento desta decisão:

“ Rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso.

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de incompetência de foro por prerrogativa de função, pois a Lei Federal n. 10.628/2002 não encontra fundamento na Constituição Federal de 1988. O art. 37, § 4º, da Magna Carta trata da suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. A ação proposta tem natureza eminentemente civil, não obstando possa ser ajuizada a competente ação penal.

Aliás, cumpre transcrever o comentário do mestre constitucionalista Alexandre de Moraes ao art. 29, inciso X, da CF/88, na obra intitulada “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”:

“... salientamos que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções anteriormente analisadas, somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o Prefeito Municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas e demais ações de natureza cível.

Da mesma forma, inexistente foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de prefeitos municipais, por ausência de previsão constitucional



específica, devendo, portanto, ser ajuizada perante a 1ª instância”.

*Descabe também a aplicação dos arts. 2º da Lei Federal n. 8.437/92 e 17, § 7º da Lei Federal n. 8.429/92, pois a ação civil pública foi proposta contra agentes investidos na função pública e não contra o Poder Público. Ademais, os diplomas legais invocados não têm o condão de afastar o embasamento das ações ajuizadas, quando haja interesse público envolvido, Cumpre observar que todas as alegações suscitadas pelo agravante seriam oportunamente apreciadas, conforme esclarecimentos do Juízo ”.*

No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da Ação Civil Pública nº 2003.002338-0, de relatoria do Desembargador César Abreu, *in verbis*:

“ Cuida-se de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, manejada pelo Ministério Público contra o Prefeito Municipal de Barra Velha e outros agentes públicos, remetida a esta Instância, acompanhada da Medida Cautelar Incidental n. 2003.002338-0/00001-00, pelo Togado a quo, com fundamento na Lei Federal nº 10.628, de 24/12/2002, que deu nova redação ao art. 84 do CPP, cuja constitucionalidade está sendo discutida perante o STF na ADI nº 2797 proposta pela CONAMP.

Examinando a Lei Federal em seus contornos, tenho que ela não encontra fundamento na Constituição Federal. O art. 37, § 4º prevê sanções para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. Vale dizer, considera a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública sanções de natureza civil, muito embora se

possa reconhecer investidas de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos (RSTJ 137/22). Essa circunstância, entretanto, não induz optar-se por uma interpretação analógica para a fixação do foro especial porque o constituinte foi taxativo quando tratou da matéria, estabelecendo a prerrogativa, na hipótese restrita de crime.

Alexandre de Moraes, comentando o art. 29, X, da CF, sustenta que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, [...], somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizado contra o Prefeito Municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para ações populares, ações civis públicas e demais ações de natureza civil. E, prossegue: Da mesma forma, inexistente foro privilegiado para ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face dos prefeitos municipais, por ausência de previsão constitucional específica, devendo, portanto, ser ajuizada perante a 1ª instância (Direito Constitucional, 12ª ed., Atlas, SP, 2002, p. 280).

Assim, apesar da Constituição Federal prever a competência originária do Tribunal de Justiça para os feitos criminais envolvendo os prefeitos municipais (art. 29, X e 83, XI, *b*, da CE), em relação às demais ações propostas, entre as quais, as ações populares, ações civis públicas e ações por ato de improbidade, carece a Corte Estadual de competência, por falta de previsão específica na Constituição Federal e na do Estado (art. 125, § 1º, da CF).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*in* Improbidade Administrativa,

Lumem Juris, Rio, 2002, p. 571), invocando acórdão prolatado na Reclamação n. 591/SP, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Nilson Naves, observam que a ampliação de competência do STF, STJ e dos TRF's, por tratar-se de matéria especificamente disciplinada, *numerus clausus*, pela própria Carta Magna, somente através de emenda constitucional federal tal temática poderia ser tratada. Quanto à competência do Tribunal de Justiça, exige-se emenda constitucional estadual, em razão da regra contida no art. 125, § 1º, da Constituição Federal.

A lei processual em referência, portanto, não incide na área da jurisdição dos Estados-Membros, uma vez que a Constituição Federal outorgou, sem reserva, a este ente federado, o poder de definir a competência dos seus Tribunais com as limitações que da Carta Maior decorram explícita ou implicitamente (RTJ 152/548).

O STF, na abalizada palavra do Min. Carlos Velloso, julgando o Inquerito n. 1.202-5/CE, decidiu pela incompetência da Corte para processo e julgamento de ação civil por ato de improbidade administrativa contra ex-Prefeito Municipal, então Deputado Federal, por considerar a 1ª Instância da Justiça Comum como o foro competente.

Essa, ademais, a posição adotada pelo TJSP, quando do julgamento do Agravo de instrumento nº 313.238-5/1-00, em 24.01.2003.

A conclusão, pois, é a seguinte: No âmbito da Lei nº 8.429/92, onde não se cogita de aplicação de sanção penal, a prática de atos de improbidade, por qualquer agente público, de Presidente da República a Prefeito Municipal (RTJ 150/28-29), insere-se na competência dos

magistrados de primeiro grau, juízes naturais de tais causas.

*Diante do exposto, sendo absoluta a competência do Juízo de Primeiro Grau, determino a devolução dos autos para que lá se prossiga como de direito”.*

As decisões sobreditas, insta salientar, consoante o informativo eletrônico da revista Consultor Jurídico, de 11 de fevereiro de 2003 – www.conjur.com.br - teriam “causado polêmica” no distrito federal, por relegar ao olvido o artigo 97 da Constituição Federal. Não se tem notícia, ao que consta, de polêmica causada pelas incansáveis decisões de câmaras criminais que, por exemplo, afastem a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, sem atender ao comando constitucional gizado. A “polêmica”, bem se vê, decorre de que a lei em comento possui, para além de conteúdo jurídico, ao qual, diga-se, tem-se adstrito esta decisão, inequívoco escopo político, conforme o apreendeu Hugro Nigro Mazzili, *in verbis*:

“Em suma, a Lei nº 10.628/02 é apenas mais uma atitude própria da cultura de privilégios que infelizmente tem sido freqüente em nosso país, pois os administradores e parlamentares não se conformam em ser processados, mesmo na área cível e ainda que depois de terem deixado os cargos, perante os mesmos juízes que julgam os demais brasileiros. Em suma, quiseram o administrador e os parlamentares ripristinar a Súmula nº 394-STF, aliás, com tardança revogada, a qual permitia que o foro penal por prerrogativa de função continuasse a existir... mesmo que não mais existisse função alguma... E quiseram ainda mais, ou seja, estabelecer agora também foro cível por prerrogativa de função, ainda que tam-

bém não exista função alguma ” (in [www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)).

Em sua conclusão, ressalta o renomado autor:

“ *A Lei nº 10.628/02, porém, descurou estes óbices: a) a competência do STF e do STJ é definida tão-somente pela própria Constituição, de forma que é inconstitucional ampliar a competência dessas Cortes por meio de mera alteração ao CPP; b) o foro por prerrogativa de função existe para resguardar o exercício da função, não para resguardar a pessoa em si, fora do exercício da função, o que é inequivocamente o objeto da referida alteração legislativa; c) se houve razões pelas quais a Lei Maior assegurou foro por prerrogativa de função para alguns exercentes de cargo público, essas mesmas razões deixam de existir quando cesse o exercício da função; assim, em vista da violação ao princípio da igualdade, é também por isso inconstitucional prever foro por prerrogativa de função para quem não tem função pública ”* (idem).

O mesmo alvitre já foi encampado por Renato Flavio Marcão, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) e de cujo teor extraio o seguinte:

“ Conforme dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

É de todo perceptível, ante a literalidade e clareza do texto constitucional, que as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade não se confundem com as de natureza penal.

Evidentemente, e por conseqüência, não há que se confundir improbidade administrativa com ilícito penal. O inverso constitui erro grosseiro, data maxima venia.

A doutrina é tranqüila a respeito do tema; nesta seara não reinam discepções.

Bem por isso autores de nomeada e os Tribunais sempre entenderam que, sendo a ação de improbidade administrativa cuidada na Lei nº 8.429/92 de natureza civil, ainda que proposta contra autoridades que gozem de foro especial por prerrogativa de função para efeitos penais, “deve ser processada e julgada em primeira instância, por não caber o deslocamento de foro para o Supremo Tribunal Federal sem expressa previsão constitucional”.

Por ser a competência originária do Supremo Tribunal Federal de direito estrito, não se admite o foro especial por prerrogativa de função para as ações civis de improbidade administrativa.

Nesse sentido Wallace Paiva Martins Júnior traz à colação em sua preciosa obra o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme segue: “A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstâncias de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da corte, para os efeitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade” (STF, TP, AgRg em Petição 693-4-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 12-8-1993, DJU, 1º mar. 1996, p. 5013)”.

Em sua conhecida obra, Marino Pazzaglino Filho destaca o voto do Min. Celso de Mello, que com clareza solar elucida a matéria nos seguintes termos: “Com efeito, não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política, consoante adverte a doutrina (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 – RTJ 44/563 – RTJ 50/72 – RTJ 53/776)”.

Diante de tal quadro, resta evidente que não pode o legislador ordinário ampliar o âmbito estrito de competências da Suprema Corte.

Como se vê, distinguindo a Constituição Federal os âmbitos de incidência da improbidade administrativa e do direito penal, não pode o intérprete, o juiz, e tampouco o legislador, confundir-los impunemente, e para a lei que não observa tais limites a sanção inevitável é o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

*Não é por outra razão que após a edição da Lei 10.628/02 a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo expediu recomendação aos Membros do Ministério Público, em caráter normativo, para que arguam, “nos processos de sua atribuição porventura alcançados pela nova*

*lei, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, a fim de possibilitar o exercício do controle difuso de constitucionalidade, pelos órgãos do Poder Judiciário”, e no texto da referida recomendação se fez constar o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, no sentido de que “A competência do STF é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os efeitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade” (STF, Pleno, RJ 159/28, Rel. Min. Ilmar Galvão).*

Também consta da referida recomendação: “O mesmo raciocínio vale para os demais Tribunais Superiores (com a única exceção do TST – CF, art. 111, § 3º, o que obviamente não interfere no raciocínio aqui exposto, dada a absoluta especificidade da jurisdição trabalhista). Nesse contexto, o STF julgou inconstitucional artigo do Código Eleitoral (lei ordinária) que pretendia atribuir competência ao TSE para conhecer de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, em matéria eleitoral (RTJ 109/909)”. E segue: “Também os Tribunais Regionais Federais (e bem assim os próprios juízes federais) têm prevista na Constituição, de forma taxativa, a sua competência, que ‘somente pode ser ampliada ou reduzida por emenda constitucional, contra ela não prevalecendo dispositivo legal hierarquicamente inferior’”. “Quanto aos Tribunais de Justiça, é também expressa a Constituição Federal, ao estatuir que sua competência ‘será

definida na Constituição do Estado' (art. 125, § 1º). Não pode esta ser ampliada pelo legislador ordinário. Tanto é assim que o STF considerou revogados os dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura que dispunham sobre competência dos tribunais estaduais (HC 77.583-1-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 18.9.98, p. 7)".

Ao cuidar da competência do Supremo Tribunal Federal o art. 102, inc. I, alínea a, da Constituição Federal, não incluiu em seu rol as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, não sendo demais lembrar que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal cuidou de expressar a impossibilidade de confusão das jurisdições civil e penal, para os atos de improbidade e para os ilícitos penais, respectivamente. De tal sorte, a confusão proposta não se justifica dentro de um raciocínio lógico e inteligente, fazendo concluir que razões outras, diversas da técnica jurídica, e distantes do interesse público, é que empolgaram a malfadada disposição legal ora combatida.

*Historicamente, as hipóteses de foro privilegiado sempre foram objeto de previsão constitucional, não se deixando a regulamentação da matéria para a legislação de menor envergadura "* (O grifo é meu).

Sintetizando, pois, o que foi exposto, verifica-se que a Lei nº 10.628/02 come-

teu aos Tribunais Superiores competência para o julgamento de ação de improbidade administrativa quando apenas a Constituição Federal poderia fazê-lo. A razão política de tal efeméride, ao arrebol de um governo e na aurora de outro, importa pouco, cabendo tal julgamento ao crivo popular. Do ponto de vista jurídico, porém, a introdução dos parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal fere de morte a Carta. Por tal razão, não se há de aplicá-los.

Por cautela, o prosseguimento do feito, com a análise sobre o recebimento da inicial e atos ulteriores, dar-se-á após a preclusão desta decisão, franqueando-se às partes, concordes entre si e divergentes desta decisão, o manejo da via recursal.

Diante do exposto, no exercício do controle difuso de constitucionalidade assegurado pela Constituição Federal, declaro a inconstitucionalidade, com eficácia neste feito, dos parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Penal, com a redação que lhes foi dada pela Lei 10628/02.

Preclusa essa decisão, voltem conclusos para prosseguimento.

Intimem-se, com a celeridade que a natureza do feito enseja.

D.L.

Jaguarão, 27 de fevereiro de 2003.

**Orlando Faccini Neto** - Juiz de Direito Substituto.

---

**Processo nº 16.422 – Ação Ordinária de Reconhecimento de Servidão de Aqueduto.**

**Comarca de Santa Vitória do Palmar**

**Autor: Paulo da Silva Quadros**

**Réus: Genoveva Leoncina Arriada de Arriada e João Anterius Arnoni**

**Juíza prolatora: Lourdes Helena Pacheco da Silva.**

**Data: 22 de março de 2003**

---

*Carência de Ação. Ilegitimidade ativa. Falta de pressuposto processo.*

Vistos.

Paulo da Silva Quadros, qualificado na fl. 02, ingressou com esta Ação Ordinária de Reconhecimento de Servidão de Aqueduto Definitivo em face de Edgar Arriada e Genoveva Arriada, também identificados. Narrou o demandante que explora atividade primária em estabelecimento rural situado na localidade de Espinilho. Afirmou que, para irrigar sua lavoura de arroz, plantada em campos arrendados de Vanice Arriada, se utiliza de um canal que corta os campos dos requeridos em uma extensão de 350 metros. Entretanto, precisando realizar obras para utilização do canal, foi impedido de realizar a pretendida limpeza e aprofundamento do aqueduto. Sustenta que inexistente outra fonte d'água, canal, veio ou córrego que pudesse ser utilizado para fins de irrigar sua lavoura. Requereu, assim, a procedência do pedido para reconhecer definitivamente o direito de servir-se do aqueduto na forma de servidão de passagem d'água. Acostou documentos (fls. 02-17).

Citados, Edgar Arriada e Genoveva Leoncina Arriada de Arriada apresentaram contestação, afirmando que o primeiro requerido não é proprietário de campos no local indicado na petição

inicial. O requerente, por outro lado, não é parte legítima para litigar em juízo, por não ser proprietário nem arrendatário de terras na localidade, mas sim sua mulher. Afirmaram que o autor não tem autorização legal para usar o canal de propriedade da Granja Mangueira, não tendo provado seu direito à água. Ademais, o Arroio Del Rey, de onde o autor pretende derivar águas, situa-se dentro da faixa de fronteira e, logo, suas águas são públicas, o que torna necessária a concessão administrativa, não apresentada pelo autor. Pelas razões apresentadas deve ser o autor considerado carecedor de ação ou ser a demanda julgada improcedente. Anexou documentos (fls. 21-41).

Houve réplica (fls. 43-8), trazendo novos documentos (fls. 49-52).

Os réus responderam à réplica (fls. 54-5).

Foi realizada audiência de conciliação e saneamento – art. 331 do Código de Processo Civil, ocasião em que não se obteve acordo entre as partes (fl. 61). Foi excluído do pólo passivo o réu Edgar Arriada.

O autor ingressou com pedido de tutela antecipada para que fosse autorizado a ingressar nas terras dos réus para proceder a limpeza e aprofundamento do canal d'água, voltando a juntar documentos (fls. 68-92) e obtendo decisão favorável do juízo (fls. 93-5).

Houve agravo de instrumento relativamente à concessão da antecipação de tutela (fls. 102-9), insurgência que não obteve provimento na Décima Oitava Câmara Cível do TJRS (fls. 135-7).

Em audiência, o feito foi saneado, determinando-se a integração do pólo passivo por João Anterius Arnoni, por ser litisconsorte necessário, uma vez que promitente comprador da área de terras de Geneveva (fl. 143).

Citado, João Anterius Arnoni, promitente-comprador das terras da ré Geneveva, apresentou contestação afirmando que é um equívoco do autor afirmar que não existe outra fonte d'água para irrigar sua lavoura, além de assegurar que as terras estão em condomínio, sendo que a utilização do canal pelo autor é feita sem autorização dos demais condôminos (fls. 157-8).

Na instrução, foram ouvidas seis testemunhas (fls. 174-87).

Encerrada a instrução, o debate foi substituído por memoriais, apresentados apenas pelos réus, sustentando que o autor primeiramente se disse arrendatário e depois proprietário das terras onde pretende estabelecer a servidão, assim infringindo as disposições do Código de Processo Civil, devendo ser tido como litigante de má-fé. Os imóveis em questão se encontram em condomínio o que é incontroverso. O autor se apresenta como arrendatário, condição que não lhe permite pleitear constituição de servidão. Assim, afigura-se a impossibilidade jurídica do pedido que deve ser decretada (fls. 194-9).

Vieram os autos conclusos em 05 de março de 2003.

Brevemente relatados.

Decido, fundamentadamente.

Deve ser decretada a carência de ação por falta de legitimidade ativa ao autor bem como por falta de pressuposto processual.

Senão vejamos.

Já em contestação, a ré Geneveva suscita a ilegitimidade ativa dizendo que o “requerente não é parte legítima para litigar em juízo, pois não é proprietário e nem arrendatário das terras em que se localiza o canal e sim sua mulher, por disposição testamentária” (fl. 21).

A questão continuou a ser debatida no curso do feito, tendo o autor declarado que detém legitimidade para litigar em juízo em face da relação conjugal com Elmira Delvair Arriada Quadros, sua esposa, e que com ela realiza exploração das terras pertencentes ao casal. É o alegado na fl. 44.

Entretanto, na petição inicial o autor declara estar ingressando com a Ação de Aqueduto na condição de arrendatário, ao dizer “o requerente desenvolve neste município atividade ligada à produção primária, com exploração de pecuária de corte, gado leiteiro e lavoura de arroz.(...) O requerente, para fins de irrigar lavouras de arroz plantadas em campos arrendados de terceiros, utiliza-se de um canal que corta os campos dos requeridos (...) Ocorre que, para irrigar a lavoura de arroz a ser cultivada na gleba pertencente a Vanisse Arriada –(arrendadora)-, é necessário que a irrigação seja feita por um canal que corta os campos do requerente, dos requeridos (...)” (fls. 02-3). O demandante acostou aos autos cópia do contrato de arrendamento firmado com Vanice Arriada e depois renovado, como se constada dos instrumentos contratuais de fls. 12-3, 151 e 152-3.

Assim, indubitoso que o autor pretende a instituição de servidão de aqueduto a partir de sua posição de arrendatário do campo de propriedade de Vanice Arriada.

A partir desses dados, verifica-se que ao autor não assiste legitimidade para pleitear a constituição de servidão de aqueduto sendo detentor de meros direitos pessoais, já que a partir da condição de arrendatário se apresenta nos autos. Mesmo que seja proprietário de uma fração de campo na mesma região do Espinilho, deve-se ter em mente que o prédio dominante, o que se beneficiaria com a instituição da servidão, é de propriedade de Vanice Arriada e não do autor, que é somente arrendatário desta referida fração de campo.

Leciona Pontes de Miranda *in* Tratado de Direito Privado<sup>1</sup> que:

“Ninguém é titular de servidão sem ser titular de direito real”.

Assim, se o pretendente à constituição de servidão não possui direito real sobre o imóvel dominante, ou, ao menos, um direito deste decorrente ou desdobrado, como o enfiteuta, usufrutuário ou usuário, não é concedida a possibilidade de requerer judicialmente a constituição de servidão. Se o autor se confessa arrendatário do prédio dominante, não lhe é dado postular a constituição de servidão sobre tal imóvel, uma vez que detentor de mero direito pessoal ou obrigacional na relação jurídica que mantém com Vanice Arriada, a proprietária. Somente Vanice ou outro detentor de direito real sobre o imóvel

dominante é que poderia buscar em juízo a constituição da servidão de aqueduto.

Mais uma vez saliente que é irrelevante o fato de o autor ser coproprietário do imóvel em que existe o levante para tomada d'água do aqueduto, terra que fica à margem do Arroio Del Rey. Não se trata este do imóvel dominante na relação de servidão, uma vez que o imóvel dominante é aquele titulado por Vanice Arriada, assim como o serviente é o de propriedade dos réus.

Examinando questão análoga à dos autos, o eminente Desembargador Clarindo Favretto, no julgamento da Apelação Cível nº 595 142 738<sup>2</sup>, assim se manifestou:

“(…) qualquer servidão tem como pressupostos materiais prédios vizinhos e proprietários diferentes, sendo irrecusável, portanto, a exibição da prova de propriedade de ambos os prédios, serviente e dominante, para a exata composição da lide. Noutro passo, o direito de derivar água por aqueduto, pode ser demonstrado por arrendatário ou parceiro agricultor, embora não ostentem a titularidade do domínio do prédio dominante, mas esse direito deve ser expressamente previsto no contrato com o titular da propriedade.(…)”

O exame dos sucessivos contratos de arrendamento firmados entre Paulo e Vanice não demonstra existir qualquer previsão contratual para que o arrendatário tentasse constituir o aqueduto em questão. Assim, nem a exceção mencionada no acórdão acima citado beneficia o autor.

1 – TRATADO DE DIREITO PRIVADO. Pontes de Miranda. Tomo XVIII, p. 205.

2 – Quinta Câmara Cível. TJRS. J. em 28.12.1995. Rel. Des. Clarindo Favretto.



A jurisprudência não destoa no sentido de que a condição de proprietário ou detentor de direito real é necessária para que se adquira legitimidade a pleitear a instituição do direito real de servidão, como se exemplifica:

“Servidão de Aqueduto. Os pressupostos constitutivos da servidão são prédios vizinhos e proprietários diferentes. O arrendatário, porque não é proprietário, não tem ação para ver declarada servidão de aqueduto em seu favor. Recurso Improvido. Apelação Cível nº 593112360. Quinta Câmara Cível. TJRS. Rel. Des. Clarindo Favretto. “

Assim, não apresentando o demandante a condição de detentor de direito real de propriedade ou outro direito real, não é parte legítima a pretender a constituição da servidão de aqueduto, sendo, para tanto, carecedor de ação.

Nada mais se precisaria dizer para que restasse fulminada a pretensão contida na peça portal. Entretanto, para que não transite *in albis*, saliento que outro obstáculo se apresenta, como bem salientado pelos réus, uma vez que a área onde se encontram localizados tanto o imóvel pretensamente dominante quanto o serviente, oriundos da Sucessão Arriada, se encontraria em condomínio *pro indiviso*, apesar de já findo o arrolamento com a expedição dos formais de partilha dos herdeiros. A situação de condomínio é também afirmada pelo próprio autor, em petição de fls. 144-5. Mesmo que juridicamente as frações de cada herdeiro estejam individualizadas, faticamente a situação de condomínio permanece. Assim, encontra pertinência a argumentação expedida pelos réus no sentido de que “Em se tratando de imóveis em condomínio “...não há cogi-

tar-se de constituição de servidão entre quinhões..”, como já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, na Apelação Cível nº 585044225, julgado em 19.11.1985, pela 6ª Câmara Cível, sendo Relator o Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, com a seguinte ementa: “ Servidão de hausto de águas e aqueduto. Como toda servidão predial, supõe a existência de prédios distintos, serviente e servido, com diversidade de donos. Em se tratando de condomínio pro indiviso, resultante de partilha à qual não se seguiu divisão geodésica, conquanto hajam os comunheiros localizado de facto e sem divergências as respectivas posses, não há cogitar-se de constituição de servidão entre quinhões que, de direito, conservam a condição de partes ideais de um imóvel único. Supondo-se que um condômino pratique atos capazes de embarçar a composse ou a utilização econômica do imóvel por outro consorte, pode caber remédio possessório ou outro condizente com a situação de fato, mas não a constituição de servidão. Da ação tendente a este objetivo, carece o condômino por impossibilidade jurídica. Matéria suscetível ex officio e ônus de argüir. Silente o réu, na oportunidade primeira de que dispõe, quanto à carência de ação, responde pelas custas do retardamento (CPC, art-267,par-3). Tal circunstância, outrossim, deve determinar especial moderação no arbitramento dos honorários pelos quais respondera o autor. Apelação provida em parte”..

Por fim, deve ser dito que outro argumento impediria o sucesso do pleito do autor, visto que as águas do Arroio Del Rey situam-se na faixa de fronteira, e, de acordo com o Código de

Águas, suas águas são públicas e da União (art. 29, inciso I, alínea *d*). Dessa forma, de acordo com o art. 43 do mesmo diploma legal: “As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes”. Entretanto, o autor jamais demonstrou deter concessão administrativa para utilização das águas do Arroio Del Rey. Destarte, não lhe assiste o direito de derivar águas do Arroio e muito menos de pretender estabelecer servidão de aqueduto sobre as águas dali retiradas. A jurisprudência não destoa, como ilustra o seguinte aresto: “

“Servidão de aqueduto. Ponto de captação em nível inferior aos das lavouras. Direção pretendida para as águas que não decorre da força da natureza, mas da obra do homem. A servidão *acquae haustus et aquaeductus* com inversão do fluxo natural exige ato de constituição (ou fato juridicamente relevante: usucapião). Os art. 567 CCV e 117 do Código de Águas partem do pressuposto do direito as mesmas. Aproveitamento de águas públicas: necessidade de concessão ou autorização. Improvimento. (Apelação Cível nº 194167565, Nona Câmara Cível, TARS, rel: Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 04/10/94)” (g.n.)

Na falta da exibição da prova da concessão da autoridade pública federal, falta à demanda pressuposto processual viabilizador de sua constituição e desenvolvimento válidos (art. 267, inciso IV do Código de Processo Civil), mais uma razão para que se dê pela extinção do feito sem julgamento do mérito.

Por derradeiro, tocante à pretensão dos réus de que seja imposta a penalidade de litigância de má-fé ao demandante, entendo que esta situação processual não se verificou, como pretendem os réus. Para caracterizar a litigância de má-fé deve a parte agir de forma maldosa, com dolo ou culpa e vem a causar dano processual à parte adversa ou conforme a doutrina:

“(…) É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. (...)”<sup>3</sup>

A conduta processual do autor, mesmo que repreensível, pois ora funda seu alegado direito no arrendamento que possui com Vanice Arriada, ora o embasa na condição de proprietário, não chega a se caracterizar como litigância de má-fé, mesmo que se aproxime desta conduta.

Em conclusão, a ação deve ser extinta sem julgamento de mérito, não possuindo o autor legitimidade ativa para postular a constituição de aqueduto, sendo arrendador do suposto prédio

---

3 – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO E LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EXTRA-VAGANTE EM VIGOR. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 397.

dominante. Mais ainda, não apresentou autorização da autoridade federal para explorar as águas que são públicas, faltando, assim, verdadeiro pressuposto para que intentasse a ação. Por fim, tomando como certa a situação de condomínio *pro indiviso* das diversas frações de terra da Sucessão Arriada, o que é admitido tanto pelo autor como pelos réus, não há que se falar em constituição de servidão que tem como pressuposto prédios diversos de diferentes proprietários.

Diante do Exposto, forte no art. 267, incisos IV e VI do Código de Processo Civil, Julgo Extinto o Processo, sem Julgamento de Mérito, por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo e declarando o autor Paulo da Silva Quadros carecedor de ação por ilegitimidade ativa, na demanda intentada contra Genoveva

Leoncina Arriada de Arriada e João Anterius Arnoni, todos identificados nos autos. Assim, revogo a decisão concessiva de antecipação de tutela (fls. 93-5) obtida pelo demandante.

Por aplicação do Princípio da Sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono dos réus, fixando a verba honorária em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) tendo em vista o art. 20, parágrafos 4º c/c o 3º do Código de Processo Civil, considerando o trabalho realizado pelo causídico e a natureza e importância da causa.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Santa Vitória do Palmar, 22 de março de 2003.

**Lourdes Helena Pacheco da Silva** – Juíza de Direito Substituta.

---

**Processo nº 62.245**

**Comarca: Bento Gonçalves**

**Autor: Município de Bento Gonçalves**

**Réu: Osmar da Silva**

**Juíza: Carla P. Boschetti Marcon**

**Data: 28 de abril de 2003.**

---

*Ação Demolitória. Desenvolvimento urbano irregular. Questão Social.*

Vistos.

Cuidam os autos de ação demolitória ajuizada pelo Município de Bento Gonçalves contra Osmar da Silva, objetivando demolir construção efetivada pela parte ré junto à via férrea, em desobediência às normas de edificação municipal, sem apresentação e aprovação de projeto e licença de construção, conforme arts. 3º da Lei Complementar Municipal nº 05/96 e 36, da Lei Complementar Municipal nº 06/96 relativas ao Município de Bento Gonçalves. Juntou documentos.

A parte ré, citada, apresentou resposta alegando ilegitimidade ativa, tendo em vista a propriedade da área da União, incompetência absoluta, ausência de documentos imprescindíveis à propositura da ação. Aduziu a aquisição do imóvel efetuando a construção da residência há muitos anos, sem conhecimento da irregularidade. Asseverou a omissão do Estado quanto ao direito à moradia, assegurado constitucionalmente, à ausência de risco à população e de ofensa ao poder público com a construção. Postulou a improcedência e, alternativamente, a indenização da construção. Juntou documentos.

A parte autora manifestou-se acerca da resposta.

O Ministério Público opinou pela rejeição das preliminares e a procedência do pedido.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

Segundo o art. 330 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houve necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia “.

A primeira parte do inciso I do art. 330 representa a situação dos autos. As partes discutem matéria de direito, desnecessária, portanto, qualquer dilação probatória, e, se acaso houvesse, seria apenas protelatória, culminando no julgamento antecipado da lide.

Preliminar.

Merece rejeição a preliminar de ilegitimidade ativa, incompetência absoluta e falta de documentos imprescindíveis à propositura da ação em face do objeto litigioso centrar-se na irregularidade da construção considerando-se as disposições relativas à edificação do Município de Bento Gonçalves. A posse e a propriedade da área não são objeto da pretensão da parte autora, mas sim a regularidade das construções no município, detendo a parte autora legitimidade para postular em juízo a regulari-

zação e a demolição de construções e obras irregulares.

Outra solução não emerge quanto à ausência de citação do cônjuge da parte ré em virtude da natureza de direito pessoal da questão posta em juízo. Neste sentido: *“Direito de vizinhança - Ação de nunciação de obra nova cumulada com demolitória - Citação da mulher - Desnecessidade. As ações de nunciação de obra nova e demolitória não são consideradas pelos Doutos como demandas de natureza real imobiliária, mas sim, de natureza pessoal, sendo de ampla oportunidade afirmar-se que a falta de citação da mulher do executado na nunciatória com pedido demolitório não impõe mácula (TACSP - Apelação nº 554.311-00/8 9ª Câmara Cível - Relator Juiz Francisco Casconi - 01.09.99)”*..

Rejeito, portanto, as preliminares. Mérito.

Descreve a petição inicial a construção de residências, junto à via férrea, sem a aprovação do projeto e concessão da licença para a obra.

Nenhuma dúvida paira sobre a irregularidade da construção, consoante arts. 3º da Lei Complementar Municipal nº 05/96 e art. 36, da Lei Complementar Municipal nº 06/96, tanto que sequer restou contestada a ausência do projeto e da licença, tornando incontroverso o fato indicado nos autos (art. 334, do Código de Processo Civil). Igualmente, o local da construção - junto à via férrea - não restou contestado, conduzindo, segundo o Município de Bento Gonçalves, a decisão inexorável de demolição das residências.

Saliente-se serem residências de pessoas pobres, sem a menor condição de aquisição de outra área, se é que

esta realmente foi adquirida, considerando a ausência de título de domínio pela parte ré, e nova construção. São favelas construídas precariamente, com a tolerância do Estado e até com a concessão de alguns serviços públicos básicos, em um completo reconhecimento da dificuldade de solução do problema.

Observe-se a Constituição Federal, em seu art. 3º: *“Constituem objetivos da República Federativa do Brasil:*

...

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.. Se os objetivos da nossa República são estes, tão magnânimos, como pretender a demolição de casas residenciais de pessoas pobres sob a justificativa de que são irregulares (sem licença e sem projeto de construção)? Onde estará o fundamento do nosso país na dignidade da pessoa humana?

Segundo o Des. Alves Braga da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão publicado na RT 604/31 a 33 o termo favela merece explanação:

*“Registram os léxicos que favela é o “conjunto de habitações populares, toscamente construídas e desprovidas de recursos higiênicos” (cf. Aurélio, Novo Dicionário). Essa aglomeração de habitações pobres, conhecida na França como bidon ville, que a serviço das partes pode ser traduzido como cidade de lata, o mesmo que shantytown, conhecida dos ingleses e norte-americanos... os conjuntos de habitações pobres encontrados na*

*periferia das grandes cidades. Embora o fenômeno seja universal, porque favelas as há até nos chamados países ricos, na América Latina o fenômeno adquire dimensões que vão às raias da insuportabilidade, já que o acompanha o fenômeno da proletarização das massas e a concentração dessa população marginal da zona urbana, sem que haja atendimento adequado para contornar o gigantismo da cidade, determinando o esvaziamento do campo. Como consequência traz para a cidade multiplicidade de problemas. Mas os países pobres, onde há desemprego, miséria, falta de escola e de educação, multiplicidade de raças, o problema se agrava e se cronifica e, diante da crise de habitação, são obrigados a conviver com o triste espetáculo da favela. Tanto é certo que o problema social ganha tal dimensão, que o Poder Público assume não o papel de mera tolerância, mas vai além e, para aliviar a situação do favelado, estende alguns benefícios de saneamento básico a essas verdadeiras cidades de lata, de papelão e de sucatas”.*

A questão posta em juízo não se resume, pura e simplesmente, na irregularidade do imóvel. Imprescindível a análise das condições que levaram a parte ré àquela construção, precária e em local inadequado. As moradias lá existentes foram crescendo juntamente com o Município de Bento Gonçalves, o qual angaria não só indústrias e um PIB invejável, mas também pessoas sem trabalho e moradia, tendo somente um pouco de esperança de que, quem sabe, nesta cidade maravilhosa e promissora, exista um trabalho para desqualificados tecnicamente.

A solução rápida e indolor para a sociedade de Bento Gonçalves não pode ser o fechar de olhos e a demolição de uma casa, onde vivem homens, mulheres, crianças, idosos e doentes, expurgando os pobres, oprimidos e sem qualquer auxílio desta cidade (novamente) maravilhosa e promissora. Cabe ao Poder Público impedir a construção irregular e em local inadequado, muitas vezes perigoso, mas, após concluída a obra, em uma clara integração da parte ré ao aglomerado de pessoas já existentes, este deverá regularizar a situação e, em não sendo possível, viabilizar a concessão de moradia a esta família, implementando e incrementando as políticas habitacionais reconhecidas e exitosas no Município de Bento Gonçalves.

Ressalte-se que não se trata de uma residência isolada, construída de forma irregular e em perigo à sociedade e aos moradores, mas de um aglomerado de pessoas residindo junto à via férrea pela absoluta falta de moradia em local diverso.

Estas construções deixaram de ser simplesmente clandestinas, ora se tornarem problemas sociais, os quais, considerando a magnitude de sua existência e a gravidade das consequências daí advindas, não encontram a solução rápida e cômoda na demolitória, razão pela qual se impõe a improcedência do pedido, prejudicando-se eventual pedido indenizatório.

Isso posto, rejeito as preliminares e julgo improcedente o pedido demolitório ajuizado pelo Município de Bento Gonçalves contra OSMAR DA SILVA, forte no art. 269, I, 334, do Código de Processo Civil, art. 1º, 3º, III e IV, da Constituição Federal.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 ao FADEP, considerando o tempo despendido e o trabalho desenvolvido, forte no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Transitada em julgado a decisão, verifiquem as custas, intimando para

pagamento. Após, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Bento Gonçalves, 28 de abril de 2003

**Carla P. Boschetti Marcon** - Juíza de Direito.

---

**Processo nº 54.650 - Indenizatória**  
**Comarca de Cachoeirinha**  
**Autor: Antonio Vinicius da Silveira**  
**Réu: Cecílio Lacerda Martins**  
**Juíza prolatora: Viviane Miranda Becker**  
**Data: 29 de abril de 2003.**

---

*Indenização. Danos morais. Advogado. Magistrado. Razões ofensivas.*

Vistos.

Trata-se de Ação de Indenização por Danos Morais proposta por Antonio Vinicius da Silveira contra Cecílio Lacerda Martins.

Revela o demandante que, na condição de magistrado, atuou como julgador em dois, dentre muitos feitos, nos quais o réu atuou como procurador da parte autora. Na condição de magistrado, exaurou decisões que, por sua vez, se mostraram contrárias às pretensões do autor das ações. Aduziu que, quando da interposição das devidas apelações, o réu argüiu razões ofensivas à honra e boa fama do magistrado, ora autor. Sustenta que o réu o acusou de cometer o delito de corrupção passiva ou prevaricação e que as razões dos recursos são caluniosas, injuriosas e difamatórias. Revela que já representou criminalmente contra o réu. Salientou que é de grande relevância o ocorrido, pois o autor exerce a magistratura desde 1989, foi professor universitário e atualmente faz parte do corpo docente da Escola Superior de Magistratura e da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Afirmou que o réu, procurando evadir-se de sua responsabilidade civil e penal,

em manifestação pessoal em ambos os processos, protocolou petição em que atribuiu as ofensas a seu constituinte. Juntou cópias dos documentos que corroboram suas alegações.

Citado, o réu apresentou contestação e não impugnou os fatos, mas tão somente a autoria dos mesmos. Revela que o autor das acusações foi o seu cliente, nas duas ações em que o ora autor foi o patrocinador. Argüiu que o seu cliente se valeu da confiança de sua secretária oferecendo-se para imprimir as peças e que o mesmo inseriu propositadamente, nas peças, tais expressões. Defende-se, ainda, alegando que o desafeto do magistrado, em cartório, foi seu cliente, e que este foi confundido, pelo magistrado, como sendo o requerido. Sustentou que o Sr. Nilson de Souza Gaya jamais negou que tivesse ofendido o magistrado, e, inclusive, confirmou em depoimento perante o Juiz da 10ª Vara Criminal, todas as críticas e ofensas que fez contra o magistrado. Denunciou à lide à pessoa de Nilson Gaya. Ressaltou não existir qualquer motivo para ofender o magistrado, pessoa que segundo revela, sequer conhecia. Requereu o benefício da AJG.

O autor repudiou as alegações inclusas na contestação. Insurgiu-se contra a denúncia à lide. Requereu o julgamento antecipado da lide e a condenação como litigante de má-fé.



Foi indeferido pedido de denúncia da lide na fl. 202 e, em 01/07/02, foi determinado que os autos viessem conclusos para sentença. Ocorreu que, em 14/10/02, foi juntada pelo autor uma procuração em que consta como outorgados o réu e o Sr. Nilson de Souza Gaya (fl. 205). Considerada como fato novo, foi dada vista à parte contrária em 12/11/02.

Em 12/02/03, a parte ré manifestou-se nas fls. 207/210.

Foi indeferida a produção de prova oral (fls. 202 e 211).

Foi juntada a sentença criminal nas fls. 216/223.

É o relatório.

Decido.

No exercício do árduo trabalho exercido pelo Ilustre Magistrado que, inconformado por ter sido atacado no seu íntimo e na respeitável honra e boa fama que ao longo de muitos anos construiu, interpôs a presente demanda.

Antes de passar ao exame do mérito, importante consignar que a sentença do juízo criminal absolveu o réu com base no artigo 386, VI, do CPP, ou seja, absolveu com base na insuficiência de provas, o que não gera efeitos na seara cível. É sabido que o juízo criminal é mais rigoroso do que o juízo cível, uma vez que se trata de restrição de liberdade. Nada impede que o réu seja absolvido no crime e venha a ser condenado no cível, por se tratar de esferas diversas. Assim sendo, passo a análise do mérito.

O réu reconheceu, na presente demanda, que houve, “de forma indevida”, a inscrição de expressões ofensivas ao Magistrado, nas peças por ele assinadas. Contudo não admite a autoria destas e

a confere a seu cliente, Sr. Nilson de Souza Gaya. Argüiu que incorreu em erro plenamente justificável, pois foi “traído” em sua confiança por seu cliente, haja vista que “assinou um documento sem o conhecimento de seu conteúdo”. (fl. 193). Sustentou que sua conduta é justificável e que a mesma não pode ser passível de indenização por danos morais, pois assim que constatou a existência das peças, nos termos em que foram juntadas aos autos, procurou “de imediato minorar-lhe as conseqüências, peticionando no sentido de que os documentos ofensivos fossem retirados dos autos”. (fl.191).

Rejeito tal alegação, por se tratar de advogado, profissional que se presume, conhecedor e preparado para lidar, atuar, e prestar assessoria, em matéria de contratos e/ou processos, tais alegações restam inacreditáveis e incompreensíveis. Causa espanto o fato de o réu, advogado, tentar-se eximir de sua responsabilidade civil, por meio de alegações tão infundadas e ao mesmo tempo tão incompreensíveis. Mesmo que o réu não tivesse parte na autoria de tais peças, o fato de este apor sua assinatura nas peças processuais responsabiliza-o pelas mesmas, pois ao titular de direitos, só lhe é dado acesso ao Judiciário, se o fizer por intermédio de advogado, exceto nos casos previstos na Lei nº 9.099/90.

Além disso, o argumento apresentado pelo réu caiu por terra quando o autor juntou procuração em que demonstra que o “cliente” faz parte do mesmo escritório profissional do réu Cecílio Lacerda Martins, conforme atesta a procuração juntada aos autos.

A responsabilidade e a autoria do dano restou comprovada, nos termos

do artigo 159, do CC. Afinal, uma peça processual, protocolada e juntada, deixa o autor sujeito a qualquer espécie de abalo ou dano de natureza moral e/ou material, uma vez que o processo é público e manuseado pelos funcionários, tanto do cartório quanto do fórum em geral, conforme a necessidade e rito do processo. Acertado é o entendimento jurisprudencial do TJ/RS, Processo nº 599491710, que vem corroborar a pretensão da demanda:

“ (...) *Erro grosseiro que configura culpa grave e tangencia a má-fé. Dano moral configurado. A falta de publicidade não é causa excludente, mas causa de agravamento da indenização caso tivesse ocorrido. O dano moral se dá no íntimo da pessoa humana, no seu psíquico, razão pela qual independe de prova e decorre do próprio fato ilícito. Se há “indústria de ações de dano moral” é porque certamente há abundância de “matéria-prima”, pois é das regras da economia, e não só do direito, que só é possível indústria onde há fatura de produtos ou matérias a serem industrializadas. Apelo Provido. Ação Julgada Procedente*”. (grifei).

Argüiu o réu que o dano moral deve ser provado, argumentos estes, que já foram refutados pela jurisprudência e pela doutrina, uma vez que os transtornos e constrangimentos causados pela conduta do réu caracterizam plenamente a relação de causa e efeito, nascendo para a vítima o direito à reparação pelos danos daí decorrentes, mormente sobre a sua honra e imagem.

Com fulcro no voto do preclaro Desembargador Túlio de Oliveira Martins - relator da Apelação Cível nº 70000672410 da Primeira Câmara Espe-

cial Cível do TJ/RS, entendo que o dano moral pode ser provado mas também pode ser presumido; o simples fato de permanecer arrolado entre os “parciais e corruptos”, perante seus pares, sem dar motivos já é fato capaz de provocar angústia e sofrimento, estabelecendo-se a relação de causa e efeito no plano da faticidade. Este é o suporte fático da pretensão indenizatória, que encontra amparo jurídico no art. 159 do Código Civil e no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, que por caminhos diversos estabelecem que aquele que pratica ato ilícito em prejuízo de outrem deve reparar o dano sempre que se estabelecer um nexo causal entre a lesão causada à parte e o ato guerreado; este último, no caso em tela, é exatamente a conduta irresponsável e inconseqüente do réu.

No que diz com o dano moral tenho que é mais apropriada a expressão extrapatrimonial, uma vez que engloba todos os aspectos nefastos decorrentes da situação de angústia e vexame criada; seu deferimento neste caso terá, antes de tudo, efeito catártico e consolador, alcançando à parte ao menos a sensação de que sua inconformidade encontrou eco na Justiça.

No dizer de Llambías, em seu “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, dano moral é “todo sofrimento ou dor que se padece independentemente de qualquer repercussão de ordem patrimonial” (Buenos Aires, Perrot, T. I, pag. 272, sublinhei); diz ainda o doutrinador que no sentido maior do instituto é punitivo e não ressarcitório. Em outras palavras, em verdade o que o Direito busca é evitar que outros indivíduos sofram o mesmo mal, pois todo homem

busca preservar sua honra e bom nome, na família, no trabalho, e na sociedade. A dor, posto irreparável, é indenizável e a este direito não devem os homens renunciar, como nos demonstram as páginas magistrais de Rudolf Von Jhering, em “A Luta pelo Direito”.

Está configurado o dano moral diante do constrangimento, evidenciado pelo vexame sofrido pelo autor, uma vez que, injustificadamente, teve seu nome envolvido em acusações de extrema gravosidade e relevância, contudo infundadas e sem veracidade, levadas a conhecimento de seus pares, em segundo grau de jurisdição, com o intuito de atacá-lo e de prejudicá-lo.

São latentes as afirmações caluniosas e ofensivas utilizadas pela ré, em razões de apelação, na Ação Cautelar Inominada nº 00103040219:

“ (...) Não é lícito ao Juiz da causa procurar fazer a defesa da parte contrária porque evidencia um ato de conluio, borrando a imagem do Poder Judiciário que, ao que se presume, deveria tomar decisões de forma imparcial aplicando sempre a justiça com o cumprimento da lei. “ (razões de Apelação da Ação Ordinária nº 103416641)

Adiante, na mesma peça processual, referindo-se à vítima e a outra magistrada que igualmente presidiu o processo, consignou o réu que:

“ De fato, eminentes Desembargadores, os magistrados não conhecem a lei e se a conhecem estão-se recusando a aplicar e cumpri-las, ou então, estão favorecendo parcialmente a parte contrária em troca de benefício desconhecido. “

Em razão de um singelo e corriqueiro indeferimento do benefício da AJG,

aliás devidamente fundamentado pelo autor, constata-se a intenção de injuriar nas palavras utilizadas pelo réu, o que não ofendeu somente as pessoas dos magistrados, e sim de toda uma classe.

“ (...) Esta mesma gratuidade, que indeferida em primeiro grau de jurisdição, originou a celeuma criada neste processo, que bem demonstra a falta de preparo profissional, ou até mesmo falta de decoro na função, dos servidores públicos Sr. Antonio Vinicius Amaro da Silveira e Marta Borges Ortiz para o exercício da magistratura.”

Adiante, na mesma peça processual, consignou o réu que:

“ Mas a suspeição de incompetência para o exercício da magistratura não se finda nestes fatos. O despacho da fl. 34 se mostra constrangedor e vexatório ao apelante e vergonhoso para o Poder Judiciário numa profunda demonstração de não cumprimento da lei...”.

Ao afirmar tais expressões nas peças processuais, o réu imputou falsamente à vítima os crimes de prevaricação e corrupção passiva, pois as afirmações excedem o “ *animus defendendi*” e ultrapassam o ânimo de apenas narrar fatos indispensáveis à fundamentação da ação proposta.

Outra inverdade proferida injuriosamente documentalmente demonstrada é quando o réu aduziu que o autor levou 15 dias para a apresentação do pedido cautelando, em desatenção ao prazo de 02 dias estabelecidos na lei processual. Entretanto, conforme se verifica dos documentos acostados, a decisão em referência foi proferida exatamente no mesmo dia em que os autos estiveram conclusos e na mesma data em que o ora réu protocolou em cartório a petição

das fls. 22/23 (23/12/99). Mesmo assim asseverou o réu:

“ Mas o magistrado não respeita os prazos. “

(...)

“ Por outro lado, insatisfatória e precária é a atuação do magistrado que conduz o andamento do processo cautelar como um todo. É que o magistrado, eminente Relator, além de não respeitar os prazos demonstra profundo desconhecimento da matéria, que é fácil. “

Como se não bastassem as imputações injuriosas e difamatórias já transcritas, houve ainda a atribuição falsa de fato definido como crime a ambos magistrados que atuaram no processo:

“ É prova indubitosa de constrangimento ilegal mesmo, bem como, de falta de decoro na função de ambos os magistrados que despacharam no feito...”

E mais:

“ ... Não é lícito ao Juiz da causa procurar fazer a defesa da parte contrária porque evidencia um ato de conluio, borrando a imagem do Poder Judiciário, que, ao que se presume, deveria tomar decisões de forma imparcial aplicando sempre a justiça com o cumprimento da Lei. (...)

O não-cumprimento da lei e procurar fazer a defesa da parte constituem-se, no mínimo, em delito de prevaricação. Além do mais, as seguintes afirmações constituem o crime de corrupção passiva, excedendo o “animus defendi”: “ ato de conluio, borrando a imagem do Poder Judiciário que, ao que presume-se, deveria tomar decisões de forma imparcial aplicando sempre a Justiça com o cumprimento da lei. “

Registre-se, outrossim, que o Egrégio Tribunal de Justiça/RS, ao julgar a Apelação Cível nº 70002415891 (10ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Alberto Pestana) interposta pela parte ré, bem reconheceu as expressões injuriosas e injustificadas para com os Magistrados que atuaram no feito, incluindo o presente autor, determinando que se riscassem tais expressões (fls. 224/235).

O dano moral ficou evidente e deve ser fixado, considerando a conduta do réu que insultou o autor sem a que este lhe desse motivos e sem razão, haja vista que, como supra citado, não vislumbro nenhuma excludente de culpa nas alegações do réu.

Ademais, o erro do réu, de tão grosseiro e injustificável que chega a causar séria dúvida a quem examina os fatos sobre se trata de mero erro ou se foi um “chute” intencional do mesmo, ou se foi por má-fé. Convenhamos que é muito erro que, se não configura dolo, caracteriza culpa grave.

A indenização do dano moral tem caráter não só de compensar a dor, mas também de penalização e de profilaxia para evitar a reincidência. Então, observado o caráter ao mesmo tempo reparatório e preventivo da condenação, suportável para o ofensor, mas pesado e sensível à sua economia, procura-se arbitrar um valor pesado e sensível à economia do réu, para que procedimentos e condutas destas espécies deixem de perturbar a tranquilidade dos cidadãos, que, como o autor, sequer dão motivos para tanto e que, na sua labuta, já árdua, zelam pela honra e boa fama.

Tal indenização deve ser fixada levando em conta a situação econômica

das partes e a culpa do ofensor. Evidente que o “erro” do réu não tem justificativa, conforme antes referido. O autor, nem que cometesse tais atos daria motivos para tais alegações, na forma, momento e local em que se deram, por se tratar de um representante de um Poder que representa a democracia e garante o exercício dos direitos dos cidadãos. Assim, não há justificativa para o procedimento do réu. Se o “delinquente”- entenda-se, aquele que comete delito (s) - deve ser tratado com dignidade, urbanidade e educação, sem ameaças e sem incomodações a seus direitos, exceto se previsto em lei, com muito razão assim deve ser tratado aquele que sequer transgride o legal. Diante disso entendo razoável e de bom senso a indenização em 170 salários mínimos..

Indefiro o benefício da AJG, pois o réu é advogado militante na comarca, presumindo ter condições de arcar com os ônus da sucumbência. Afinal, o instituto da assistência judiciária gratuita destina-se aos realmente necessitados. Havendo fortes indícios de suficiência de recursos, visto que o postulante é advogado e não juntou a declaração de pobreza, elidida esta a presunção *juris tantum*. Nesse sentido: (Apelação Cível nº 70000682393, 2ª Câmara Especial Cível

do TJRS, Vacaria, Relª. Desª. Matilde Chabar Maia).

Cabe a penalidade de litigância de má-fé, nos termos do artigo 17, inciso II, do CPC, pois ficou demonstrado que Nilson de Souza Gaya é mandatário com o réu, fazendo parte do mesmo escritório profissional (procuração da fl. 205). Ora, se trabalham juntos, não pode a parte ré alegar que não tem conhecimentos das petições escritas pelo mesmo.

Isso Posto, com base no artigo 269, inciso I, do CPC, condeno o réu ao pagamento dos danos morais, que fixo em 170 salários mínimos, piso nacional, com juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação.

Condeno o réu nas custas e nos honorários, que fixo em 20% sobre o valor da condenação, atendendo o excelente trabalho desenvolvido.

Condeno ainda o réu, como litigante de má-fé, a pagar multa no valor equivalente a 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, forte no art. 17, incs. IV, c/c o art. 18, ambos do CPC. Sem condenação nas perdas e danos, por não prova do prejuízo.

Publique-se, registre-se e intimem-se. Cachoeirinha, 29 de abril de 2003.

**Viviane Miranda Becker** - Juíza de Direito.

---

**Processo nº 093/1.02.0000298-3 - Ação Popular****Autor: Gabriel Wieczorek e outros****Réu: Município de Redentora e outros.****Juiz prolator: Nasser Hatem****Data: 08 de maio de 2003**

---

*Ação Popular. Atos de Improbidade. Competência por prerrogativa de função. Validade e eficácia da regra introduzida da Lei nº 10.628/02. Improcedência.*

Vistos.

I – Relatório

Trata-se de ação popular ajuizada por Gabriel Wieczorek e outros cidadãos para pleitear a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio do município de Redentora/RS e conseqüente condenação por atos de improbidade administrativa, supostamente levados a efeito pelo município de Redentora/RS, representado pelo então Prefeito Municipal, Sr. Adelar Luís Paschoal, pelo Secretário Municipal de Agricultura, Joarez dos Santos Otonelli, pelo Secretário Municipal de Obras, Arnaldo Roewer, e pela Câmara Municipal de Redentora/RS, esta representada por seu Presidente, o vereador Luiz Armando Ribeiro de Mello.

Houve pedido de antecipação da tutela, no sentido de que fossem suspensos e/ou tornados sem eficácia os atos de: a) cedência de um ônibus aos universitários, por desvio de finalidade; b) instituição do programa de incentivo à suinocultura; c) nomeação de Arnaldo Roewer para o cargo de Secretário Municipal de Agricultura; e, d) nomeação de servidores admitidos em caráter emergencial. Juntaram documentos e fizeram prova da cidadania,

pugnando pela requisição de documentos.

Recebida a inicial, foi determinada a inclusão do Prefeito Municipal de Redentora/RS, Sr. Adelar Luís Paschoal, no pólo passivo da demanda, com a exclusão da Câmara Municipal, tendo em vista que esta não é pessoa física, tampouco jurídica, sendo apenas um órgão do município de Redentora. A tutela antecipada não foi concedida, decidindo-se analisar a sua pertinência após a manifestação preliminar dos réus.

Citados (fl. 111, verso), os requeridos apresentaram contestação (fls. 113/147), requerendo o julgamento de improcedência da demanda. Juntaram documentos (fls. 148/338).

O Ministério Público manifestou-se pela designação de audiência de instrução, com depoimento pessoal das partes (fl. 339).

Durante a instrução, foram ouvidos os demandados e sete testemunhas (fls. 381/450).

Declarada encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais escritos. Os autores, ratificando os termos da inicial, postularam o julgamento de procedência da ação, a fim de que os requeridos sejam condenados por improbidade administrativa, declarando-se nulos todos os atos praticados (fls. 454/464). Os réus, por seu turno, requereram fosse a ação julgada improcedente (fls. 466/474).

O Ministério Público, antes de externar parecer conclusivo, requereu fossem os autores instados a juntar documentos (fls. 476/477), ao que estes atenderam (fls. 480/504).

Em parecer final, o Ministério Público opinou pela procedência parcial da ação, manifestando-se pela condenação somente do demandado Adelar Luis Paschoal, prefeito do município de Redentora, pela prática de ato de improbidade administrativa, relativo à contratação ilegal de servidores municipais (fls. 510/527).

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

II - Fundamentação

A ação popular é, nos dizeres do saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, “...um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade”, e, por isso, “...Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios...”, consoante preconiza o artigo 1º da Lei nº 4.717/65, diploma legal que regulamenta a ação popular, conferindo-lhe o rito ordinário.

No caso presente, os autores, todos cidadãos brasileiros, fizeram prova da cidadania juntando documentos que atestam a qualidade de eleitores, narando fatos que, em tese, estariam a configurar atos lesivos ao patrimônio do

Município de Redentora/RS e, conseqüentemente, improbidade administrativa.

Contudo, antes de ser analisado o mérito da demanda, cumpre sejam feitas considerações acerca da nova redação dada ao artigo 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/2002, que afasta a competência deste Juízo para o julgamento dos atos de improbidade administrativa praticados, em tese, pelo Prefeito Municipal de Redentora/RS, Sr. Adelar Luís Paschoal.

O parágrafo 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei nº 10.628/2002, dispõe que “...A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”, ou seja, de acordo com o artigo 29, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o Prefeito Municipal será julgado perante o Tribunal de Justiça.

A alteração introduzida no artigo 84 do Código de Processo Penal, com a introdução dos parágrafos 1º e 2º, tem gerado inúmeras discussões acerca de sua constitucionalidade. Houve, inclusive, o ajuizamento de ADIN pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, cujos autos ainda aguardam informações requisitadas do Congresso e da Presidência da República.

Mesmo assim, a norma está em plena vigência, gerando eficácia, com o

---

1 – Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 86.

que se verifica ser medida lógica a remessa da questão atinente à improbidade administrativa, supostamente praticada pelo então Prefeito Municipal de Redentora/RS, à egrégia 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, esta detentora de competência para o processo e julgamento.

Veja-se que o parágrafo 2º do artigo 84 do CPP fala claramente em “...ação de improbidade...”, não restringindo a sua aplicabilidade à ação civil pública, esta regulada pela Lei nº 7.347/85 e que tem como legitimados ativos o Ministério Público, a União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há mais de um ano e com finalidade social.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, conclui-se que, tanto a ação popular quanto a ação civil pública, podem ser propostas com o fito de buscar a condenação por improbidade administrativa. O que muda são os legitimados ativos.

A ação popular, em particular, é o instrumento – talvez o único – posto à disposição dos cidadãos para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios e de entidades subvencionadas pelo Poder Público. Portanto, retirar dos cidadãos esse meio de controle da legalidade dos atos públicos seria uma afronta aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito; aliás, seria tornar ineficaz a ação popular quando se tratasse de atos ilegais praticados por prefeitos. E é neste ponto que surge uma indagação: e se, hipote-

ticamente, nenhuma das entidades arroladas no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, em face da notícia de um ato de improbidade praticado por um prefeito, não ajuizassem a ação civil pública? Ficaria o cidadão inerte, impotente? Entendo que não.

De qualquer maneira, a ação popular deve vir assinada por um advogado e, dessa forma, não há empecilho em que uma ação popular seja ajuizada diretamente no Tribunal de Justiça, que é o que acontecerá daqui por diante, em se mantendo a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal.

A partir da alteração do referido dispositivo, verifica-se que todas as ações de improbidade contra prefeitos, sejam elas levadas a efeito por intermédio da ação civil pública ou da ação popular, deverão ser ajuizadas no Tribunal de Justiça. No caso da ação civil pública, o Procurador-Geral de Justiça (em razão de o Ministério Público valer-se mais vezes do referido instrumento processual) é o legitimado ativo. No caso da ação popular, continuam sendo os cidadãos os legitimados ativos. Entendimento contrário, a meu ver, não segue uma lógica plausível.

Quanto aos fatos ímprobos imputados aos demandados Joarez dos Santos Otonelli e Arnaldo Roewer, os quais são secretários municipais, não se vislumbra competência pela prerrogativa de função, devendo ser analisados os fatos neste momento. Assim, apenas os dois primeiros fatos, portanto, deverão ser julgados perante este Juízo.

Passemos à análise em separado dos atos de improbidade administrativa e lesivos ao patrimônio público impingidos aos réus Joarez e Arnaldo.



Uso de Bem Público em Benefício de Particular:

Os autores relataram na inicial que, no dia 30 de julho de 2001, o Secretário Municipal de Agricultura de Redentora, Sr. Joarez dos Santos Otonelli, “...*autorizou a saída do veículo caminhão, Placas XI-9711, de propriedade do Município, para a prestação de serviços em propriedade não abrangida pela área do município de Redentora, em propriedade particular de terceiros*”. Referido veículo teria sido deslocado até a propriedade do Sr. Milton Guterres, na localidade denominada Esquina Aparecida, para a entrega da quantia de 30 (trinta) cargas de adubo orgânico. Relatam, ainda, que o Sr. Milton Guterres teria pago pelo transporte o montante de R\$ 300,00 (trezentos reais), diretamente ao Sr. Secretário de Agricultura.

Alegam os autores que o cerne da questão estaria no fato de um bem público estar sendo utilizado em favor de terceiros, sem a devida concessão ou permissão, consoante determina o artigo 16 da Lei Orgânica do Município de Redentora, e o que somente poderia ocorrer mediante prévia autorização legislativa.

A conduta do Sr. Secretário Joarez, no entender dos autores, acha-se eivada de nulidade, caracterizando ato de improbidade administrativa, uma vez que levada a efeito em prejuízo do erário.

Indagado em Juízo em relação ao transporte de adubo orgânico pelo Município até a propriedade de um particular, o co-demandado Adelar Luís Paschoal (fl. 385) referiu que atividades como essa são usuais entre os municípios de Redentora e Coronel Bicaco, uma vez que estes fazem parte de um

consórcio microregional de prestação de serviços, não havendo cobrança em dinheiro para realização de tais atividades, mas sim a retribuição de serviços da mesma natureza. A cobrança por transportes realizados em favor de particulares, nos dizeres do demandado Adelar, somente é feita em relação a moradores do município de Redentora. Portanto, no caso do Sr. Milton Guterres, não teria havido cobrança de valores para o transporte.

No mesmo sentido são as declarações do réu JOAREZ (fls. 387/388), que asseverou ter o Secretário de Agricultura de Coronel Bicaco solicitado-lhe, “...*através de ofício, emitido para a Secretaria de Agricultura de Redentora, (...) a realização do serviço. Que o serviço era o transporte de esterco para a propriedade do Sr. Milton Guterres. Que este serviço é realizado por parceria entre o município de Redentora e Coronel Bicaco. Que Milton Guterres não efetuou pagamento nenhum para Redentora, sendo que esse pagamento deve ser feito ao município de Coronel Bicaco*”.

O demandado acrescentou, ainda, que não tem conhecimento do recebimento de qualquer cheque proveniente do Sr. Milton Guterres, a título de pagamento do transporte, ratificando as declarações do co-demandado Adelar, no sentido de que, somente em se tratando de serviço de transporte de produtos realizado em favor dos municípios de Redentora é que se faz a cobrança de valores.

O Secretário Municipal de Agricultura de Coronel Bicaco, Loir Soares de Oliveira (fl. 392/393) confirmou as declarações do réu Joarez, referindo que efetivamente há um consórcio entre os

municípios da região para a realização de serviços comuns e que realmente solicitou a realização do transporte de adubo até a propriedade do Sr. Milton Guterres, segundo comprova o requerimento constante à fl. 230 dos autos. Disse que o serviço ainda não foi concluído, motivo pelo qual o Sr. Milton Guterres ainda não efetuou o pagamento ao município de Coronel Bicaco.

A testemunha Milton de Moura Guterres, quando inquirida em Juízo (fls. 394/395), igualmente confirmou as declarações dos demandados e do Secretário de Agricultura de Coronel Bicaco, referindo, em suma, ter conhecimento do sistema de consórcio entre Redentora e Coronel Bicaco. Disse ter solicitado a realização do transporte de adubo até a sua propriedade, na Secretaria de Agricultura deste Município, tendo levado o requerimento assinado pelo Secretário Loir até Redentora. Disse não ter pago ainda pelo serviço, uma vez que ele não foi terminado.

A testemunha Neivaldo Antoniollo, Prefeito Municipal de Tenente Portela, confirmou a existência de um consórcio entre os municípios da região para a realização de serviços comuns, e que em todos os municípios participantes do consórcio houve autorização legislativa para tanto (fl. 415).

Jacy Luciano de Souza, Prefeito Municipal de Coronel Bicaco (fls. 439/440), inquirido em Juízo, também confirmou a existência de um consórcio entre os municípios da região para a execução de serviços de interesse dos

municípios, em regime de mutirão ou troca.

Mais uma vez citando o mestre Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>, cumpre esclarecer que “*consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*”.

Compulsando-se detidamente os autos do presente feito, verifica-se, às fls. 211/220, a existência de autorização legislativa para que o município de Redentora/RS pudesse integrar o Consórcio Intermunicipal com os municípios da região, dentre eles o município de Coronel Bicaco/RS, admitido posteriormente (fls. 213/214).

A Lei Municipal nº 777, de 1º de março de 1990, autoriza o Município de Redentora a integrar o consórcio intermunicipal, sendo que a Lei Municipal nº 963, de 23 de maio de 1995, em seu artigo 5º, dentre outras disposições, determina serem objetivos básicos do aludido consórcio:

“(…)

II – promover a execução e a fiscalização de obras, serviços e atividades de interesse para o desenvolvimento dos municípios...” (fl. 215).

Sem dúvida que a atividade realizada pelo Município de Redentora, atendendo a uma solicitação do Secretário de Agricultura de Coronel Bicaco, se enquadra no item acima, ou seja, foi executada no interesse e para o desenvolvimento dos municípios.

---

2 – Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 385.

Como visto, não houve ilegalidade alguma no transporte realizado, uma vez que levado a efeito em razão de um pedido formal (fl. 230) e em atenção ao Consórcio Intermunicipal existente, que contou com a aprovação do Legislativo Municipal. Não sendo ilegal o ato impugnado, não há que se cogitar também da prática de ato de improbidade.

Ademais, como ressaltado pelo Ministério Público, “...as atas das reuniões realizadas entre os representantes dos Municípios da região (fls. 221/224) demonstram a participação do Município de Redentora na cooperação associativa intermunicipal” (fl. 521).

Diante disso, é conclusão lógica que a ação, neste tocante, seja julgada improcedente.

Nomeação de Secretário Municipal Com os Direitos Políticos Suspensos:

Consta na inicial que, no dia 1º de janeiro de 2001, o Prefeito Municipal de Redentora, Sr. Adelar Luís Paschoal, nomeou Arnaldo Roewer para o cargo de Secretário Municipal de Obras, mesmo tendo este os seus direitos políticos suspensos por decisão judicial, o que configuraria ato de improbidade administrativa, pois importou em enriquecimento ilícito e em conseqüente prejuízo ao erário.

Primeiramente cabe esclarecer que não há dúvida quanto ao fato de o demandado Arnaldo Roewer estar com os direitos políticos suspensos à época

de sua nomeação para o cargo de Secretário Municipal de Obras. Foi, inclusive, juntada cópia do acórdão que ratificou a decisão de impugnação da candidatura do demandado e a suspensão de seus direitos políticos (fls. 63/76).

Todavia, a pretensão dos autores não merece prosperar.

Como bem ressaltado pelo Ministério Público, a reprovação das contas do agente político – que foi o caso do réu Arnaldo – importa na declaração de inelegibilidade para qualquer cargo, nos termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90<sup>3</sup>.

A inelegibilidade do demandado Arnaldo importou na supressão do direito de ser votado, ou seja, de concorrer a cargos eletivos, o que não significa que lhe seja vedado assumir um cargo na Administração Pública.

É sabido que o cargo de Secretário Municipal é cargo provido mediante indicação do Chefe do Executivo, dispensando a eleição para tanto. Dessa forma, não houve ilegalidade em sua nomeação para o cargo de Secretário da Agricultura, pois não necessitou ser eleito para assumir a função.

Inexistindo ilegalidade na nomeação, portanto, não há que se cogitar da prática de ato de improbidade administrativa por parte do demandado Arnaldo Roewer.

III - Dispositivo

---

3 – Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

Diante do exposto, julgo improcedente a presente ação popular em relação aos demandados Joarez dos Santos Otonelli e Arnaldo Roewer, diante da constatação de inexistência de Ato de Improbidade Administrativa.

No que diz respeito ao demandado Adelar Luis Paschoal, declaro este juízo incompetente para a análise dos atos de improbidade administrativa, por se tratar de Prefeito Municipal com prerrogativa de função, sendo competente a Egrégia 22ª Câmara do Tribunal de Justiça, órgão que detém competência para o processo e julgamento de feitos nos quais se apuram a prática de atos de improbidade administrativa praticados por prefeitos, para a qual declino a competência.

Deixo de condenar os autores nas custas judiciais e honorários advocatícios, com aplicação subsidiária do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988.

Mesmo em não havendo recurso voluntário das partes, remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça, em atenção aos termos do artigo 19 da Lei nº 4.717/65.

Passado em julgado a presente sentença, com sua confirmação quanto à declinação da competência, remeta-se cópia do presente feito à egrégia 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Coronel Bicaco, 08 de maio de 2003.

**Nasser Hatem** - Juiz de Direito.

---

**Processo nº 106795488 – Separação Judicial****Autor: Tomazina Lorizete Peres da Silva****Réu: João Leones Rodrigues de Matos****Juiz prolator: Diógenes V. Hassan Ribeiro****Data: 30 de maio de 2003**

---

*Separação Judicial. Culpa. Irrelevância. Alimentos. Parâmetros diversos da culpa na separação. Instrução. Sigilo profissional.*

Vistos.

Trata-se de ação de separação judicial entre as partes acima nominadas, qualificadas nos autos.

Sustentou a autora ter casado com o réu em 21 de novembro de 1992, pelo regime da comunhão universal de bens, não tendo tido filhos. Disse que viveram em harmonia durante 3 anos, mas, no final de 1994, o réu a agrediu violentamente, expulsando-a de casa, tendo que passar a residir com a sua irmã, onde ainda está residindo. Não há bens a partilhar. Entretanto, nos termos do art. 19, da Lei nº 6.515/77, como necessita de pensão, uma vez que o réu, ao expulsá-la da residência, não ofereceu nenhum amparo material e porque não tem nenhum meio de subsistência, bem como porque tem perturbações mentais, sendo incapaz para o exercício de qualquer atividade remunerada, sendo internada com frequência no Hospital Espírita, inclusive quando ocorreu a expulsão da residência, pediu a fixação de pensão no valor equivalente a 30% da renda do réu. Juntou documentos.

Fixados alimentos provisórios em 25% da renda do réu, não teve êxito a tentativa conciliatória em audiência.

O réu interpôs recurso de agravo de instrumento, que não foi provido e apresentou contestação, na qual alegou que conheceu a autora em meados de 1992, tendo namorado por pouco mais de dois meses, quando casaram em novembro de 1992 e, no início de março de 1993, a autora saiu da residência do casal, levada por sua irmã, quando apresentava um quadro clínico de crise nervosa. Depois disso nunca mais tiveram contato. Agora, passados 8 anos, é surpreendido pela ação, com pedido de alimentos. Disse que a ação deveria ser julgada parcialmente procedente, pois concorda com a separação, mas não deve ser obrigado a pagar pensão, pois conviveram por apenas 4 meses, tendo, sempre, tratado muito bem a autora e suas irmãs. Disse ser pessoa analfabeta, que sempre morou com a sua mãe, nunca tendo saído de casa, sempre recebendo os cuidados da sua genitora, sendo que desde há muito apresenta uma “fraqueza mental”, o que o impossibilitou de adquirir maior experiência de vida, por isso não sabe discernir e ou conhecer pessoas. Até o casamento via a autora como pessoa normal e somente após é que ela começou a apresentar crises nervosas. A autora, antes do casamento, nunca trabalhou e, depois do casamento, nunca foi impedida de trabalhar, sendo que à época contava com 42 anos de idade. Disse

que o dever da prestação alimentícia se extinguiu quando ela abandonou a residência. Pediu a revogação dos alimentos provisórios. Pediu a procedência em parte da ação, com a separação, sem persistir a obrigação alimentar.

Houve réplica.

Realizada a instrução, inclusive com a vinda de documentos requisitados de hospitais, as partes apresentaram memoriais escritos.

No parecer a Dra. Promotora de Justiça opinou pela decretação da separação, com a fixação de alimentos em prol da autora no valor equivalente a 15% da renda do réu.

É o relatório.

Não há controvérsias maiores, pois o réu concorda com a decretação da separação, sendo que o casal não teve filhos e que não tem bens a partilhar. Nesse caso, não cabe perquirir da culpa na separação, presente a consideração de que o casal não quer mais manter o casamento.

A controvérsia, como visto no relatório, dá-se sobre a obrigação alimentar, que o réu entende indevida. E a obrigação alimentar se baseia noutros parâmetros, diversos da culpa, no da necessidade, no dever de solidariedade entre os cônjuges e, inclusive, entre ex-cônjuges.

A prova oral produzida revela que, pelo menos, o casal manteve o casamento por 6 meses, havendo testemunhas do réu que admitem ter sido mantido o casamento entre 8 meses e 1 ano, enquanto que as testemunhas da autora mencionam que a convivência do casal foi de cerca de 2 anos.

Como visto, pelo próprio depoimento pessoal do réu, ele é pessoa portadora de um déficit mental que não veio bem

demonstrado, tendo admitido medicar-se com o remédio Gardenal. Quanto à autora, não há dúvida de que é pessoa portadora de graves distúrbios mentais, tanto que já esteve internada em hospitais psiquiátricos por diversas vezes.

As alegações produzidas pelo réu teriam cabida em sede de ação de anulação de casamento, que curto prazo prescricional, mas, certamente, tivesse ele ajuizado a ação, poderia ter sucesso na empresa, uma vez que, definitivamente, a autora é portadora de graves enfermidades mentais, que a impossibilitam de obter atividade remunerada, o que ocorria já antes do casamento.

Importa observar, contudo, que o réu conhecia essa patologia da autora e, se numa hipótese remota não conhecia, podia conhecer, tanto que teve um rápido namoro com ela e, mesmo depois do casamento, poderia ter proposto a ação de anulação no tempo previsto na legislação.

Nessas condições, não se pode dar guarida às alegações do réu.

Sobre a obrigação alimentar, resolve-se, rigorosamente, nos aspectos da necessidade e da possibilidade. Induvidosamente, a autora necessita da pensão, já que não tem qualquer renda e que não pode desempenhar atividade remunerada, dada a sua saúde. O réu, a seu turno, trabalha como operário no Município, pelo regime da CLT. Portanto, tem ele condições econômicas de prestar alimentos à autora.

O montante da pensão, com a devida vênia do parecer da Dra. Promotora de Justiça, não deve ser inferior aos alimentos fixados provisoriamente, pois, como se percebeu na prova produzida, o réu é solteiro e não tem outras des-

pesas. Alegou prestar auxílio a uma irmã, mas uma das testemunhas que arrolou (fl. 109), mencionou que a sua irmã convive há 11 anos com um senhor de profissão pedreiro. Portanto, faltou o réu com a verdade sobre o fato de auxiliar a irmã, o que revela que também pode ter faltado com a verdade com relação aos demais aspectos da controvérsia, em especial quanto ao fato de conhecer, antes do casamento, a enfermidade da autora. Portanto, se o réu não tem outras despesas pessoais, pode continuar prestando pensão à autora no percentual fixado nos provisórios, de 25% da sua renda líquida.

Uma observação sobre fato ocorrido na instrução cumpre ser feita, relativamente à recusa da médica Solange dos Santos, segundo consta Diretora Técnica do Hospital Espírita, de acordo com os ofícios de fls. 115 e 146. Provavelmente por ignorância, a médica se recusou a enviar cópia dos prontuários de hospitalização ou atendimento da autora, ao argumento do sigilo médico. Como as partes não reiteraram tal pedido, vendo-se satisfeitas com as informações parciais prestadas, não foi adiante qualquer imposição de cumprimento da decisão judicial. Contudo, tal arrogância não pode ser deixada em branco, uma vez que a citada médica pretendia promover disputas ou polêmicas sobre o citado sigilo médico. Induvidosamente, o sigilo médico é exigido em proveito de inúmeros princípios que devem cercar a relação paciente e médico e a própria medicina. Todavia, há valores maiores do que esse e, quando tais valores estão presentes, mormente quando há decisão judicial para revelar o conteúdo dos prontuários médicos de determinado

paciente, aquele pretensão sigilo médico deve ceder lugar, até porque a lei prevê que os feitos de natureza de família também são cercados do rigoroso sigilo, aqui então legal.

Tivesse havido insistência na produção da prova e, então, caracterizada a desobediência, seria caso de expedição de mandado de busca e apreensão e, quem sabe, de prisão em flagrante daqueles que o descumprissem. Essas as consequências legais. Não podem ser simplesmente descumpridas decisões judiciais, pena de o Estado Democrático de Direito, fundado na lei e na ordem, perecer. Se a médica tem algo contrário à decisão deve adotar os meios legais, quiçá impetrar mandado de segurança ou adotar outra medida legal, para evitar o cumprimento. Tudo isso está previsto na ordem jurídica e, quando as autoridades públicas não fazem prevalecer os privilégios que são da cidadania, ou agem com fragilidade, há risco ao Estado de Direito Democrático.

Isso Posto, julgo procedente a ação veiculada e, considerando a ruptura da relação conjugal, decreto a separação do casal. A autora voltará a usar seu nome de solteira (fl. 8). Condene o réu a pagar alimentos à autora no valor equivalente a 25% da sua renda líquida, considerados como descontos apenas os obrigatórios de previdência oficial e de imposto de renda, a título de alimentos. Em face do benefício da AJG, deixo de condená-lo na sucumbência.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 30 de maio de 2003.

**Diógenes V. Hassan Ribeiro** - Juiz de Direito.

---

**Processo nº 1002120640 - Pedido de Homologação de Acordo**  
**(Alteração de Regime de Bens - CC, Art. 1.639, § 2º)**  
**Comarca de Caxias do Sul**  
**Req. Tes: R. C. F. S. e M. C. B. A.**  
**Juiz prolator: João Pedro Cavalli Júnior**  
**Data: 06 de junho de 2003.**

---

*Alteração de regime de bens. Constância do matrimônio. Direito Intertemporal. Ato jurídico perfeito.*

Vistos.

1. Trata-se de pedido de *alteração de regime de bens*, com suporte no art. 1.639, § 2º, do novel Código Civil, formulado pelos requerentes em epígrafe, casados sob o regime da comunhão parcial de bens desde 23/01/93 (fl. 07). Em razão de que o varão teve uma filha fora do, e durante o casamento, a menor R. S. F. S. (fl. 10), desejam obviar a situação sucessória de concorrência da virago com a filha sobre bens adquiridos exclusivamente com rendimentos próprios daquela. Pediram, portanto, seja deferida a alteração do regime para o da *separação de bens*. Juntaram ainda prova de quitação perante o Fisco Federal (fls. 11/12).

Preparado o feito, colheu-se o *parecer* do Ministério Público, que foi no sentido do deferimento do pedido em parte, ou seja, apenas para vigorar a alteração daqui para frente (fls. 15/17). Em *diligências*, os requerentes acostaram outras certidões negativas (fls. 20/31).

Relatados, fundamento.

2. A possibilidade de *alteração do regime de bens* do casamento é inovação trazida pela Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil), que em seu art. 1.639, § 2º, dispõe:

“É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Trata-se de regra nova, já que no sistema anterior (CC de 1916), pelo disposto no art. 230, o regime de bens era irrevogável, ou seja, não comportava alteração.

Colhe-se do exame do dispositivo em referência que os *requisitos* para a alteração são os seguintes:

a) autorização judicial - significa formulação do pedido por processo judicial, ao qual se imprime o procedimento de jurisdição voluntária, já que não há contencioso e não há previsão legal procedimental expressa;

b) pedido motivado - é necessário declinar ao Juízo a motivação do pleito;

c) de ambos os cônjuges - resulta que o pedido é privativo do casal, e mais, que deve ser consensual;

d) apuração da procedência das razões - se é preciso dizer ao Juízo qual é o motivo do pedido (letra “b”, *supra*), isso não é por outra razão senão propiciar que tal motivação seja valorada pelo poder jurisdicional;

e) ressalva dos direitos de terceiros - esses terceiros devem ser juridicamente interessados no patrimônio dos cônjuges, ou seja, seus credores atuais, civis, comerciais ou fiscais.



Além desses requisitos, e da necessária intervenção do Ministério Público como Curador de Família, existe também a questão de direito intertemporal, referente à aplicabilidade dessa norma inovadora aos matrimônios celebrados antes de sua vigência, ou seja, até 11 de janeiro de 2003, inclusive.

O art. 1.639 silencia a respeito dessa questão, e no próprio corpo do novo Código Civil só se encontra norma a propósito no art. 2.039, que estabelece que o regime de bens é (permanece, pois) o do Código anterior quando o casamento tenha sido celebrado sob sua vigência. Isso não significa, porém, que perdue a irrevogabilidade, mas sim e apenas que, por uma, o regime permaneça o mesmo da celebração, não havendo transformação (p. ex., de comunhão parcial para universal), e por outra, permaneça vigente, como é o caso do regime dotal, abolido no novo sistema. Estender, por força dessa norma, a irrevogabilidade além da vigência do Código anterior somente seria possível por meio de interpretação ampliativa. Isso, porém, é inadmissível, já que implicaria restrição de direitos, quando a hermenêutica permite a interpretação extensiva somente na hipótese contrária, isto é, de ampliação de direitos.

E fora do novo Código encontram-se as disposições da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), em plena vigência, segundo a qual a lei nova não pode prejudicar, dentre outros, o ato jurídico perfeito (art. 6º, *caput*), norma repetida pela Constituição Federal em 1988, em seu art. 5º, inc. XXXVI. Aqui também não se vê perder a irrevogabilidade, porque a proteção ao ato jurídico perfeito se limita,

parece claro, à validade da escolha do regime à luz da lei anterior, conforme cuida de assegurar o art. 2.039, antes examinado.

Como já referido, está-se tratando de norma que amplia direitos, como tantas outras que vieram com o novo Código Civil, e como tal, deve ser interpretada extensivamente e retroagir, tanto quanto possível.

Então, conclui-se que a possibilidade de alteração do regime de bens alcança também os casamentos celebrados antes da vigência do art. 1.639, § 2º, do novo Código Civil, e pelos mesmos argumentos, mais a consideração de que o regime de bens é uno, não se pode limitar a incidência da alteração para sobre os bens futuros do casal, senão que deve ela retroagir plenamente até a data da celebração.

A propósito, e por fim, cabe salientar que os efeitos práticos da retroação da mudança de regime sobre o acervo patrimonial devem ser determinados por ação própria, em sendo necessário e após delimitar-se o bem controvertido, ainda mediante adequada formação da relação processual.

Passando ao exame dos requisitos antes elencados no caso concreto, verifica-se o quanto segue.

O pedido está bem formalizado, contém motivação e é consensual, tendo havido intervenção regular do Ministério Público.

Os direitos de terceiros interessados - que como salientado antes devem ostentar interesse (jurídico) sobre o patrimônio (como objeto do regime de bens) dos cônjuges, e, portanto, devem ser os eventuais credores (atuais, e não futuros e incertos), civis, comerciais ou

fiscais - tais direitos estão preservados como se constata das certidões negativas de débitos municipais (fls. 20/21), estaduais (fls. 22/23), federais (fls. 26/27), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 28/29) e do INSS (fls. 24/25), bem como de ações cíveis nesta Comarca (fls. 30/31).

Salienta-se, ainda, que a filha do requerente-varão, a menor R., não pode ser considerada juridicamente interessada, uma vez que detém apenas expectativa de direito sucessório perante o patrimônio do pai, e portanto não é credora atual de nenhum dos cônjuges, salvo de alimentos paternos, que são garantidos pelos rendimentos do trabalho do devedor.

No que pertine à apuração de procedência das razões fundantes do pedido, diversamente do manifestado pelo órgão ministerial oficiante no parecer de fls. 15/17, tenho que assiste aos requerentes, principalmente à mulher, legítimo direito à obtenção da medida. Não só pela disponibilidade absoluta do patrimônio, mas também pela completa ausência de vínculo entre a esposa e a filha do marido. E não se vê como vingança ou revanchismo a manifestação dos requerentes, simplesmente porque não haverá prejuízo ao futuro direito à herança da filha do varão, senão que

esse direito não poderá também ser estendido sobre bens pertencentes à virago que, repete-se, não tem vínculo qualquer com a menor.

Por fim, a respeito do levantado no parecer ministerial, cabe referir que é despicienda a prova de existência de bem adquirido com esforço exclusivo da requerente-*virago*. Assim porque, a uma, os efeitos práticos da alteração sobre bens já integrantes do acervo conjugal devem ser verificados em ação própria, como já afirmado, e a duas, porque os efeitos futuros da alteração independem da preexistência de patrimônio.

3. Pelo Exposto, com base no art. 1.639, § 2º, do Código Civil, acolho o pedido, para deferir a alteração do regime de bens do casamento dos requerentes R. C. F. S. e M. C. B. A. para o da separação de bens.

Custas pelos requerentes. Transitada em julgado, expeça-se mandado de averbação da presente decisão à margem do assento de casamento nº 13.838, livro 24-B, folha 153, do Ofício de Registro Civil da 1ª Zona desta Comarca.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caxias do Sul, 06 junho 2003.

**João Pedro Cavalli Júnior** - Juiz de Direito.

---

**Processo nº 6.966-0 – Ação de Indenização**  
**Comarca de Camaquã**  
**Autora: Alexandra da Silva Scherer**  
**Réu: Celular CRT S/A**  
**Juiz prolator: Ruy Rosado de Aguiar Neto**  
**Data: 13 de agosto de 2003.**

---

*Ação de indenização por abalo de crédito – Inscrição no SPC – Dano moral – Redução de ofício do valor da causa – Competência absoluta do Juizado Especial Cível – Indeferimento da inicial.*

Alexandra da Silva Scherer ajuizou ação de indenização por abalo de crédito contra Celular CRT SA, alegando que sofreu uma cobrança no valor de R\$ 95,98, referente ao uso de um telefone celular que jamais solicitou. Disse que por duas vezes requereu à ré o cancelamento do débito, mas ainda assim teve o seu nome inscrito no SPC, o que terminou comprometendo a sua pretensão de obter um financiamento no Bradesco. Requereu a indenização do dano moral, que estimou em 100 salários mínimos, e também o pagamento da quantia de R\$ 95,98, indevidamente exigida pela ré (CC, art. 940). Em liminar, pediu a exclusão do seu nome dos cadastros de proteção ao crédito. Requereu o benefício da gratuidade judiciária e juntou documentos.

É o relatório.

Decido.

1. A autora atribuiu à causa o valor de R\$ 24.095,98, que é o resultado da soma da quantia pretendida a título de dano moral (R\$ 24.000,00) com o valor cobrado pela ré pelo documento de fl. 10 (R\$ 95,98).

No entanto, tendo em vista a jurisprudência já pacificada nos tribunais em matéria de dano moral por abalo de crédito, pode-se desde logo afirmar que, na hipótese de a ação vir a ser julgada inteiramente procedente, a indenização jamais ultrapassará o valor de 40 salários mínimos nacionais, pois a demandante foi negativeda há pouco tempo, e o débito que motivou a inscrição é de reduzido valor.

Assim, considerando o disposto no art. 3º, inc. I, da Lei nº 9.099/95, cumpre reconhecer que a presente ação, além de não apresentar complexidade, tem valor que está dentro da alçada do Juizado Especial Cível.

2. A Lei Federal nº 7.244/84, que dispôs sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, estabelecia em seu art. 1º que o processo e o julgamento de acordo com aquele rito somente aconteceria por opção do autor:

*“Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico”.*

A Lei Federal nº 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não repetiu a mesma regra,

porque o Legislador quis conferir aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - que não se confundem com os Juizados de Pequenas Causas - competência absoluta nas causas de sua alçada, tanto para as demandas criminais como para as cíveis.

Assim como o autor não pode escolher o Juízo nas causas criminais de menor potencial ofensivo - e jamais se ouviu falar nisso -, também não há possibilidade de opção para as demandas cíveis relacionadas no art. 3º da Lei nº 9.099/95, onde ficou explicitada a competência cível em razão do valor e da matéria.

Por isso, irretocável a conclusão a que chegou a colenda 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação nº 70003005980, sendo relatora a eminente Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins:

*“Ao se criar, em atenção ao art. 24, X, combinado com o art. 98, I, ambos da Constituição Federal, um órgão de justiça ordinária para apreciação das causas cíveis de pequeno valor e de menor complexidade, sua competência foi regulamentada de maneira objetiva e absoluta, no art. 3º e incisos da Lei nº 9.099/95”.*

Outros Tribunais já firmaram orientação no mesmo sentido, conforme se vê do voto da ilustre Desembargadora:

*“Os membros integrantes das Seções Cíveis do Tribunal de Justiça de Santa Catarina se posicionaram, in verbis: ‘A competência definida no art. 3º da Lei nº 9.099/95, objetiva ou de juízo, por envolver matéria, valor e condição da pessoa, é absoluta e, desse modo, improrrogável ou imodificável pela vontade das partes, sendo, portanto, obriga-*

*tória a jurisdição para as causas nela versadas, não sendo facultada a opção ao autor, ressalvada a hipótese do parágrafo 3º daquele artigo’.*

Por maioria, foi publicado no DJE de 18.12.1995 aviso da Corregedoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro com o enunciado nº 1: ‘Ressalvada a hipótese do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, é absoluta a competência dos Juizados Especiais Cíveis’.

*Idêntica a orientação da 10ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 6770429-SP, da relatoria do em. Relator Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, assim dispendo: ‘Competência. Processo extinto, por cuidar de matéria da competência do Juizado Especial Cível (...) Obrigatoriedade funcional racione materiae do Juizado Especial Cível, que albergou os arts. 24, X, e 98, I, da CF/88”* (AC nº 70003005980, TJRS, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, julgado em 28/11/01).

A regra do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, que permitiu a opção pelo procedimento previsto naquele diploma, diz respeito apenas às demandas que, pelo valor, não são originariamente da competência absoluta dos Juizados Especiais, mas que podem vir a ser, desde que a parte, exercendo a opção pelo procedimento especial, renuncie ao crédito excedente ao limite de 40 salários mínimos:

*“A opção pelo procedimento previsto nesta lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”.*

Ou seja, a causa que está fora da competência do Juizado Especial pode nele ser processada se a parte, no exercício do seu poder de disposição, optar por renunciar ao crédito excedente à alçada do Juizado. Como bem sustenta a eminente Des. Rejane Bins, “*a opção prevista no parágrafo terceiro teve por escopo ampliar a competência dos Juizados e não reduzi-la*” (AC nº 70003005980). A regra se explica por si. Com a renúncia ao excedente, a causa somente pode ser proposta no Juizado Especial. Como, por força de lei, o ingresso no Juizado Especial faz presumir a renúncia, firma-se em razão disso a sua competência.

Isso tudo mostra que a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais é absoluta para as causas que a lei lhes atribuiu, permitida a opção para as demandas cíveis de valor superior a quarenta salários mínimos, presumindo-se, com o ingresso no Juizado Especial, a renúncia ao crédito excedente.

A interpretação restritiva que vem sendo dada à questão, no sentido de que a competência cível é só opcional, tem três defeitos: (1) primeiro, estabelece dois critérios para definir a competência, conforme a causa seja cível ou criminal: para esta, competência absoluta; para aquela, por opção do autor. Essa distinção não está na lei; (2) segundo, permite ao demandante, em face dos precedentes do Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais, escolher a via mais favorável aos seus interesses, sem que o réu possa excepcionar a incompetência do Juízo. Conforme sustenta Luiz Felipe Salomão, “*entregar a opção*

*apenas ao autor feriria de morte outro ordenamento constitucional, qual seja, a igualdade das partes perante a lei e perante o processo*” (Inconstitucionalidade da opção do autor para ingressar nos Juizados Especiais, Revista Forense, volume 342, página 545); (3) por fim, lê a nova lei com os olhos postos na revogada disposição do art. 1º da Lei Federal nº 7.244/84, a qual, sim, dispunha sobre a competência opcional dos Juizados.

Conforme se vê da leitura do art. 9º do diploma que implantou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 10.675/96), o sistema de opção do autor teve vigência apenas temporária, de 02.01.96 a 27.08.96, e por uma razão de ordem administrativa: ao tempo da promulgação da Lei Federal nº 9.099/95, a Justiça Estadual de todo o país, e também a do Rio Grande do Sul (embora aqui os Juizados estivessem mais bem organizados), não teria condições de implantar novos órgãos com capacidade para absorver, da noite para o dia, a massa de demandas cíveis que a eles aportaria. Assim, para evitar que a alternativa recém criada caísse logo em descrédito, o Legislador Estadual permitiu, por prazo curto e determinado, que as demandas cíveis fossem ajuizadas tanto no Juizado Especial como no Juízo Comum. Hoje, porém, os Juizados Especiais Cíveis estão implantados e estruturados na totalidade das nossas comarcas, habilitados ao exercício pleno da competência que a lei lhes outorgou.

Por essas razões, concluo que o Juízo Comum é absolutamente incompetente para processar e julgar a presente

demanda, a qual deve ser obrigatoriamente aforada no Juizado Especial Cível.

3. Isso posto, reduzo de ofício o valor da causa para R\$ 9.600,00 e, com fundamento no art. 267, inc. I, combinado com o art. 295, inc. V, ambos do Código de Processo Civil, indefiro a inicial, julgando extinto o processo.

Sem custas, em razão da gratuidade judiciária, que ora resta deferida.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Com o trânsito, archive-se.

Camaquã, 13 de agosto de 2003.

**Ruy Rosado de Aguiar Neto** – Juiz da 1ª Vara Cível.

---

**Processo nº 092/1.01.0000231-6 - Cobrança**

**Autor: José Antonio de Oliveira Valle**

**Réu: Estado do Rio Grande do Sul**

**Juiz prolator: Eduardo Giovelli**

**Data: 03 de setembro 2002.**

---

*Cobrança. Serviços de advocacia. Responsabilidade do Estado.*

Vistos.

José Antonio de Oliveira Valle, já qualificado, ajuizou a presente ação ordinária de cobrança em face do Estado do Rio Grande do Sul, também qualificado.

Narra o requerente ser advogada militante e ter atuado como defensor dativo em processos que tramitaram nesta Comarca por meio de nomeação pelo Juízo para patrocinar interesses de pessoas sem condições financeiras de contratar advogado, isso em virtude do não-atendimento pela Defensoria Pública na localidade. Postulou a condenação do Estado ao pagamento da quantia de R\$ 53.070,00, e ainda, a concessão do benefício da AJG. Juntou documentos.

Foi deferida a AJG.

Citado, o requerido contestou e invocou a ausência de título hábil para embasar a pretensão e para exigir antes de qualquer nomeação de advogado dativo a consulta à Defensoria Pública Estatal para que esta indicasse profissional de seus quadros, e apenas com a negativa da Instituição ser possível a nomeação de defensores dativos. Suscita a ausência de previsão legal para o pleito.

Alega ainda que o Estado não participou das demandas em que fora condenado a pagar honorários ao procura-

dor requerente nomeado pelo Juízo. Também alegou a ausência de comprovação de pobreza dos beneficiários de defesa judicial. Aduziu que, em caso de procedência, os valores arbitrados em cada processo devam ser revistos, com o recálculo tomando por base o salário de Defensor Público e o número de processos que cada um atende. Ao final, requereu a improcedência da demanda.

Replicou o requerente, reprisando os argumentos ventilados na peça vestibular.

O representante do Ministério Público exarou parecer pela procedência da demanda.

Vieram-me os autos conclusos.

É o Relato.

Decido.

Tenho que a pretensão exposta na exordial merece acolhida.

De início, ressalto que na Comarca de Constantina não há Defensoria Pública constituída, nem há a indicação de qualquer profissional dos quadros desta Instituição para responder pela Comarca. Recentemente, inclusive, foi oficiado ao Defensor-Público Geral do Estado solicitando a designação de Defensor Público para atender na Comarca, ainda que o fosse por apenas um ou dois dias da semana, isto em virtude de grande parte da população local ser pobre e sem condições de contratar advogado. E a resposta recebida foi de que no

momento, não obstante as nomeações já efetuadas nos últimos anos, não haveria possibilidade de atendimento do pleito por insuficiência de Defensores Públicos nos quadros da Instituição.

Posta essa situação fática que se apresenta na Comarca, ante a ausência de Defensor Público para patrocinar os interesses em Juízo das pessoas carentes, é que o Juízo nomeia, sempre que necessário e desde que comprovada a pobreza da parte beneficiária, dentre os advogados atuantes na Comarca, um destes para a defesa dos carentes.

E esta nomeação ou é feita diretamente pelo Magistrado, isto em especial nos processos-crime, quando os réus comparecem ao interrogatório sem defensor e questionados, respondem não terem condições de contratar advogado, ou então quando as partes necessitadas se dirigem diretamente ao representante do Ministério Público atuante na Comarca, e este, por meio de pedido específico, solicita nomeação de defensor, pedido este que é apreciado pelo Magistrado e então deferido ou não.

Em relação ao primeiro caso, processos-crime, certo é que há o mandamento constitucional de garantia do contraditório e da ampla defesa, em especial pela defesa em juízo por profissional habilitado. Qualquer infringência a estes dispositivos resulta, sem sombra de dúvida, na nulificação de processos.

Ora, se o Estado, por sua inércia, não disponibiliza na Comarca pessoa habilitada a exercer este munus, em especial por intermédio de Defensor Público, então a única solução que se apresenta como plausível é a nomeação dentre os advogados habilitados e

atuantes um para efetuar a defesa, sob pena de não se perfectibilizando isso, todos os feitos criminais que envolvessem pessoas carentes (a maioria em tramitação neste Fórum) estarem fadados ao insucesso.

E, por certo, tais profissionais, ao gastarem seu tempo e conhecimento na defesa dos interesses dessas pessoas, merecem uma remuneração, não cabendo, de forma alguma, exigir-lhes que trabalhem de graça, já que caridade se faz de boa vontade e não sob nomeação de Magistrado para defesa dos carentes, com dispêndio de tempo, material e conhecimentos por estes profissionais que, por certo, estariam nesta oportunidade se preparando e realizando defesa dos seus clientes como contratados.

Assim, de plano, improcede a alegação do Estado de que não há comprovação de pobreza por parte dos beneficiários, já que a análise da necessidade ou não de nomeação de defensor às partes, pela sua carência econômica, é realizada pelo Promotor de Justiça e pelo Magistrado atuante.

Os documentos carreados ao feito pelo requerente comprovam, à saciedade, as inúmeras atuações dele como defensor dativo designado por determinação judicial.

As certidões apresentadas pelo advogado-requerente são hábeis, sim, a comprovar a prestação do seu serviço nos referidos feitos judiciais, uma vez que se trata de certidões cartorárias e despachos judiciais lhe arbitrando honorários a serem suportados pelo Estado ante sua atuação na defesa de interesses de pessoas carentes em processos judiciais.



Entendo também que seria absurdo exigir-se anteriormente a cada nomeação que houvesse sido oficiado à Defensoria Pública para indicação de defensor, porque, se assim o fosse, cada feito levaria um tempo inimaginável para solução, ficando, enquanto isto, a prestação jurisdicional dos carentes à espera de resposta da Instituição, que será negativa, é certo, restando muitos dos processos criminais fadados à extinção da punibilidade pela prescrição e nós, operadores do Judiciário, de mãos amarradas, sem contar que a almejada justiça por todos buscada e que a Sociedade que hoje tanto espera resposta deste Poder, sempre estaria ao aguardo de um ofício-resposta.

Haveria, pois, em se procedendo dessa forma, um caos na Jurisdição, com o corolário lógico da ineficiência do Poder Judiciário.

Até porque é consabido da deficiência dos quadros da Defensoria Pública Estatal para atendimento em todas as Comarcas e também do grande número de ações que envolvem pessoas carentes e que necessitam de defensor.

Ainda, o fato de o Estado não participar das demandas não impede que seja condenado a pagar honorários aos defensores nomeados, já que é justamente pela sua inércia que há a necessidade da nomeação de advogados dativos aos necessitados.

Concernente à previsão legal, cabe referir que o art. 22, parágrafo 1º, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), prevê regra que se aplica perfeitamente ao caso em tela, ao determinar que “*o advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da*

*Defensoria Pública no local de prestação do serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado*”.

Destarte, há sim previsão legal para o pleito indenizatório da requerente, já que sua situação se enquadra exatamente nos ditames desta norma legal, a qual, inclusive, refere expressamente que estes honorários arbitrados por ocasião da defesa de pessoas juridicamente necessitados, na insuficiência do serviço prestado pela Defensoria Estatal, serão suportados pelo Estado.

O Estado, ante sua inércia em designar Defensores Públicos para atuar nas Comarcas, e havendo a nomeação de defensores dativos para patrocinar causas dos carentes, deve suportar os honorários destes defensores.

Somente com essa atitude é que estará dando aplicação aos princípios constitucionais do amplo acesso ao Judiciário, por todos, ricos ou pobres, com ou sem condições de contratar advogado, assegurando-se ainda os princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da possibilidade de representação judicial por profissional habilitado.

Já foi decidido que “*o advogado nomeado defensor dativo pelo juiz tem direito aos honorários advocatícios fixados, comprovado o trabalho e os valores estabelecidos. Ausência de qualquer fundamento por parte do Estado para afastar o direito do autor*”. (In Apelação Cível nº 598330710, 16ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Helena Cunha Vieira. j. 10.02.1999).

Ademais, a própria Carta Magna, no seu art. 5º, inciso LXXIV, prevê que

“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, sendo que nada mais está acontecendo no presente caso do que se garantir aplicação a este preceito constitucional, pela nomeação de defensores dativos, já que o Estado, por si só, não garante a total aplicação desta regra, sendo que tais defensores merecem fazer jus a uma remuneração pelo seu labor, a qual deverá ser suportada pelo ente Estatal, visto que é sua obrigação essa prestação de assistência jurídica aos necessitados.

O que não poderia acontecer é se negar acesso ao Judiciário aos hipossuficientes apenas, porque o Estado ainda não nomeou e designou Defensor Público para atuar na Comarca, como se os direitos e necessidades jurídicas das pessoas carentes pudessem ficar infinitamente ao aguardo deste agir estatal.

Nesta linha de entendimento, colaciono os julgados que seguem:

**AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. PROCESSO CRIMINAL.**

A prova documental produzida nos autos, mesmo que a destempo, é suficiente para o deslinde da demanda. Inexistindo na Comarca a Defensoria Pública e, tendo o magistrado nomeado o apelado como defensor dativo, são devidos honorários advocatícios. A Assistência Judiciária Gratuita é dever constitucional do Estado e não ônus dos advogados. Devido à singeleza do caso, foi reduzido o arbitramento dos honorários advocatícios para 3 URHS.

Negaram provimento ao agravo retido, rejeitaram a preliminar e proferam parcialmente à apelação. Unânime.

(Apelação Cível nº 598420511, 15ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. j. 16.06.1999).

**AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE DEFENSOR DATIVO DESIGNADO EM PROCESSO-CRIME.**

Faz jus a honorários o advogado nomeado, por determinação judicial, defensor dativo em processos-crime. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de prestar assistência judiciária e o dever de atribuir ao acusado, que não tenha constituído advogado no processo criminal, a assistência de um defensor (art. 5º, LXXIV e LV, da CF e art. 263, do CPP). O arbitramento judicial dos honorários advocatícios é de ser estabelecido consoante apreciação equitativa do Juiz, sem necessária vinculação com tabelas de entidade de classe.

Apelo improvido. Sentença confirmada em reexame necessário.

(Reexame Necessário nº 598252674, 15ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Manoel Martinez Lucas. j. 09.06.1999).

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. OBRIGAÇÃO DO ESTADO.**

Compete ao Estado o pagamento dos honorários do defensor nomeado em comarca onde não se encontra instalado serviço de defensoria pública. Cabimento da ação para cobrança dos honorários pela atuação como defensor dativo, porque é dever do Estado prestar assistência judiciária gratuita. Preliminar rejeitada e apelo não provido. Confirmada a sentença, em reexame.

(Apelação Cível nº 70000233536, 16ª Câmara Cível do TJRS, Três de Maio,

Rel. Des. Roberto Expedito da Cunha Madrid. j. 01.12.1999).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE DEFENSOR DATIVO. VERBA DEVIDA. PRELIMINARES REJEITADAS.

É justa a pretensão do autor de cobrar os honorários fixados em processos criminais nos quais como defensor dativo nomeado, pois não pode o Estado locupletar-se do trabalho desempenhado por advogado que acode a designação feita por Magistrado para a defesa de réu pobre, de molde a ensejar e viabilizar a distribuição de justiça.

Rejeitaram as preliminares, negaram provimento à Apelação e, em Reexame Necessário, confirmaram a sentença. Unânime. (6 fls.)

(*Apelação Cível nº 70000963827, 15ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. j. 11.10.2000*).

Qualquer outro entendimento seria permitir um locupletamento ilícito pelo Estado por intermédio deste trabalho de defensores nomeados sem que aos mesmos se garantisse, ainda que muito demorada e reduzida, uma remuneração. Nesta esteira: “*Procede a ação de cobrança de honorários fixados em processos criminais nos quais o autor foi nomeado defensor dativo, pois não pode o estado locupletar-se do trabalho desempenhado por advogado que acode a designação feita por magistrado para a defesa de réu pobre, de molde a ensejar a viabilizar a distribuição da justiça*”. (In *Apelação Cível nº 598400653, 15ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. j. 16.06.1999*).

Por fim, ressalto que não se perfaz necessário proceder a um recálculo dos

valores fixados em cada demanda mediante conta aritmética que tenha por base o salário de um Defensor Público e o número de processos que cada um atenda. Isto porque valor dos honorários em cada feito arbitrados ao defensor dativo já o foi estipulado mediante critério equitativo do Magistrado, tendo em conta a peculiaridade de cada caso e a maior ou menor relevância da causa, bem como o grau de trabalho exigido do procurador pela demanda, tudo tendo em conta o art. 20 e parágrafos do Código de Processo Civil, norma esta que rege o arbitramento de honorários para as demandas cíveis e que é plenamente aplicável a espécie.

Assim, não há necessidade de nova estipulação dos valores dos honorários, já que esses foram arbitrados por critério equitativo do Magistrado e, acima de tudo, em consonância com as disposições legais concernentes à fixação de honorários.

De resto, cabe referir que se trata de situações totalmente diversas os honorários arbitrados ao requerente e a remuneração auferida pelos Defensores Públicos, estes últimos com remuneração fixa e todas as demais prerrogativas inerentes ao cargo, não havendo como se proceder a um cotejo entre eles.

Dispositivo

Ante o Exposto, julgo *procedentes* os pedidos propostos por José Antonio de Oliveira Valle na presente ação ordinária de cobrança para o fim de *Condenar* o Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento ao requerente da quantia de R\$ 53.070,00, acrescidos de correção monetária pelo IGP-M desde o ajuizamento e juros de mora de 6% ao ano desde a citação.

Condeno o requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20 e parágrafos do CPC, em virtude do trabalho desenvolvido e a natureza e singeleza da causa.

Decorrido o prazo de recurso, com ou sem este, remetam-se os autos ao

Egrégio TJRS para atendimento do disposto no art. 475, II, do Codex Processual, já que se trata de espécie sujeita a reexame necessário.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Constantina, 03 de setembro de 2002.

**Eduardo Giovelli** – Juiz de Direito.

---

---

# SENTENÇAS CRIMINAIS

---

---



---

**Processo nº 2.260/130 - Crime contra a Ordem Tributária****Comarca de Arvorezinha****Autora: Justiça Pública****Réus: O. L. V.; É. A. V. e A. T. V. G.****Juíza prolatora: Vanessa Caldim****Data: 15 de abril 2002**

---

*Crimes contra a Ordem Tributária. Sonegação fiscal. Lei nº 8.137/90.*

Vistos.

O Ministério Público, com base no expediente administrativo 666/98, oriundo do setor de combate aos crimes contra a ordem tributária (Auto de Lançamento nº 0005448719), denunciou:

O. L. V., brasileiro, casado, comerciante, portador da cédula de identidade RG nº 0000000000, SSP/RS, inscrito no CPF sob nº 000000000/00, residente em Santa Rosa e com endereço profissional no Bairro Industrial, Ilópolis e Bairro Cruzeiro, Santa Rosa/RS;

É. A. V., brasileiro, casado, comerciante, portador da cédula de identidade RG nº 0000000000, SSP/RS, inscrito no CPG sob nº 000000000/00, residente em Ilópolis e com endereço profissional no Bairro Industrial, Ilópolis e Bairro Cruzeiro, Santa Rosa/RS;

A. T. V. G., brasileira, casada, comerciante, portadora da cédula de identidade RG nº 0000000000, SSP/RS, inscrita no CPF sob nº 000000000/00, residente em Erechim e com atividade profissional no Bairro Industrial, Ilópolis e Bairro Cruzeiro, Santa Rosa/RS,

como incurso nas sanções do artigo 1º, incisos II e III (inúmeras vezes) c/c o artigo 11, “caput” e 12, inciso I, todos

da Lei nº 8.137/90, na forma do artigo 71 do CP, pela prática, em tese, dos seguintes fatos delituosos:

“1 -No período de 27 de janeiro de 1997 a 19 de junho de 1998, na sede da “Filial II” da empresa E. R. V. LTDA, localizada no Bairro Industrial, Ilópolis, RS, os denunciados, mediante acordo de vontades e decisão conjunta na administração de referida empresa, reduziram tributo estadual de ICMS, ao falsificarem notas fiscais de compras de mercadoria, mediante a utilização do expediente denominado de “subfaturamento”, isto é, os preços constantes nas notas fiscais de compras foram registrados em montantes inferiores aos preços reais das mercadorias adquiridas.

Para tanto, os acusados, estabelecidos com o comércio e a industrialização de erva-mate, compraram mercadorias, emitindo, arditosamente, notas fiscais de compras (fls. 337 a 564) em quantidades e montantes inferiores às reais operações entabuladas, deixando, em consequência, também, de lançá-las integralmente nos Livros de Registros de Entradas de Mercadorias (fls. 566 a 718) e de Apuração do ICMS (fls. 719 a 757), como forma de ocultar a totalidade da entrada e a posterior saída desses produtos sem a emissão da consentânea documentação fiscal e os correspondentes débitos de ICMS.

Por ocasião da auditoria realizada, a Fiscalização encontrou “controles internos”, dentre os quais as “fichas de controle de compras” (fls. 186 a 335), onde era registrado o envolvimento rotineiro da empresa com seus fornecedores/produtores, no que respeita a entrega de erva verde – erva in natura – por parte desses fornecedores/produtores, a data e os pagamentos efetuados pela empresa, em contrapartida aos fornecimentos de matéria-prima (fl. 05). A partir de então, confrontando-as com as notas fiscais de entradas de mercadorias (fls. 337 a 564) e os lançamentos efetuados nos livros fiscais (fls. 566 a 718 e 719 a 754), evidenciou o malsinado subfaturamento.

*O “expediente” fraudulento engendrado teve o fito de ocultar do Fisco a integralidade das quantidades e dos valores atinentes às entradas de erva-mate que, por sua vez, posteriormente, foram objeto de venda sem a consentânea documentação fiscal, a fim de deixar de recolher o ICMS incidente nestas transações comerciais e devido ao Estado do Rio Grande do Sul”, conforme tabela demonstrativa inserida na denúncia.*

*“2- No período de 07 de fevereiro de 1997 a 18 de junho de 1998, na sede da “Filial II” da empresa E. R. V. LTDA, localizada no Bairro Industrial, Ilópolis, RS, os denunciados, mediante acordo de vontade e decisão conjunta na administração de referida empresa, suprimiram tributo estadual de ICMS, fraudando a fiscalização tributária, ao omitirem operações de compras de mercadorias nas notas fiscais e nos Livros de Registro de Entradas de Mercadorias (fls. 566 a 718) e de Apuração do ICMS (fls. 719 a 757).*

Para tanto, os acusados, estabelecidos com o comércio e a industrialização de erva-mate, efetuaram transações comerciais de aquisição dessa mercadoria, consoantes demonstram as respectivas “fichas de controle de compras” (fls. 186 a 335), porém deixaram de emitir as respectivas notas fiscais, bem como de escriturá-las nos indigitados livros fiscais, como forma de ocultar a entrada e a posterior saída dos produtos e os correspondentes débitos de ICMS.

Por ocasião da auditoria realizada, a Fiscalização encontrou “controles internos”, dentre os quais as “fichas de controle de compras” (respectivamente, fls. 186 a 335), onde era registrado “o envolvimento rotineiro da empresa com seus fornecedores/produtores, no que respeita a entrega de erva-mate – erva in natura – por parte desses fornecedores/produtores, a data e os pagamentos efetuados pela empresa, em contrapartida aos fornecimento de matéria-prima (fl. 05). A partir de então, confrontando-as com os livros fiscais, evidenciou a indigitada omissão de compras.

O “expediente” fraudulento engendrado teve o fito de ocultar do Fisco a integralidade das quantidades e os valores atinentes às entradas de erva-mate que, por sua vez, posteriormente, foram objeto de venda sem a consentânea documentação fiscal, a fim de deixar de recolher o ICMS incidente nessas transações comerciais e devido ao Estado do Rio Grande do Sul”, conforme tabela demonstrativa inserida na denúncia.

“Ao todo, os denunciados sonegaram tributo estadual de ICMS no montante de R\$ 229.889,07, já com os acréscimos legais, até 20 de junho de 2000,



conforme Ofício DNC/DRP nº 311/2000 e demonstrativo da Secretaria da Fazenda do Estado (respectivamente, fls. 760 e 761)”.  
A denúncia foi recebida em 21.07.2000.

Devidamente citados, deu-se o interrogatório dos réus às fls. 833/835.

Os réus ofertaram defesa prévia às fls. 836/891, quando alegaram, dentre outras coisas, as quais deveriam ser discutidas em sede de alegações finais, a inépcia da denúncia e a ausência de julgamento definitivo do procedimento administrativo, o que, segundo os réus, representa condição de procedibilidade da ação penal. Foram arroladas testemunhas e juntados documentos (fls. 892/1013).

Durante a instrução criminal foram juntados novos documentos e inquiridas testemunhas (fls. 1645/1662; 1673-v; 1683/84; 1689/90; 1706/07; 1718/1721; 1733/35).

Na fase de diligências do artigo 499 do CPP, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes criminais dos réus, o que se deu às fls. 1739/1750. A defesa, apesar de devidamente intimada (certidão de fl. 1750-v), nada pleiteou.

Em suas alegações finais (fls. 1752/1759), o Ministério Público, entendendo estarem comprovadas materialidade e autoria, requereu a condenação na forma da denúncia.

A defesa, por seu turno, ofertou alegações finais às fls. 1760/1770, quando argumentou, em apertada síntese: necessidade de exaurimento da esfera administrativa; inépcia da denúncia; ausência de prova da materialidade e

autoria; existência de impugnação ao auto de lançamento; que as fichas controle eram apenas no nome do transportador e as notas fiscais em nomes diversos; ausência de omissão de compras; deficiências decorrentes do costume da região; inadequação do critério de cálculo da autoridade administrativa; que apresentava tabela para redução das diferenças apontadas pelo fisco; que a gerência era exercida exclusivamente pelo sócio É., o qual não cometeu qualquer delito. Pleiteou a absolvição dos réus.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Para uma melhor análise da matéria posta nos autos a mesma será tratada por tópicos.

1.0 - Preliminares:

1.1 – Da necessidade de exaurimento da esfera administrativa:

De acordo com o remansoso entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a representação fiscal a que se refere o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 não constitui condição de procedibilidade ao promover da ação penal, pois outros elementos podem autorizar a acusação e, ademais, a esfera administrativa é distinta da jurisdição penal (HC nº 7.846-PE, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU, de 22-03-99, p. 254; RHC nº 8-355-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU, de 10-05-99, p. 196; e RHC nº 7.862-SC, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU, de 07-06-99, p. 131).

*Note-se que, por qualquer modo que as peças informativas sobre a prática de fatos objetivamente enquadráveis nos*

*tipos penais descritos na lei cheguem ao conhecimento do Ministério Público, está o Parquet legitimado para o oferecimento da denúncia, como disposto na Súmula 609 da Suprema Corte e como decorre dos artigos 27 e 40 do CPP. Por isso a conclusão do procedimento administrativo, ou até mesmo sua instauração, não é condição de procedibilidade da ação penal.*

Nesse sentido o seguinte precedente do Tribunal de Justiça deste Estado:

“HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. APURAÇÃO DO DÉBITO EM ESFERA ADMINISTRATIVA ANTES DA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE. A INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL PARA APURAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL, UMA VEZ QUE SÃO DIVERSOS OS FUNDAMENTOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E O CRIMINAL. ALIÁS, ESTE JUÍZO NÃO É SEDE PARA A APRECIÇÃO DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, QUE DEVEM SER OBSERVADOS SOMENTE NOS PROCEDIMENTOS DE LANÇAMENTO E EXECUÇÃO FISCAL. O ÂMBITO PENAL NÃO SE PRESTA PARA A CONSTATAÇÃO DE INADIMPLEMENTO, MAS TÃO-SÓ, PARA A ANÁLISE DA MATERIALIZAÇÃO DO DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL, NA FORMA TIPIFICADA PELA LEI Nº 8137/90. (NEGARAM PROVIMENTO A ORDEM DE HABEAS CORPUS. UNÂNIME). (HABEAS CORPUS Nº 695102301, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS,

RELATOR: DES. MOACIR DANILO RODRIGUES, JULGADO EM 24/08/95)” (grifou-se).

Dessa forma, a não informação ao órgão acusador sobre a impugnação ao auto de lançamento em nada modifica a situação dos autos, não infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que o órgão acusador, à vista da documentação juntada, entendeu pelo oferecimento da denúncia, devidamente recebida pela presença da justa causa, resguardando-se à defesa o direito de trazer aos autos os documentos que julgava pertinentes, de modo a ser observado o devido processo legal.

#### 1.2 – Da inépcia da denúncia:

Os réus invocaram na defesa prévia diversos fundamentos para sua tese de inépcia da denúncia.

O argumento de que a denúncia é inepta por não estar comprovada a materialidade e autoria não merece guarida, uma vez que isso tem a ver com o mérito da demanda e não com o aspecto formal da peça acusatória.

Também não existe a alegada “inépcia” da denúncia sob o argumento de que a mesma destoa da documentação carreada com a peça incoativa. Vale dizer que a denúncia não está alicerçada exclusivamente no auto de lançamento como querem fazer crer os réus, mas sim nos próprios documentos fiscais e contábeis da empresa das quais são sócios, documentos que conferem justa causa para a ação penal.

Torna-se oportuno salientar, aliás, que os réus fazem uma ligeira confusão entre inépcia da exordial e ausência de justa causa para a ação penal. A inépcia

da denúncia refere-se ao preenchimento, ou não, dos seus requisitos formais (adequação típica da *imputatio facti*, etc), enquanto que a falta de justa causa diz com o suporte mínimo necessário para a instauração de uma demanda criminal.

De outra banda, asseveraram os réus que a denúncia é inepta, pois não individualizou suas condutas, inobservando o disposto no artigo 41 do CPP.

Todavia não há inépcia na denúncia quando, de forma concisa, a mesma descreve as condutas dos agentes, possibilitando-lhes defendere-se amplamente. Ademais, em crime de autoria coletiva, somente vulnera a garantia constitucional da plena defesa a denúncia que não descreve a conduta global dos denunciados.

Com efeito, a descrição do fato na denúncia não necessita ser exaustiva; desde que o réu tenha compreensão da acusação, não se reconhece nulidade.

A exigência de descrição individualizada da conduta de cada um, em caso de concurso de agentes, não tem sentido quando a ação é única e conjunta.

Assim, pode a denúncia narrar de maneira genérica a participação de cada agente, não sendo necessário descer a minúcias, pois a conduta específica pode ser apurada ao ensejo da instrução.

Sobre o assunto, atente-se para a decisão abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE “HABEAS CORPUS”. CRIME TRIBUTÁRIO. AUTONOMIA DE INSTÂNCIA. ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96. INÉPCIA DA DENÚNCIA. I - O oferecimento da denúncia

independe do esgotamento da via administrativa dada a autonomia das instâncias penal e administrativa (Precedentes). II - O art. 83 da Lei nº 9.430/96 não estabeleceu condição de procedibilidade e nem criou questão prejudicial a obstar a ação do “Parquet”. III - A denúncia que imputa ação conjunta aos implicados, em crime tributário, nem sempre precisa ser pomenorizada. IV - A questão acerca da autoria e participação, exigindo o exame do material cognitivo, deve ser valoração, no caso, por ocasião do “iudicium causae”. Recurso desprovido. Decisão: Por maioria, negar provimento ao recurso”. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7757/SP, quinta turma do STJ, Rel. Felix Fischer. j. 25.08.1998, Publ. DJU 07.12.1998 p. 00091) (grifou-se).

Assim, conforme dito, a denúncia não precisa ser exaustiva. *In casu*, a mesma especificou as circunstâncias elementares da conduta e aquelas que podiam interessar à apreciação do crime, não se podendo falar, portanto, em inépcia.

Por derradeiro, destaca-se que também não existe a levantada inépcia da denúncia por atipicidade da conduta. A conduta descrita na peça acusatória enquadra-se precisamente na Lei nº 8.137/90. Já a questão de estar ou não caracterizada a sonegação fiscal, diz respeito ao mérito da ação penal.

## 2.0- Mérito:

### 2. 1- Materialidade e autoria:

De início convém salientar que as teses invocadas na defesa prévia foram ratificadas nas alegações finais, ainda que

de forma remissiva à defesa preliminar e, embora inadequada a via eleita pela defesa para a discussão de alguns temas, fazendo-o em sede de defesa prévia, toda a matéria declinada pela defesa será analisada.

A denúncia descreve dois fatos. O primeiro refere-se à redução de pagamento de ICMS mediante a falsificação de notas fiscais de compra de mercadoria, pela inserção nas notas fiscais de quantidade de produto e preço inferior ao efetivamente adquirido e pago, mediante a utilização do expediente denominado de “subfaturamento”, deixando-se, em consequência, de lançar as operações comerciais como realmente entabuladas nos livros de registros de entrada de mercadorias e de apuração do ICMS.

O segundo fato da peça acusatória diz respeito à supressão do pagamento de ICMS pela omissão de operações de compras de mercadorias nas notas fiscais e nos livros de registro de entradas de mercadorias e de apuração de ICMS.

A materialidade encontra-se plenamente demonstrada pela farta documentação que acompanha a denúncia.

Este órgão jurisdicional confrontou os dados constantes nas fichas de controle de compras (razão), nas notas fiscais e no livro de registro de entrada de mercadorias, ficando claramente evidenciada a redução e supressão do pagamento do imposto estadual, como se verá nos exemplos abaixo:

a) FORNECEDOR: G. R.

DATA: 11.03.98

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	281	2870 KG	R\$ 558,80
NOTA FISCAL Nº1903	490	2810 KG	R\$ 553,90
LIVRO REG. ENT. MERC.	718		R\$ 533,90

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias.

b) FORNECEDOR: H. C.

DATA: 12.09.97

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	284	2440 KG	R\$ 520,50
NOTA FISCAL Nº 1971	403	1650 KG	R\$ 330,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	662		R\$ 330,00

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias

c) FORNECEDOR: J. D.

DATA: 03.11.97

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	298-V	2560 KG	R\$ 520,50
NOTA FISCAL Nº 2211	412	2560 KG	R\$ 512,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	667		R\$ 512,00

Obs.: Atente-se que, embora o total do produto seja o mesmo, o preço lançado na ficha controle é superior àquele constante na nota fiscal e no livro de registro de entrada de mercadorias.

d) FORNECEDOR: M. R.

DATA: 12.11.97

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	319	1640 KG	R\$ 328,00
NOTA FISCAL Nº 2303	429	1450 KG	R\$ 290,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	680		R\$ 290,00

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias

e) FORNECEDOR: D. T.

DATA: 24.03.98

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	248-v	1935 KG	R\$ 387,00
NOTA FISCAL Nº 2957	506	1760 KG	R\$ 352,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	721		R\$ 352,00

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias

f) FORNECEDOR: D. T.

DATA: 19.03.98

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	248-v	2445 KG	R\$ 489,00
NOTA FISCAL Nº 2936	503	1750 KG	R\$ 350,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	720		R\$ 350,00

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias

g) FORNECEDOR: V. V.  
DATA: 21.05.98

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	359	7.180 KG	R\$1.388,14
NOTA FISCAL Nº 3291 <sup>1</sup>		5.540KG	R\$1.108,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	741		R\$1.108,00

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias

h) FORNECEDOR: V. V.  
DATA: 21.05.98

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	359	5.160 KG	R\$ 997,60
NOTA FISCAL Nº 3245 <sup>2</sup>		3.060 KG	R\$ 612,00
LIVRO REG. ENT. MERC.	739		R\$ 612,00

Obs.: Atente-se que o total em quilos do produto e o preço constante na ficha controle é superior ao lançado na nota fiscal e no livro registro de entrada de mercadorias

i) FORNECEDOR: D. T.  
DATA: 29.12.97

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALOR
FICHA CONTROLE	245-v	2140kg	R\$ 428,00
FICHA CONTROLE	245-v	1560kg	R\$ 312,00
NOTAS FISCAIS	NÃO EMITIDAS		

j) FORNECEDOR: F. G.  
DATA: 12.01.98

	FOLHA DOS AUTOS	PESO	VALO
FICHA CONTROLE	275-V	1510kg	R\$ 297,00
NOTA FISCAL	NÃO EMITIDA		

Obs.: Com a não emissão das notas fiscais, e, conseqüentemente, com a sua não escrituração nos livros fiscais, ocultou-se a entrada e a posterior saída dos produtos, deixando-se de realizar o pagamento do correspondente ICMS.

A prática da conduta de redução e supressão de ICMS foi reiterada, conforme se infere da tabela constante na denúncia e da documentação que a acompanha, servindo os casos acima como forma de ser pormenorizada a análise da materialidade, permitindo-se visualizar com clareza a sonegação fiscal.

1 – Nota Fiscal Localizada por meio do Lançamento no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (Fl. 741).

2 – Nota Fiscal Localizada Através do Lançamento no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (Fl. 739).

Com efeito, à medida que eram lançadas nas notas fiscais de compra, no livro de registro de entrada de mercadorias e, conseqüentemente, no livro de apuração do ICMS, quantidades inferiores do produto adquirido ou preço menor do realmente pago, ocultava-se a totalidade da entrada e, dessa forma, a saída de produtos, os quais eram vendidos, assim, sem a consentânea documentação fiscal, deixando-se de recolher o ICMS.

Da mesma forma, ao serem omitidas operações de compras de mercadorias nas notas fiscais, nos livros de registro de entrada de mercadorias e, conseqüentemente, no livro de apuração do ICMS, suprimiu-se o pagamento de ICMS, pois, conforme já salientado, se-ocultava a entrada e, assim, também a saída dos produtos.

Os réus impugnaram as fichas-controle, aduzindo que não se trata de documentos fiscais ou contábeis. Chama a atenção, contudo, a impugnação a documentos da própria E., ou seja, confeccionados sob a supervisão do réu É., sócio-administrador da filial de Ilópolis. Dessa forma, pergunta-se: como posso impugnar aquilo que eu mesmo faço?

A defesa argumentou que, em face do costume da região, as fichas-controle eram feitas no nome do transportador e/ou de quem fazia o acerto de contas, embora as notas fiscais fossem emitidas em vários nomes, procurando, assim, justificar a divergência entre as notas fiscais e as fichas-controle (razão).

Segundo o testemunho da auxiliar de escritório I. C., inquirida à fl. 1689, as fichas representavam um controle da aquisição de erva-mate, sendo o mesmo

feito em nome do transportador do produto.

Ora, em sendo as fichas utilizadas apenas para o controle da compra de erva-mate, abrangendo, assim, toda a erva transportada por determinada pessoa, que não seria necessariamente o produtor (em nome de quem supostamente teria saído a nota fiscal), por que motivo se chegou a indicar nas fichas preço superior àquele constante na nota fiscal, como ocorreu com o “transportador” J. D. (caso ilustrado na letra “c”). Nesta hipótese, embora a quantidade de produto fosse a mesma, o preço lançado na ficha-controle é superior àquele constante na nota fiscal e no livro de registro de entrada de mercadorias.

Se fosse verdade a alegação da defesa, o preço do produto deveria ser coincidente, já que o total de erva-mate lançada nas fichas controle e na nota fiscal é o mesmo.

Pouco importa, ainda, que o preço do produto seja ou não compatível com o de mercado, já que o ponto crucial é a divergência entre o preço indicado no controle paralelo e o inserido na documentação fiscal.

Deve-se acrescentar, igualmente, que nas fichas-controle não há qualquer menção de que a carga de erva-mate registrada estaria, de algum modo, repartida entre produtores/fornecedores.

Ademais, caso as fichas fossem elaboradas somente para controle dos pagamentos efetuados aos transportadores – que repassariam depois a quota-parte dos produtores -, não existiria motivo para que se indicasse nas mesmas apenas o transportador, responsável pela entrega do produto e recebimento dos valores, já que a empresa

nunca saberia a quem, de fato, pertencia a erva entregue e a quem o transportador deveria repassar a verba recebida, perdendo, portanto, o sentido a existência das fichas.

A defesa asseverou, outrossim, que não houve omissão de compras, pois as aquisições constantes na escrita fiscal são até em quantidades superiores às das fichas-controle, indicando um demonstrativo na defesa prévia (fl. 843). Referiu, ainda, que, embora as fichas-controle do ano de 1997 não abrangessem a totalidade dos fornecedores, as do ano de 1998 são relativas, praticamente, ao total das compras.

Ora, como é corolário lógico, abranjer *praticamente* o total das compras não significa contemplá-las na integralidade. Dessa forma, pelo fato de as fichas-controle não abarcarem a totalidade dos fornecedores da empresa é natural que o somatório das notas fiscais de entrada seja superior ao das fichas controle no período apurado.

Na esteira do acima afirmado, deve-se desconsiderar a prova testemunhal carregada aos autos pela defesa, uma vez que suas testemunhas disseram que a contra-nota (nota fiscal de entrada) refletia a totalidade do produto entregue. Se isto fosse verdade, ainda que pudesse existir alguma discordância de peso, jamais poderia existir divergência de valor, ou seja, não existe razão para constar na ficha-controle um determinado preço e, na nota fiscal, preço inferior, conforme acima já evidenciado.

Saliento que as declarações unilaterais juntadas aos processo pela defesa não têm qualquer valor legal, pois não submetidas ao contraditório.

Note-se, ademais, que a própria defesa não conseguiu explicar de forma documental as omissões de compras. Nas planilhas de fls. 848/874 a defesa apontou a nota fiscal para redução da omissão apurada pelo fisco, não logrando êxito em indicar a nota fiscal abrangente da totalidade do produto adquirido.

A defesa procura, ainda, induzir à ilação de que a fiscalização tributária considerou sua documentação regular, por ter utilizado a expressão “o contribuinte possui planilha de compras para controle interno, as quais foram conferidas e consideradas de acordo, com a escrita fiscal (...)”. Todavia, não foi efetivamente isso que ocorreu.

Conforme destacaram os autuantes (fls. 1507/1508), “*em uma leitura mais acurada do que consta no Auto de Lançamento, verifica-se, de fato, estão de acordo com a escrita fiscal que, por sua vez, foi desclassificada, visto não espelhar a realidade dos fatos em razão das incorreções detectadas; estando de acordo, não significa que estejam corretas sob o ponto de vista de retratar as operações de entradas de erva-mate verde (...)*” (grifou-se).

De outra banda, a irresignação da defesa ao critério de cálculo adotado pela autoridade administrativa em nada interfere na presente demanda, em que o que releva é a supressão e redução do imposto estadual, exaustivamente demonstradas.

Dessa maneira, mostra-se também irrelevante que tenham ocorrido pequenas divergências nos depoimentos dos fiscais, pois a prova documental comprova a sonegação, já que não eram emitidos documentos fiscais na totalida-



de das operações e, por conseguinte, não eram escriturados os livros fiscais corretamente, mantendo-se parte das receitas operacionais à margem da tributação de ICMS.

Neste diapasão, configura-se leviana a afirmação da defesa de que a autuação fiscal se deu em virtude de interesse pessoal dos fiscais na gratificação sobre o montante da receita auferida pela ação fiscal, já que não existe qualquer justificativa convincente sobre o fato de as fichas-controle indicarem saldos de entradas de mercadorias em volume superior ao constante nas notas fiscais de entrada.

Revela-se, ainda, sem importância no contexto probatório dos autos que a “batida fiscal” tenha-se dado a pedido do Sr. Prefeito Municipal, conforme alegou a defesa. Qualquer empresa está sujeita à fiscalização tributária e isso representa apenas um exercício regular de direito.

Diante da robusta prova documental sobre a sonegação, o testemunho de D. L. C. (fl. 1706), afirmando que “não tem conhecimento de falsificação de notas fiscais. Também nunca viu compra e venda sem notas na referida empresa”, não tem o condão simplista, como quer a defesa, de afastar a prática criminosa. A circunstância de a testemunha nunca ter presenciado compra de mercadoria sem a respectiva emissão de nota fiscal de entrada não significa, evidentemente, que tal fato não tenha ocorrido.

Deve-se, ademais, consignar que não houve pedido de parcelamento do imposto, conforme documento de fl. 1645, o que contraria a afirmação da defesa lançada à fl. 839.

No que tange à autoria, é certo que os réus eram sócios-gerentes da empresa R. V. Ltda. por ocasião dos fatos narrados na denúncia, de acordo com o contrato social e alterações juntadas ao processo (fl. 798/826).

Todavia, os fatos deram-se na “Filial II”, onde, conforme interrogatório dos réus (fls. 833/835), a gerência era exercida exclusivamente pelo réu É.

Segundo, ainda, o réu O., era na filial de Ilópolis em que se dava a compra do produto *in natura*.

O relatório de fls. 36/38, anexo ao auto de lançamento, também indica que o estabelecimento de Ilópolis contava com a administração do réu É.

Assim, sendo a responsabilidade objetiva frontalmente repudiada pelo juízo criminal, e não tendo a instrução esclarecido a efetiva participação dos réus O. e A. na conduta denunciada, não há como acolher a acusação do Estado, impondo-se a absolvição dos mesmos.

O juízo criminal exige que se constate o elemento subjetivo do delito e se estabeleça um vínculo entre os fatos e a conduta de cada sócio. Somente a condição de sócio não basta para se ajustar à conduta típica e fundar condenação no crime societário.

Diferentemente ocorre, contudo, no que tange ao réu É. A responsabilidade pela regularidade da conduta é de quem efetivamente toma as decisões na sociedade, no caso, o sócio É., que podia impedir a prática ilegal, devendo ser aplicada, na espécie, a teoria do domínio do fato.

Aliás, sequer foi indicada nos autos outra pessoa que estivesse exercendo o

controle contábil da empresa, levando à conclusão de que isso era feito diretamente por É.

Demonstradas a materialidade e autoria, impõe-se analisar a questão do concurso de crimes, uma vez que foram inúmeros os fatos praticados.

Pondere-se que as semelhanças entre os delitos permite o reconhecimento do crime continuado, sendo que o réu praticou crimes da mesma espécie.

No tocante à conexão temporal, isto é, ao período decorrido entre as infrações, percebe-se que as mesmas guardam acentuada proximidade de tempo, como se pode vislumbrar na tabela inserida na peça incoativa.

Com referência à conexão espacial, faz-se mister ressaltar que os crimes foram praticados no mesmo local, ou seja, na filial II da E. R. V. LTDA.

No que tange ao *modus operandi* há identidade no método adotado em cada fato.

Dessa forma, a análise conjunta das circunstâncias nas quais os delitos foram praticados autoriza o reconhecimento do crime continuado.

Relativamente à majorante do artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90 deve-se considerar que a sonegação, por si só, já traduz um dano de natureza grave. Portanto, só deve haver o aumento da pena quando se tratar de dano vultoso.

Na espécie, o valor original não recolhido foi de R\$ 53.230,86 (posição em 29.01.99), desconsiderados multa e juros, conforme documento de fl. 1660.

O montante indicado na exordial (R\$ 229.889,07) compreende juros e multa, bem como indica a posição do débito em 20.06.2000.

Ocorre que, para efeito de aferição do dano, entendo que deve ser considerado apenas o total atualizado da dívida, ou seja, aquilo que realmente deixou de ser recolhido aos cofres públicos, desprezando-se, neste caso, os encargos de mora.

Neste contexto, o dano não pode ser considerado de tal monta a autorizar o aumento da pena, principalmente em um país onde a sonegação chega a milhões de reais, devendo o prejuízo ao erário ser valorado nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a ação penal ao efeito de absolver O. L. V. e A. T. V. G. da prática da conduta prevista no artigo 1º, II e III (inúmeras vezes) c/c art. 11, “caput” e 12, I, todos da Lei nº 8.137/90, na forma do art. 71 do CP, o que faço com fulcro no artigo 386, IV do CPP e condenar É. A. V. como incurso nas sanções do artigo 1º, II e III (inúmeras vezes) da Lei nº 8.137/90 na forma do artigo 71 do CP.

Passo à fixação da pena, segundo o método trifásico.

Para o fim de ser definida a pena-base, em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, anote-se, no tocante à culpabilidade, que o réu agiu com elevado índice de reprovabilidade, pois podia entender o caráter ilícito de sua conduta, bem como agir de maneira diversa. O réu não registra antecedentes criminais. Não existem elementos nos autos sobre sua conduta social e personalidade. O motivo é o inerente à espécie, ou seja, o lucro fácil proveniente da operação ilegal. As circunstâncias são as comuns ao tipo penal. As consequên-

cias são graves, pois é evidente o prejuízo de monta ao erário. Não existe comportamento da vítima a ser analisado.

Dessa forma, estabeleço a pena-base privativa de liberdade em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Aumento a pena de 2/3 (dois terços) em razão da continuidade delitiva (art. 71 do CP), justificando-se a exasperação no percentual máximo tendo em vista o grande número de infrações cometidas, quedando-se a pena, definitivamente, em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, por inexistirem outras modificadoras.

A pena deverá ser cumprida em regime inicialmente aberto (art. 33, § 2º, c, do CP).

Estando satisfeitos os requisitos do artigo 44 do CP, substituto a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ou seja, prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de trabalho por dia de condenação, fixados de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do réu, e em local a ser definido em sede de execução e prestação pecuniária no valor de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos a serem revertidos, em partes iguais, à APAE de Arvorezinha, à Casa da Criança, ao Conselho Tutelar de Ilópolis (em processo de formação) e de Arvorezinha.

As penas restritivas de direitos foram eleitas tendo em vista as que melhor serviriam à reprovação da conduta do réu e prevenção de novos ilícitos.

Tendo em vista que considero o crime continuado como um crime único por ficção legal, reputando inaplicável, assim, o artigo 72 do CP, fixo a pena de multa em 30 dias-multa, a qual aumento de 2/3 em decorrência da continuidade delitiva, restando a mesma estabelecida, em definitivo, em 50 dias-multa no valor de 30 BTN's o dia-multa, de acordo com o que dispõe o artigo 8º, parágrafo único da Lei 8.137/90.

Uma vez que o BTN foi extinto pela Lei nº 8.177/91, deverá ser considerado o valor do BTN por ocasião de sua extinção, corrigindo-o monetariamente pelo IPC, pois este é o fator estabelecido para a atualização do antigo BTN no artigo 5º, § 2º da Lei nº 7.777/89.

Custas pelo réu em proporção.

Após o trânsito em julgado:

- 1) lance-se o nome do réu no rol dos culpados;
- 2) remeta-se o boletim estatístico ao departamento de informática policial;
- 3) oficie-se ao TRE em virtude da suspensão dos direitos políticos;
- 4) extraia-se o PEC e remeta-se à VEC;
- 5) expeça-se PJ-30.

P.R.I.

Arvorezinha, 15 de abril de 2002.

**Vanessa Caldím** – Juíza de Direito.

---

**Comarca de Augusto Pestana**  
**Processo nº 149/2.02.0000334-6**  
**Autora: Justiça Pública**  
**Réu: J. J. C., vulgo “Devereda”**  
**Prolator: Adair Philippsen**  
**Data: 15 outubro de 2002**

---

Vistos e examinados os autos.

J. J. C. foi denunciado,  
“Devereda” é o seu apelido.  
É que do alheio se fez amigo  
E isso, sem dúvida, é pecado.  
Com o minguado fruto do furto,  
No silêncio da madrugada,  
Em plena e imprópria empreitada,  
Pela polícia resultou flagrado.

Consta da peça de acusação,  
Que em três galinheiros ingressou  
E algumas poedeiras surrupiou,  
Assim agindo como ladrão.  
Não deveria ter feito isso.  
Mas o fato não é preocupante  
Por ser deveras insignificante  
O produto da sua subtração.

É que muito ele não quis:  
Tão-somente a oito penas,  
Na noite fria e silenciosa,  
Resumiu-se a sua ação infeliz.  
Acredito que de fato é pouco  
Quando for feita a comparação  
Com tanta fraude e sonegação  
Que campeiam soltas pelo país.

Cada galinha furtada,  
Por modestos quatro reais,  
E nenhum centavo a mais,  
Restou sendo avaliada.  
E, por terem sido devolvidas,  
- Ao meu modesto juízo -,  
Parece não haver prejuízo  
Aos donos das aves afanadas.

Então, à ação do J. C.,  
(Que não poderia ter feito o que fez)  
Mas, face ao valor irrisório da “res”,  
Impõe-se saída sem previsão legal.  
Incide o princípio da insignificância,  
Diante da irrelevância social do fato,  
Sabido que o Estado e seu aparato  
Deve voltar-se à lesão substancial.

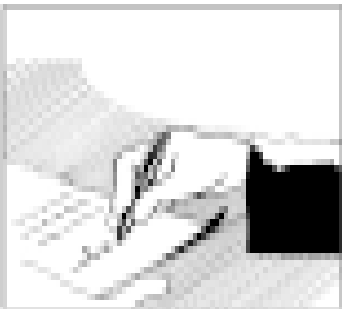
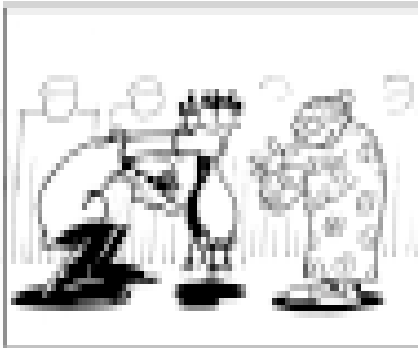
A pouca ou nenhuma expressividade  
Autoriza essa saída excepcional:  
Sem incidir em censura penal,  
Ações despidas de reprovabilidade.  
Enfim, o delito de cunho bagatelar  
Pelo valor de reduzida monta,  
Só pode ser levado em conta  
Para afastar a sua tipicidade.

Foram oito galinhas, é verdade,  
Mas é preciso ter o cuidado,  
Para evitar a sabedoria do ditado:  
“Só pobre conhece autoridade”.  
O que serão oito galinhas,  
Perto de tantos escândalos,  
De fraudes e ações de vândalos,  
Nessa nossa triste realidade?

Na tarefa de aplicar o Direito  
É preciso tentar fazer Justiça.  
E vou considerar essa premissa  
Registrando ao MP, todo respeito.  
E também por ter presente  
Que já foi punido o “Devereda”  
Ao longo de sua vida azeda,  
No caso, a denúncia eu REJEITO.

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

Augusto Pestana, 15 de outubro de 2002.  
**Adair Philippsen** - Juiz de Direito.



---

**Processo-Crime nº 116/2.02.0000572-6 - Crime de Tortura****Comarca de Planalto****Autor: Ministério Público****Réus: J. F. M.; A. L. T.; S. P. M.; V. V. e A. L. R. S.****Juiz prolator: Gilberto Pinto Fontoura****Data: 06 de abril de 2003.**

---

*Tortura praticada por policiais. Abuso de Autoridade. Responsabilidade do Delegado de Polícia.*

Vistos.

O Ministério Público, ofereceu denúncia contra J. F. M., brasileiro, casado, Delegado de Polícia, com 41 anos de idade na época da denúncia, filho de R. M. e de P. M., com endereço na cidade de Imbé, RS, fl. 2589; A. L. T.; brasileiro, solteiro, Inspetor de Polícia, com 28 anos de idade na época da denúncia, filho de E. e de I., com endereço na cidade de Planalto, RS, fl. 2603; S. P. M., brasileiro, separado, Inspetor de Polícia, com 30 anos de idade na época da denúncia, filho de R. M. e de M. L. M., com endereço na cidade de Alpestre, na época da denúncia, fl. 2595; V. V., brasileiro, solteiro, Inspetor de Polícia, com 26 anos de idade na época da denúncia, filho de J. V. e de V. D. V., com endereço em Alpestre, na época da denúncia, fl. 2599; e A. L. R. S., brasileiro, convivente, com 30 anos de idade na época da denúncia, Inspetor de Polícia, filho de L. L. S. e de E. R. S., com endereço na cidade de Iraí, na época da denúncia, fl. 2593, porque:

FATO 1:

No dia 03 de junho de 1998, pela manhã, na localidade de Linha São Miguel, na cidade de Alpestre, A., S. e

V., Inspetores de Polícia lotados nas delegacias de Planalto e Alpestre, em comunhão de esforços e vontades abusaram da Autoridade, ao agirem objetivando investigar informação anônima acerca de um desmanche de carros furtados em propriedade rural da família W., nela adentraram sem consentimento dos proprietários ou mandado judicial, atentando dessa forma contra o preceito constitucional de Inviolabilidade de Domicílio.

Desse modo incorreram nas sanções do artigo 3º, letra b, da Lei 4.898/65, combinado com o artigo 29, *caput*, do Código Penal (uma vez).

FATO 2:

No dia 03 de junho de 1998, pela tarde, na localidade de Linha São Miguel, na cidade de Alpestre, os denunciados, J., A., S. e V., praticaram o crime de Abuso de Autoridade. Consta que A., S. e V., Inspetores de Polícia, ante a determinação do Delegado de Polícia J., acompanhados de outros policiais, invadiram as residências de P. W. e C. W., isso sem autorização das vítimas ou ordem judicial, atentando contra o preceito constitucional da Inviolabilidade de Domicílio.

Consta que o réu J., ao agir, conforme relatado por A., S. e V., que comunicava a invasão descrita no item primeiro, solicitou ao juízo de Planalto a expedição de Mandado de Busca e

Apreensão para ser cumprido na residência de S. W. e sua mãe, P. W.

Embora tenha sido expedido o Mandado Judicial de Busca e Apreensão para ser cumprido, expressamente na residência de S. W., os Policiais denunciados, acompanhados de outros não identificados, por ideação e determinação do Delegado J., realizaram diligências no interior das residências de P. W. e C. W., pelo fato de as mesmas serem próximas da residência de S..

Desse modo, incorreram nas sanções do artigo 3º, letra *b*, da Lei nº 4.898/65, combinado com o artigo 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal (duas vezes).

FATO 3:

No dia 03 de junho de 1998, por volta das 15 horas, na localidade Linha São Miguel, cidade de Alpestre – RS, os denunciados A. L. T., S. M. e V. V., Inspetores de Polícia lotados nas Delegacias de Polícia de Planalto e Alpestre, em conjunção de esforços e ajuste de vontades entre si e com outros policiais civis ainda não identificados, abusaram da autoridade.

Consta que o denunciado S., ao agir com solidariedade moral e física dos denunciados A. e V., bem como os demais policiais presentes, com o objetivo de lograr testemunho em relação à atuação das diligências descritas no segundo fato, obrigaram, mediante coação física e moral, que as vítimas N. C. D., I. D. e D. N., vizinhos da família W., acompanhassem as diligências até o fim da atuação, atentando assim, contra a liberdade de locomoção dos mesmos.

O denunciado S. abordou a vítima D. N., por volta das 15 horas, numa estrada vicinal, o qual estava acompa-

nhado de sua esposa e um filho pequeno, obrigando-os a acompanharem a busca e apreensão.

Embora a vítima D. N. tenha por várias vezes suplicado aos Policiais para que o deixassem ir embora, foi impedido, e somente foram libertados, por volta das 18 horas, quase três horas depois de terem iniciado o atentado a suas liberdade de locomoção.

Assim incorreram, nas sanções do artigo 3º, letra *a*, da Lei nº 4.898/65, combinado com o artigo 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal (três vezes).

FATO 4:

*No dia três de junho de 1998, por volta das 18 horas, na localidade de Linha São Miguel, cidade de Alpestre – RS, os denunciados J. M., A. L. T., S. M. e V. V., acompanhados de demais policiais não identificados, em concurso de ações e vontades entre si, abusaram da autoridade.*

Consta que os denunciados A., S. e V., após cumprirem as diligências descritas nos fatos anteriores, ideadas e determinadas pelo denunciado J., mediante atuação impositiva, privaram as vítimas C. W., S. W. e A. V., sem que houvesse flagrante delito ou ordem judicial que autorizasse a prisão ou detenção delas, levando-as presas, respectivamente, para as Delegacias de Alpestre, Planalto e Iraí, deixando de comunicar a prisão ao juiz de direito de Planalto, que seria o competente.

Incorrendo desse modo, nas sanções do artigo 4º, letra *a*, da Lei nº 4.898/65, combinado como artigo 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal (três vezes).

FATO 5:

No dia 04 de junho de 1998, entre 1 hora e 5 horas da madrugada, na Delegacia de Polícia de Iraí, os denunciados J. M., Delegado de Polícia, A. L. T., S. M., V. V., Inspetores de Polícia e A. L. R. S., Escrivão de Polícia, em conjunção de esforços e após ajuste de vontades entre si e com outros policiais ainda não identificados, torturaram as vítimas S. W., C. W. e A. V., constringendo-as, mediante o emprego de violência e grave ameaça, causando-lhes inmensurável sofrimento físico e mental, a confessar a prática dos delitos de receptação e furto de veículos, como declarações incriminando terceiros.

Em C., causaram a lesão contundente na ante-érix da orelha esquerda; escoriação na região maxilar esquerda; escoriação maxilar direita; pequenos hematomas na região da musculatura pára na região vertebral direita; escoriações e lesão contundente na região peitoral esquerda; escoriações retilíneas na região do punho direito e canino superior direito fraturado. Em A., várias escoriações na região posterior da orelha esquerda, região cervical e nuca; pequena escoriação em região lombar inferior; hematoma na região hílca direita; hematoma na região do cotovelo direito; lesão circular edematosa em punho esquerdo com crostas hemáticas; lesão circular edematosa em punho direito com crostas hemáticas; pequena bolha na região lateral do punho direito produzido por arma de fogo; eritema e edema na região interna do lábio inferior à esquerda; hematoma no supercílio direito e escoriações na região da fúrcula externa, conforme Laudo de Lesão Corporal da Clínica Cultural e Benefi-

cente Santa Rosa de Lima, de Planalto, fls. 105 e 106 do vol. 08.

Os denunciados, após terem prendido as vítimas ilegalmente, levaram-nas para Iraí, impedindo-as de se comunicarem com seus familiares.

Em continuação aos atos de tortura, nas dependências da Delegacia de Iraí, os denunciados, utilizando-se de coletes balísticos, passaram a bater nas vítimas, uma por vez, para que as outras escutassem os gritos do então torturado. Com intuito de não deixar marcas, os denunciados desferiram golpes com os referidos coletes nas cabeças das vítimas.

Além de causar sofrimento físico causado pelos golpes desferidos e do sofrimento mental, os denunciados deram choques elétricos por todo o corpo das vítimas, usando-se de uma “Maricota” (objeto não apreendido). Colocavam fios que permitiam a passagem da descarga elétrica nos dedos, braços, pernas, cabeça, interior da boca, escroto e ânus das vítimas.

Ressalta-se que todos os policiais presentes participaram de todos os atos. Tendo o denunciado A., sacado do revólver e encostado na cabeça da vítima A. ameaçando-a de morte, caso não confessasse o crime que entendiam que tinha ele praticado. Durante as torturas as vítimas desmaiaram por várias vezes, cessando a tortura somente quando o dia amanheceu. *Não se descreveram lesões geradas em S. W. Desse modo, incorreram nas sanções do artigo 1º, inciso I, letra “a” e parágrafo 4º, inciso, da Lei 9.455/97.*

FATO 6:

No dia 04 de junho de 1998, por volta das 18h, na Delegacia de Polícia



de Alpestre, o denunciado S. M., cometeu abuso de autoridade.

Consta que S., ao agir, após a vítima A. V. ter assinado um termo a ela apresentado, jogou-a contra um armário, submetendo-a a constrangimento não autorizado em lei.

Ato contínuo, S. passou a chutar a vítima A., estando esta desmaiada, atentando contra sua incolumidade física.

Assim, incorreu nas sanções do artigo 3º, letra *i*, da Lei nº 4.898/65.

Embora previsão de rito especial para processamento dos delitos tipificados na Lei 4.898/65, conforme seu artigo 17 e parágrafos, seguiu-se o rito comum, recebendo-se a denúncia em 02 de setembro de 1998, conforme fl. 2.567.

O réu A., por seu Defensor, indagou sobre o rito a ser seguido para o processamento criminal, fls. 2.579/2.580, restando prejudicado o questionamento na medida em que o rito comum assegurou a mais ampla defesa.

A propósito, desde há muito a jurisprudência tem-se posicionado – na hipótese de concurso de crimes com ritos diferentes – pelo processamento pelo rito que possibilite a mais ampla defesa, ou seja, pelo rito comum, permitindo-me reproduzir a seguintes ementa:

Abuso de Autoridade. Delito praticado concomitantemente com lesões corporais. Aplicação das normas do Código de Processo Penal, e não do rito sumaríssimo (“JUTACrim, 80/140); RJTJRS 43/82; RT 560/380.) *In Abuso de Autoridade, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, 5ª edição, RT, 1988)*

Repito, o rito comum assegurou a mais ampla defesa, seguindo-se aos interrogatórios dos réus, J., fls. 2.589/

2.592; A., fls. 2.593/2.594; S., fls. 2.595/2.598; V., fls. 2.599/2.602; e A., fls. 2.603/2.606.

Todos os réus negaram os crimes. Por defensores constituídos, apresentaram defesas prévias, J., arrolando testemunhas, fls. 2.609/2.610; A., S., V. e A., arrolando testemunhas e juntando documentos, fls. 2.611/2.614.

Durante a instrução foram ouvidas as vítimas arroladas na denúncia com exceção de I. D. (não encontrado) conforme fls. 2.688/2.689; 3.112/3.114; 3.123/3.124; 3.169/3.120; 3.218/3;220; 3.253; 3.267/3.269; 3.274/3.285; 3.321 e 3.329.

Houve a desistência da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, conforme fl. 3.330.

Encerrada a instrução, a prova foi debatida mediante alegações finais, momento em que o Ministério Público pediu a condenações dos réus J., S. e V., nos exatos termos da denúncia; e parcial condenação do réu A. por infração ao artigo 3º, letra *b*, da Lei nº 4.898/65 (3 vezes); do artigo 3º, letra *a*, da mesma Lei nº 4.898/65, e artigo 4º, letra “a” e *c*, também da Lei nº 4.898/65 (3 vezes), combinado com os artigos 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal; e absolvição do réu A., conforme fls. 3.334/3.354; e por seu turno as defesas clamaram, preliminarmente, pela nulidade do processo por inépcia da denúncia porque não descritos pormenorizadamente os fatos imputados; impugnou os documentos juntados pelo Ministério Público uma vez que não autenticados, e no mérito as absolvições por ausência de provas, fls. 3.390/3.397.

Assim vieram conclusos para sentença.

Relatei.

Decido.

Seguido o rito comum, não houve insurgimento quanto à não-abertura do prazo para diligências, artigo 499 do CPP, pressupondo-se desnecessárias.

Saliento, o equívoco no despacho de fl. 3.333, ao substituir o debate oral por alegações escritas – por se tratar de rito comum – portanto deveria abrir o prazo para diligências, artigo 499 do CPP, e depois se passar ao debate da prova via alegações escritas, artigo 500 do CPP – em nada prejudicou a mais ampla defesa, tanto que exercitada em sua plenitude e nenhuma irresignação e/ou manifestação – quer do titular da Ação Penal, quer das Defesas, quanto à necessidade de produzir outras provas.

Consoante reiteradas decisões, a ausência de intimação específica para os fins de diligência, constituiu nulidade relativa alegável por ocasião das alegações escritas, artigo 500 do CPP.

Sobre o tema, permito-me reproduzir:

STJ-020823) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. IMPROCEDÊNCIA. DEFESA PRÉVIA. NÃO OFERECIMENTO. FACULDADE DO RÉU. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIA. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. CPP, ART. 217. DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA A FASE DO 499, DO CPP, NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO - A falta de intimação da defesa para a fase do artigo 499, do CPP, consubstancia nulidade relativa, que deve ser alegada no ensejo próprio, sob pena de ser sepultada pela preclusão. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade. Ministros Fontes de

Alencar, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. (Habeas Corpus nº 10014/SP, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal. j. 02.03.2000, Publ. DJU 27.03.2000, p. 135)

STF-001097) NULIDADE - DILIGÊNCIAS - ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - INTIMAÇÃO. Constatando da ata em que, ouvidas as testemunhas à intimação da acusação e da defesa para a fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, descabe cogitar de nulidade em decorrência da circunstância de o cartório não haver aberto vista e formalizado nova intimação. (Habeas Corpus nº 69135/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio. j. 10.11.1992, DJU 16.04.93).

STF-001421) VÍCIO DE PROCEDIMENTO - SENTENÇA SILENTE QUANTO À REGRA DO ARTIGO 29, § 1º, DO CÓDIGO PENAL - AFASTAMENTO PELO ÓRGÃO REVISOR - CONSEQÜÊNCIAS. DILIGÊNCIA - ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADE. A declaração de nulidade pela inobservância da regra do artigo 499 do Código de Processo Penal pressupõe requerimento de diligência. Se no prazo assinado nada se pleiteou, impossível é dizer-se da pecha. (Habeas Corpus nº 70205/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio. j. 04.05.1993, DJU 04.06.93).

STF-003042) HABEAS CORPUS. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a falta de intimação da defesa para requerer diligências na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal é causa de nulidade relativa, que só deve ser decretada, se for comprovada a existência de prejuízo e desde que alegada oportunamente. (Habeas Corpus

nº 72907/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves. j. 17.10.1995, DJU 22.03.95, p. 8207).

Dito isso, passo ao exame:

1. Sobre a Preliminar de Inépcia da Denúncia:

Aos réus foram imputados os delitos de *Abuso de Autoridade, restando minudentemente descritas as condutas de violação de domicílio, de atentado contra a liberdade de locomoção, de atentado à incolumidade física.*

A sustentação da Defesa, dos réus A., S. e V., de inépcia, porquanto não descrito suficientemente o fato típico criminoso que teria sido praticado, *não procede minimamente*, bastando não tão atenta leitura aos termos da peça incoativa.

O artigo 150 do Código Penal menciona que não só a casa em si é protegida, mas também todas as suas dependências, como, inclusive, é indiferente a qualidade do morador, se proprietário ou locatário, bastando que ali resida, a expressão “casa” compreende, qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou qualquer compartimento não aberto ao público.

In casu, pois não há do que se cogitar de ausência de elementos capazes de proporcionar pleno conhecimento da acusação e a mais ampla defesa, aliás efetivamente exercida.

Sobre o tema, a propósito, permito-me reproduzir ementa do seguinte aresto:

“Não se exige da denúncia menção de circunstâncias periféricas, mormente quando propiciado ao acusado o exercício da ampla defesa. Menção precisa da época em que praticado os delitos, local, identificação das vítimas..”. Apela-

ção-Crime nº 294154190 – 4ª Câmara Criminal do TARGS – Rel. Juiz de Alçada Tupinambá Pinto de Azevedo. (JULGADOS 94/95).

Afasto, pois, a preliminar sustentada pela defesa de A., S. E V..

2. DA IMPUGNAÇÃO DE DOCUMENTOS:

Na interpretação do artigo 232 do CPP, consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

A irresignação das Defesas quanto aos documentos não autenticados, não tem o mínimo respaldo. Aliás, os próprios trouxeram já desde a defesa prévia inúmeros documentos igualmente sem autenticação formal, mas nem por isso falsos e/ou inautênticos.

Note-se, por exemplo, nas fls. 17 a 201 do I Volume, foram juntados documentos em 20 de agosto de 1998, e a Defesa sequer manifestou oposição nas várias oportunidades que teve de se manifestar nos autos.

Não há de se falar surpresa quando se tem vista e direito ao contraditório.

Portanto, infundada a argumentação, pelo que indefiro o pedido preliminar de impugnação de documentos.

3. PASSO AO EXAME DO MÉRITO: ABUSO DE AUTORIDADE:

Pertinente aos fatos 1, 2, 3, 4 e 6, que se referem aos crimes de Abuso de Autoridade, decorrente do tempo transcorrido deixo de proceder a análise de mérito das condutas, visto que prescrita a pretensão punitiva do Estado.

Com efeito, a conduta delituosa prevê sanção penal em abstrato de – detenção de 10 dias a 6 meses – em conformidade com o artigo 6º, § 3º, letra b, da Lei nº 4898/65, e tendo o último marco

interruptivo da prescrição (recebimento da denúncia) ocorrido em 02 de setembro de 1998, em consonância com o artigo 109, VI, do Código Penal, *OPE-ROU-SEA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO*, o que declaro neste momento com base no artigo 61 do Código de Processo Penal.

FATO 5:

DOS CRIMES DE TORTURA:

Refere-se ao crime de Tortura em que são acusados os réus J. F. M., A. L. T., S. P. M., V. V. e A. L. R. S..

A figura típica refere constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental – artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.455/97.

A prova material:

A materialidade está comprovada pelos laudos de lesão corporal de fls. 1.258 e 1259. A vítima S. W., conforme já salientado no relatório, não foi submetida ao exame de corpo de delito, pelo que se desconsidera tal ação delituosa.

A prova oral:

A vítima C. W. referiu, fls. 3.070/3.072:

por volta da meia noite foram levados para a Delegacia de Iraí... Foi levado para última salinha da Delegacia de Iraí, ouviu um estouro e um grito que reconheceu como sendo de seu irmão S., isso por volta da uma da madrugada. Após percebeu um vulto se aproximando, levou um golpe de colete à prova de bala, na cabeça, sendo que nesse momento caiu o seu capuz e viu que quem tinha desferido o golpe fora o Delegado J. e que o golpe quebrara sua dentadura, caindo um pedaço. Após ter caído, diz que os policiais começa-

ram a lhe dar choques com um aparelho portátil, com exceção do policial T. que diz que não lhe encostou a mão. Diz que recebeu choques nos ouvidos, embaixo dos braços, nos órgãos genitais.

No meio da madrugada chegou a vítima A., com uma sacola de supermercado na cabeça, o policial V. puxou a pistola, mostrando tê-la carregado e colocando na cabeça de A..... A. só chorava.

A vítima S. W. referiu, fls. 3.073/3.074:

....por volta da meia-noite foram levados para Iraí, sendo levados para a Delegacia. Na Delegacia, o depoente ficou na parte da frente e os outros foram levados para os fundos... o Delegado J. deu com um caixote na cabeça do depoente, o declarante caiu... ficou ali na frente somente escutando os gritos dos outros lá atrás.

Diz que ficou cortado na cabeça...que em dado momento o policial T. colocou os braços na frente para impedir que batessem mais no declarante, que o policial T. estava lhe defendendo.

Que estavam naquela noite todos os réus com exceção do policial A.. Referiu também que as vítimas C. e A. estavam com a cabeça que é um “tambor”, tinham sangue nos ouvidos.

A vítima A. V. relatou, fls. 3.098:

...não sabe como está vivo, disse que os acusados diziam que queriam matá-lo devagarzinho.

Importante salientar o consignado pelo Juiz que presidia a coleta do depoimento, quanto à vítima ter-se emocionado várias vezes, quase chorando, fl. 3.098.

As testemunhas:

A. M. B. M., fls. 3.076/3.077, referiu:

... indo até a Delegacia verificou que lá estava preso A. (vítima), que ele estava sentado, algemado, em uma sala, que A. desmaiou e neste momento o policial S. (réu) acordou-o a chutes e pontapés. A vítima lhe relatou que havia sido torturado, e que não sabia o motivo por que estava lá, que não foi oportunizado à vítima entrar em contato com a família. A depoente pediu para que os policiais levassem A. ao médico, em face do estado de saúde, o que não foi atendido especificamente pelo policial S.. A depoente diz que a razão do desmaio do seu cliente (vítima) deveria ser por estar muito fraco em virtude da falta de alimentação e da violência sofrida...

Ora, nem mesmo na presença da Advogada, o réu S. se intimidava, certamente crente na sua impunidade.

J. U. S. L. referiu, fls. 3.078/3.079:

...em uma manhã por volta das oito e meia, a esposa da vítima S. W., procurou a depoente em seu escritório relatando que seu marido e um cunhado tinham sido presos e que não mais souberam notícias deles. Passou então a ligar para Delegacias da região à procura deles, presídios e Fórum e em nenhum desses lugares sobre do paradeiro das vítimas. No mesmo dia à tarde veio até a Delegacia de Planalto junto com seu pai e, ao empurrar uma porta, lá encontraram C. e mais dois...

As vítimas foram levadas para a Delegacia de Alpestre, lá a Dra. A. B. chegou a pedir para que levassem seu cliente A. para o hospital, por este ter sofrido um desmaio, o que foi negado pelo réu S.

A declarante constatou que as vítimas estavam bem machucadas”.

A testemunha L. C. B. T. referiu, fls. 3.086:

Nunca viu os réu agredirem alguém, mas soube por um preso que este havia apanhado tanto que acabou ficando impotente. Soube pela Brigada militar que os policiais chegaram a jogar água com Quiboa (alvejante) nos olhos de um preso.

C. G. L. P., Juíza de Direito da Comarca de Planalto na época dos fatos, referiu, fls. 3.112/3.113:

....na sexta-feira pela manhã, após o acontecimento dos fatos de tortura, quando os presos foram apresentados para a depoente, um deles de sobrenome W., e outro a depoente não lembra o nome, mas era moreno, lhe relataram que estavam presos desde quarta-feira, (porém a depoente somente tinha deferido o mandado de prisão das vítimas na quinta-feira após às 18h30), sendo que apenas na quinta-feira de madrugada foram levados para a Delegacia de Iraí, que era titulada pelo Delegado J. que substituíra na cidade sob jurisdição da depoente.

Disseram que quem mais agredia era o Delegado J. e o inspetor S. As agressões eram feitas com os coletes à prova de balas, que eram dadas na cabeça dos presos, além de possuir uma máquina de dar choques, que funcionava a manivela, cujos fios eram conectados nas orelhas, nas nádegas e nos órgãos genitais, referindo que os choques chegavam a provocar desmaios. Também foram ameaçados com revólveres, sendo que os policiais pegavam armas e colocavam em suas cabeças. A depoente tomou por termo as declarações dos presos e procurou examiná-los na presença do Promotor e de mais

dois advogados, constatando que o moreno apresentava uma lesão na orelha e arranhões no pescoço e havia um lábio inchado com lesão.

Também referiram que o Inspetor T. não bateu neles e pedia para que os outros parassem.

Lembra que foram três os presos na quarta-feira e que os três foram agredidos pelos policiais.

C. E. M. M., Promotor de Justiça, da Comarca, na época, referiu, fls. 3.123/3.124:

Quando assumiu a Comarca de Planalto ouviu comentários de advogados e do próprio Juiz de Direito de que pairavam fortes suspeitas de que o Delegado J. F. M., utilizasse tortura.

Sobre o fato em análise relata que no dia da apresentação, ou seja na sexta-feira pela manhã, os presos (vítimas) ficaram constrangidos com a presença de um policial civil na audiência e nada falavam. Foi quando a Juíza determinou a saída do policial, que os presos iniciaram a chorar e a contar que tinham sido vítimas de torturas.

No mesmo dia ficou sabendo que os réus tinham sido presos sem o respectivo mandado.

A Delegacia de Polícia de Iraí estava uma verdadeira casa de terrores.

Os réus relataram que haviam recebido choques elétricos no escroto e no ânus. Os réus choravam como crianças.

R. W. referiu, fls. 2.688/2.689:

Que também foi torturado pelo Delegado J., em meados do ano de 1994.

Observe-se, que o Juiz que presidiu a coleta do depoimento de R., fez consignar que o “depoente chorava convulsivamente ao contar o ocorrido”.

Isso demonstra que os Fatos de Tortura noticiados na presente denúncia em julgamento não foram isolados.

Como se vê, os relatos são uníssonos - tanto de parte das vítimas quanto das testemunhas, que de uma ou outra maneira tomaram ciência dos fatos - no sentido de a responsabilidade pelos atos de tortura fora do Delegado J., que tinha não só a atribuição de investigação policial, por ser a Autoridade Policial, como também hierarquia sobre os demais policiais para que participaram dos atos de violência.

Necessário, no entanto, que se identifique se, além do Delegado J., todos os demais policiais denunciados pelos atos de tortura merecem a responsabilidade penal.

O próprio Delegado J. assevera a isenção de responsabilidade de A. ao referir em seu interrogatório, fl. 2.589, que ele não estava junto naquela noite.

Assim, de plano, é de se excluir responsabilidade penal atribuída ao réu A., forte no artigo 386, IV do CPP.

Tocante ao Policial A. T., embora sob as ordens do Delegado J., negou-se à prática de atos violentos, conforme dito pelas próprias vítimas C. W. e S. W., que destacaram em seus depoimentos que T. não os torturou, e até os defendeu, conforme se vê pelas fls. 3.070 e 3.073, respectivamente.

Já, pertinente aos réus S. e V., seguidores do Chefe Delegado J. praticaram diretamente atos de violência torturando as vítimas, conforme detalhado pelos ofendidos.

Especificamente tocante ao S., certamente imbuído no sentimento de impunidade, no dia seguinte aos atos de violência, mesmo na presença da Advo-

gada de uma das vítimas, A. B., novamente agrediu A. e recuso-se a encaminhá-lo ao Hospital, conforme fl. 3.076.

Não se trata de situação que reflita cometimento de crime em razão de cumprimento de ordem de autoridade superior, por ordem ilegal não se pode cumprir.

Nesse norte, embora a responsabilidade maior pelos atos de violência seja do Delegado J. – pois, além de praticar diretamente os atos de truculência, valia-se de seu poder hierárquico sob os demais, não se pode afastar a responsabilidade daqueles que se prestaram a atos de tamanha violência, justamente por aqueles de quem se espera a proteção.

Ninguém está acima da lei.

Procede, pois, parcialmente a Ação Penal, para responsabilizar J. F. M.; S. P. M.; e V. V. por incursos nas sanções do artigo 1º, inciso I, *a*, combinado com o parágrafo 4º, da Lei nº 9.455/97, na forma do artigo 29, *caput* e 69, *caput*, ambos do Código Penal, (por três vezes)

Passo a aplicar as penas.

Esclareço que, reconhecidas torturas em duas vítimas, aplicarei a pena observado o regramento do concurso material, artigo 69, *caput*, do Código Penal.

Para o réu J. F. M.

Pleno entendimento da ilicitude, exigível em grau elevado comportamento diverso, ainda mais de quem se exige combate à violência, motivado pelo sentimento de maldade, circunstância de relevo na medida em que se aproveitou da condição profissional e da estrutura do próprio Estado para a barbárie, consequência de expressivo significado de

dor às vítimas, cabendo, pois, pena exasperada, pelo que fixo a pena base em 6 anos de reclusão.

Reconhecido tratar-se de Agente Público, na forma do parágrafo 4º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, aumento a pena em 1/3, ou seja, 2 anos de reclusão, resultando a pena privativa de liberdade em 8 anos de reclusão.

Sem outras operadoras a observar, para cada fato, a pena privativa de liberdade vai fixada em 8 anos de reclusão, resultando, então, em 16 (dezesesseis) anos de reclusão a pena privativa de liberdade.

Como pena assessória, decreto a perda do cargo público, observado o regramento do artigo 1º, parágrafo 5º, da aludida Lei nº 9.455/97.

Para o réu S. P. M.

Pleno entendimento da ilicitude, exigível em grau elevado comportamento diverso, ainda mais de quem se exige combate à violência, motivado pelo sentimento de maldade, seguindo passos de seu Chefe, mas cujas ordens poderia e deveria descumprir, circunstância de relevo na medida em que se aproveitou da condição profissional e da estrutura do próprio Estado para a barbárie, consequência de expressivo significado de dor às vítimas, cabendo pois, pena exasperada, pelo que fixo a pena base em 4 anos de reclusão.

Reconhecido tratar-se de Agente Público, na forma do parágrafo 4º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, aumento a pena em 1/3, ou seja, 1 ano e 4 meses de reclusão, resultando a pena privativa de liberdade em 5 anos e 4 meses de reclusão.

Sem outras operadoras a observar, para cada fato, a pena privativa de

liberdade vai fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, resultando, então, em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão a pena privativa de liberdade.

Como pena acessória, decreto a perda do cargo público, observado o regramento do artigo 1º, parágrafo 5º, da aludida Lei nº 9.455/97.

Para o réu V. V.

Pleno entendimento da ilicitude, exigível em grau elevado comportamento diverso, ainda mais de quem se exige combate à violência, motivado pelo sentimento de maldade, seguindo passos de seu Chefe, mas cujas ordens poderia e deveria descumprir, circunstância de relevo na medida em que se aproveitou da condição profissional e da estrutura do próprio Estado para a barbárie, conseqüência de expressivo significado de dor às vítimas, cabendo pois, pena exasperada, pelo que fixo a pena base em 4 anos de reclusão.

Reconhecido tratar-se de Agente Público, na forma do parágrafo 4º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97, aumento a pena em 1/3, ou seja, 1 ano e 4 meses de reclusão, resultando a pena privativa de liberdade em 5 anos e 4 meses de reclusão.

Sem outras operadoras a observar, para cada fato, a pena privativa de liberdade vai fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, resultando, então, em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão a pena privativa de liberdade.

Como pena acessória, decreto a perda o cargo público, observado o regramento do artigo 1º, parágrafo 5º, da aludida Lei nº 9.455/97.

### III- DISPOSITIVO

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a Ação Penal, para

declarar a extinção da punibilidade de todos os réus em relação aos crimes de abuso de autoridade, o que faço com base no artigo 109, VI, do Código Penal, combinado com o artigo 61 do CPP; absolver os Réus A. L. T., e A. L. R. S., da imputação que lhe foi feita, artigo 1º, inciso I, letra “a”, da Lei 9.455/97, o que faço com suporte no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal; e condenar

J. F. M. à pena privativa de liberdade de 16 anos de reclusão, por incurso nas sanções do artigo 1º, inciso, I, letra *a*, e parágrafo 4º, inciso I, da Lei nº 9.455/97, observado os artigos 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal; e a pena acessória de perda do cargo público, com base no artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 9.455/97;

S. P. M. à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por incurso nas sanções do artigo 1º, inciso, I, letra *a*, e parágrafo 4º, inciso I, da Lei nº 9.455/97, observado os artigos 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal; e a pena acessória de perda do cargo público, com base no artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 9.455/97.

V. V. à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por incurso nas sanções do artigo 1º, inciso, I, letra *a*, e parágrafo 4º, inciso I, da Lei nº 9.455/97, observados os artigos 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal; e a pena acessória de perda do cargo público, com base no artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 9.455/97.

Todos os réus cumprirão as penas privativas de liberdade em regime inicial fechado, em consonância com o artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei nº 9.455/97,



em Estabelecimento Prisional a ser definido por ocasião da execução.

Independente do trânsito em julgado, comunique-se ao Ouvidor da Justiça e Segurança, conforme pedido de fl. 3.387. Igual providência ao Senhor Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, e ao Senhor Chefe de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul.

Custas processuais calculadas por metade, pelos réus condenados, sendo 2/3 por conta do réu J. e 1/3 em partes iguais aos demais réus condenados.

Após o trânsito em julgado:

a) expeça-se a ficha Poder Judiciário-30;

b) remeta-se o Boletim Estatístico ao Departamento de Informática Policial;

c) comunique-se o TRE;

d) forme-se o PEC definitivo.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Planalto, 07 de abril de 2003, coincidentemente 6º aniversário da Lei que combate a Tortura.

**Gilberto Pinto Fontoura** – Juiz de Direito.

---

**Processo nº 116/2.42.0000524-6 – Absolvição Sumária.**

**Comarca de Planalto**

**Autor: Ministério Público**

**Réu: A. S.**

**Juiz: Gilberto Pinto Fontoura**

**Data: 14 de abril 2003.**

---

*Absolvição Sumária. Inconstitucionalidade do reexame necessário. Prejudicada análise do crime conexo.*

Vistos.

I- Relatório

O Ministério Público denunciou A. S., brasileiro, separado, aposentado, com 50 anos de idade à época do fato, filho de T. L. S. e M. B. S., residente e domiciliado em, Planalto– RS, como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*, combinado com artigo 14, II, do Código Penal, e como incurso nas sanções do artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

Fato 1:

“No dia 06 de novembro de 2001, por volta das 12h30min, no Bairro G., em Planalto, o denunciado, mediante disparos de arma de fogo, apreendida conforme auto de apreensão da fl. 13 e verificação de funcionamento fl. 39, deu início ao ato de matar a vítima V. G., causando-lhe as lesões descritas no atestado médico de fl. 15”.

Na ocasião, a vítima foi até a residência de seu sogro, A. S., com o intuito de se acertar com sua esposa, I. S. . I. disse-lhe que não voltaria para casa com ele, ao que V. passou a arremessar pedradas contra a casa, momento em que o denunciado efetuou o disparo de arma de fogo que atingiu a vítima”.

Fato 2.

Nas mesmas condições de data e local, o denunciado possuía a garrucha de fabricação artesanal, de 50 cm de comprimento, com carga de 4 chumbos e pólvora, apreendida e periciado o funcionamento fls. 13 e 39, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A denúncia foi recebida em 29/01/2002, fl.02

Regularmente citado fl. 45, verso, foi interrogado, fls. 46/47, ocasião em que disse não ter querido matar a vítima somente queria assustá-la para que fosse embora. Foi-lhe nomeado Defensor dativo o Advogado A. S., aportou a defesa prévia, fl. 50.

Durante a instrução, foram inquiridas duas testemunhas e a vítima fls. 57/61.

Encerrada a instrução, foi aberto o prazo do artigo 406, momento em que o Ministério Público requereu a absolvição sumária do réu com fulcro no artigo 411 do Código de Processo Penal quanto ao delito de tentativa de homicídio e a condenação pelo delito de posse ilegal de arma de fogo fls. 63/72; enquanto que a defesa propugnou pela absolvição do denunciado, fls. 73/74.

Assim vieram os autos conclusos para Sentença.

Relatei. Decido.

II- Fundamentação

Examino o delito prevalente - dolo - contra a vida -

A materialidade está comprovada pelo atestado médico juntado de fl. 15, que assevera ter a vítima sofrido lesões.

A., em seu interrogatório fl. 46/47 admitiu ter efetuado um disparo com a arma de fogo, mas diz que não viu se acertou a vítima, também disse que o disparo foi acidental, pois queria só assustar a vítima que estava a jogar pedras na residência. Declarou que a vítima convivia maritalmente com sua filha I. porém batia muito nela; que I. buscou abrigo em sua casa; que no dia dos fatos a vítima queria levar a filha do depoente à força e que na recusa começou a jogar pedras na casa e tentava invadi-la. Afirma que não viu se acertou V., pois tem sérios problemas de visão.

V., então vítima, em seu depoimento de fl. 59 afirmou que havia brigado com sua esposa I., filha de A. (réu) e que foi até a casa do réu para buscá-la, refere que discutiu com o réu e que passou a jogar pedras na casa onde o réu estava, e que neste momento o réu foi na janela com a arma e que ao desviar-se de uma pedra o réu atirou, disse que foi a primeira vez que teve problemas com o réu, que sabe que o réu tem problemas de visão.

A testemunha I., em seu depoimento fl. 60, confirmou que é filha do réu e esposa da vítima, e que no dia dos fatos ela saiu de casa porque havia discutido com o marido e foi para a casa de seu pai, e que mais tarde seu marido lhe procurou, no entanto não quis acompanhá-lo, resultando então que V. passou a jogar pedras na casa, tentando invadi-la e seu pai parta a defesa da família acabou por desferir um tiro.

A testemunha I. L. S., fls. 57/58, policial militar que atendeu a ocorrên-

cia, declara em seu depoimento que a casa de A. estava toda apedrejada e que a vítima V. é um sujeito baderneiro e que quando bebe fica violento. Aduziu desconhecer fato desabonador à conduta do réu A..

Inquestionável que a vítima foi quem deu início ao conflito e que o réu valendo-se dos meios de que dispunha, e com moderação, tentou defender sua família, presentes então os requisitos alinhados no artigo 25 do Código Penal que trata da legítima defesa.

A prova é clara, uníssona e estreme de dúvidas, impondo, pois, a absolvição sumária.

Recurso oficial:

Não obstante o regramento, e mesmo sabedor de posicionamentos em sentido de permanência de tal regra, entendo que após a Constituição de 1988, que deu ao Ministério Público a autonomia da Ação Penal Pública Incondicionada, artigo 129, não mais prevalecer tal dispositivo.

A propósito permito-me transcrever o voto do eminente Desembargador José Eugênio Tedesco, hoje Presidente do Tribunal, publicado na revista de Jurisprudência do TJRS, 157/103:

*“...Eu sigo uma tese e não consegui convencer ao contrário, ainda, a respeito do recurso de ofício. Após a Carta Política de 1988, que deu ao Ministério Público a autonomia da acusação, a titularidade da ação penal, parece-me que, quando o juiz absolve, ele, ao recorrer de ofício, está fazendo uma nova acusação. É como antes, nós baixando uma portaria, por acidente de trânsito ou contravenção, estávamos acusando. E, se o Ministério Público se conformou com aquela decisão, eu não vejo razão*

*para o segundo grau reexaminar, com possibilidade, inclusive, de condenar. Então, fica muito difícil: se o titular da ação penal é o Ministério Público, se o Magistrado e o Delegado de Polícia não podem mais dar início a qualquer tipo de ação penal, qual a razão de se manter o recurso oficial? E é por isso que eu, com a máxima venia, sou vencido, pois continuo com a tese de não conhecer do recurso oficial”.*

Com estas colocações, deixo de encaminhar o recurso oficial.

#### Crime Conexo:

Neste momento descabe análise do crime conexo, pois a absolvição sumária restringe-se ao crime doloso contra a vida.

Sobre o tema, a propósito, permito-me transcrever:

“Tratando-se de conexidade do delito de competência do Júri com outros, do juiz singular, a absolvição sumária não pode abranger todos. O juiz só pode absolver sumariamente o réu da imputação do crime doloso contra a vida. Quanto aos outros, só pode julgá-los

após trânsito em julgado daquela decisão (RT512/361 e 362 e 556/310). Assim, suponha que um réu esteja respondendo por tentativa de homicídio e outro, por roubo. O juiz não pode, na mesma sentença, absolver sumariamente o primeiro e absolver o segundo, p. ex. em face da precariedade de prova (RT 496/287 e 474/299). Vide Hermínio Alberto Marques Porto, Júri, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 61, e RT 583/335. (In Jesus, e. Damásio, Código de Processo Penal, Anotado, Ed. Saraiva, 8ª edição, 1990, p. 267.)

#### III- Dispositivo

Em face do exposto, Absolvo Sumariamente o réu A. S., da imputação do artigo 121, *caput*, c/c 14, II, do Código Penal, o que faço com base no artigo 25 do Código Penal c/c artigo 411 do Código de Processo Penal.

Sem recurso voluntário, voltem para análise do delito conexo.

P.R.I.

Planalto, 14 de abril de 2003.

**Gilberto Pinto Fontoura** – Juiz de Direito

---

**Inquérito Policial nº 28899150921-A - Furto Qualificado. Art. 155, parágrafo 4º, IV, C.P..**

**Comarca de Jaguarão**

**Autora: Justiça Pública**

**Réus: R. D. G.**

**T. P. S.**

**Juiz prolator: Orlando Faccini Neto**

**Data: 14 de abril de 2003.**

---

*Furto Qualificado. Art. 155, parágrafo 4º, IV, C. P.*

Vistos etc.

O representante do Ministério Público em atuação nesta comarca ofereceu denúncia em face de R. D. G. e T. P. S., qualificados à fl. 02, alegando, em suma, que, no dia 02 de junho de 1999, em horário incerto, na rua G. E., em Porto Alegre, os réus subtraíram, para si um veículo marca Fiat Prêmio, placas XXX 0000, pertencente a N. L. G..

Assim agindo, estariam incursos nas sanções do art. 155, parágrafo 4º, IV, do Código Penal.

Inquérito Policial encartado aos autos, constando, de relevante, o auto de apreensão de fl. 07 e o auto de avaliação (fl. 54).

A denúncia foi recebida em 11.06.1999.

Os réus foram citados e interrogados (fls. 79 e 88/9), ofertando defesas prévia (fls. 82 e 97).

Em instrução, foram ouvidas três testemunhas de acusação (fls. 103/5).

Houve aditamento à denúncia (fls. 133/4), o qual foi recebido (fl. 136).

Vieram os documentos de fls. 139/140.

Os acusados foram novamente interrogados (fls. 148/9).

Atualizados os antecedentes (fls. 153/6), na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal a defesa postulou a oitiva de testemunhas, o que foi indeferido (fls. 158 e 159 e verso).

Em alegações finais, o Ministério Público postulou a condenação dos réus nos termos do aditamento à denúncia, ao passo que os acusados, em extensa e profunda peça processual, sustentaram a insuficiência da prova, impugnando o aditamento à denúncia e que daí se extrai prejuízo à defesa. Sustentaram, ainda, ser descabido o pleito de prisão formulado pelo autor em suas alegações finais.

É o relatório.

Decido.

Afasta-se a tese de nulidade invocada pelos réus.

Depreende-se dos autos que originalmente os acusados foram denunciados pelo delito previsto no artigo 155, parágrafo 4º, IV, do Código Penal.

Referida denúncia, recebida, deveras não primou pela boa técnica. Discrepante se revelou do apurado na fase policial e, especialmente, imputou delito aos réus que sucedera em Porto Alegre, de maneira que se teria, modo inequívoco, a configuração de incompetência em razão do lugar.

Tramitou o processo, com inquirição de testemunhas e interrogatório dos réus

e, em seu ponto culminante, qual seja o de oferecimento de alegações finais, houve o representante do Ministério Público por bem aditar a peça incoativa.

Fê-lo, entretanto, sem revolver o suporte fático em que até então se fundara a acusação. Nada lhe acrescentou, pois, a não ser o enquadramento típico na forma em que se lhe alvitrou correto.

Poder-se-ia cogitar despiciendo o aditamento à denúncia na espécie, em vista do artigo 383 do Código de Processo Penal, com o qual, sabe-se, consagra-se o axioma de que o acusado se defende de fatos lhe imputados e não da capitulação jurídica que se lhes dá.

Não obstante, o aditamento à denúncia foi recebido (fl. 136), procedendo-se a novo interrogatório dos réus (fls. 148/9).

Em vista disso, e já aqui enfocando o sucedido sob o abrigo do artigo 384 do Código de Processo Penal (fl. 147), franqueou-se a oitiva de testemunhas arroladas pelos acusados, os quais, livres de qualquer peia, informaram dispensável intimá-las, dado que as trariam à audiência aprazada. Não o fizeram, no entanto, encerrando-se a instrução (fl. 151).

Pugnaram, na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, pela oitiva de tais testemunhas, havendo indeferimento (fl. 159).

Nesta perspectiva, estão a argüir a nulidade do feito.

No que concerne a não oitiva das testemunhas pretendidas pela defesa, calha salientar que a Constituição da República, ao consagrar a ampla defesa, não a afasta de princípio maior, que é o do devido processo legal. Regras há a serem atendidas, sob pena de, ao

argumento de tutelar de modo total os interesses dos acusados criminalmente, termos por findos todos os processos em decorrência da prescrição.

Os acusados não respeitaram as regras do processo.

Arrolaram intempestivamente testemunhas, cuja oitiva se indeferiu (fl. 111). Posteriormente, como ressaltado, comprometeram-se a trazer referida prova independente de intimação e olvidaram a assertiva.

Compactuar com tal situação representaria procrastinar o andamento do feito, já tumultuado, olvidando-se que a regra da preclusão não restou afetada pela consagração constitucional da ampla defesa. Tivesse tal princípio constitucional a estatura pretendida pelos réus, sequer se poderia falar em limitação do número de testemunhas a serem arroladas por cada parte. Trata-se, em suma, de caso em que a própria defesa não diligenciou na forma em que asseverara para a produção da prova. Sua inércia não lha pode beneficiar – artigo 565 do Código de Processo Penal.

Em relação ao aditamento à denúncia, outrossim, nenhum prejuízo aos réus há.

Consoante se tem afirmado:

“ Reconhece-se pacificamente ao Ministério Público o direito não só de corrigir as falhas e omissões da denúncia, de acordo com o artigo 569 (nesse caso pode se tratar de mera retificação de dados circunstanciais, de data, lugar etc), como de promover seu aditamento, a qualquer tempo, durante a instrução ” (Julio Fabbrini Mirabete, *in* Processo Penal, Ed. Atlas, 6ª ed., p. 133).

Na espécie vertente, repita-se, após o aditamento à denúncia, procedeu-se a

novo interrogatório dos acusados e se lhes franqueou a manifestação, realizada por intermédio da petição de fl. 150.

Nota-se, destarte, que deveras se ampliou a tutela conferida em casos assemelhados, na forma do artigo 384, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Em outros termos, tem-se como certo que se, ao ensejo da sentença, vislumbra o juiz que da prova produzida exsurgiu circunstância fática a ensejar capitulação diversa da alvitada pelo Ministério Público, da qual decorra pena mais grave, baixará o processo ao *Parquet*, para aditamento. Por óbvio que, conferida ao magistrado essa possibilidade, nada impede, antes aconselha, à luz do monopólio que detém da ação penal, realize o aditamento o órgão do Ministério Público independente de para tal ser instado. A partir daí, abre-se prazo de manifestação para a defesa, que poderá arrolar testemunhas. Isso foi exatamente o que sucedeu nos autos, com o acréscimo de que, ademais, interrogou-se os acusados.

Ou seja, sempre e sempre resguardados estiveram no sagrado direito de se defender.

Já em 1951 a jurisprudência afirmava, no ponto:

“ O que importa é que a defesa não seja surpreendida e prejudicada. Se o réu tem ciência completa da acusação que lhe é feita, e se defende eficientemente, não há porque invalidar a peça de acusação, em nome de um formalismo exagerado e obsoleto ” (TJSP – Acrim. 34.070 – j. 14.08.1951 – Rel. Des. Laurindo Minhoto).

De modo que se passa à análise do mérito.

O pedido é parcialmente procedente.

O réu R. D. G., no exercício de sua atividade comercial, recebeu o veículo descrito na denúncia, sendo que em decorrência de sua atuação comercial, deveria saber que se tratava de produto de crime.

A materialidade do fato descrito na denúncia resulta cristalina do auto de apreensão alçado à fl. 07 dos autos.

A autoria é, no pertinente ao acusado R., outrossim, indubitosa.

Em seu interrogatório o réu confirmou que atuava no ramo comercial relativo a automóveis. Segundo disse, à fl. 148: “ *na época dos fatos eu tinha uma oficina mecânica. Eu trabalhava com carros* ”.

Todavia, o acusado nega a autoria do fato lhe imputado, dizendo-se perseguido pelos policiais.

Anote-se, em primeiro lugar, que suas próprias manifestações no processo consagram um sofisma. À fl. 148 asseverou que “ *nunca vi ou recebi em meu estabelecimento o carro mencionado na denúncia* ”. Já à fl. 88 dissera, noutro enfoque, que “ *estava em sua oficina mecânica e era feriado. Depois do meio dia apareceu um casal com uma filha pequena solicitando o conserto de um carro* ”.

Em segundo lugar, diga-se, desde logo, que a prova produzida o incrimina e não se há de infirmá-la pelo simples fato de emanar de policiais.

Lê-se, com efeito, em doutrina:

“ não é possível a afirmação de suspeita, pela mera condição funcional; ademais, por serem agentes públicos, também gozam da presunção de legitimidade, atributo dos atos praticados pela

administração pública ” (*in* Curso de Processo Penal, 3ªed., Ed. Saraiva, p. 274).

Deveras, se há de emprestar credibilidade ao depoimento dos policiais que efetuaram a prisão do réu, não lhes tornando írritos, pois, a condição funcional que ostentam, máxime se ausente qualquer elemento de convicção no sentido de que almejavam prejudicar, por qualquer razão que seja, o acusado.

Assim decide o Supremo Tribunal Federal:

“ O valor de depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes policiais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ” (STF – HC 73518.5 – Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.10.1996).

“ A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita ” (STF – HC 70.237 – Rel. Carlos Velloso – RTJ 157/94).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decide de forma semelhante. Veja-se:

“ O agente de segurança é recrutado mediante concurso público para atuar em prevenção e repressão à criminalidade e não é sensato negar-lhe crédito quando, perante o mesmo Estado que o contratou, relata atos de ofício ” (TJSP

– AC 205162-3/4 – Rel. Jarbas Mazzoni – RT 733/566).

“ Não basta sejam funcionários da polícia para que se rejeite os seus depoimentos como fonte de prova. Aliás, seria um contra-senso o Estado credenciar pessoas para a função repressiva e negar-lhe crédito quando dão conta de suas diligências ” (TJSP – AC – Rel. Silva Leme – RT 417/94).

Não discrepa dos arestos colacionados a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cita-se:

“ Salvo demonstração em contrário, é válida e eficiente a prova em auto de flagrante constituída do testemunho exclusivo de policiais participantes da diligência, pois as hipóteses de impedimento e suspeição têm previsão legal exaustiva ” (TJRS – HC 691001622 - Rel. Luiz Gonzaga Pia Hofmeister – RJTJRS 151/67).

Em seu depoimento o policial L. F. M. aduziu que, mediante ligação anônima, compareceu ao local do fato e certificou-se da presença do veículo apontado na denúncia. Segundo diz: “ *depois do meio-dia, enquanto observava o movimento, chegaram os réus, que ora reconhece. Os réus deslocaram-se até o local onde estava o veículo e tentaram faze-lo funcionar* ” (fl. 104).

Assegurou, ainda, que como o veículo não funcionou, “ *os réus abriram o capô e mexeram no motor* ”, sem sucesso, todavia. Assim, consoante relata a testemunha, os acusados saíram do local e, ao retornarem, foram presos.

O policial P. F. A. (fl. 103) corrobora a versão dada ao fato pela testemunha sobredita, ao afirmar que “ *no local estava o réu R. embarcando no carro. O*



*pessoal a paisana abordou o réu. (...) R. e o carro foram encaminhados para a delegacia ”.*

De menor relevo, nesta fase, o depoimento de V. R., policial que apenas viu o acusado e o veículo após a efetivação da prisão.

A infirmar, noutra perspectiva, a tese do réu R., está o asseverado pelo acusado T., que revela ter, sim, R., recebido o veículo descrito na denúncia. Veja-se: “ *estava em casa e tinha recém almoçado. Seu patrão, que é dono de um ferrolvelho e mecânico, chegou na casa do depoente para buscá-lo, para ‘fazer um carro pegar’*” (fl. 79). Indicou, este acusado, saber qual o veículo a ser consertado, no que confronta alegação em sentido diverso do réu R..

Deste contexto probatório é que se extrai a condenação do réu R., o qual, segundo se apurou, recebeu o veículo descrito na denúncia, no exercício de sua atividade comercial, devendo saber tratar-se de produto de crime.

Não há qualquer elemento nos autos a conduzir não tivesse o réu na posse do automotor.

Com efeito: “ a apreensão da res furtiva em poder do acusado, que o não justifica razoavelmente, desterra eventual escrúpulo acerca de sua culpabilidade e autoriza-lhe a condenação ” (TACRIM-SP – Ap. – Rel. Carlos Biasotti – RJTACRIM 38/173).

Afora isso, sabida que é a dificuldade de se comprovar delitos de tal jaez tem a jurisprudência encetado raciocínio que, aplicado à espécie dos autos, torna indubitável a responsabilidade do réu R.. *In verbis*:

“ Em tema de receptação, a só posse injustificada da res faria – como no furto

– por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da res furtiva em poder do acusado enseja, indubitavelmente, inversão do ônus da prova ” (TACRIM-SP – Ver. – Rel. Luiz Ambra – RT 728/543).

O exercício de atividade comercial concernente à compra, venda e desmanches de veículos, de outra banda, é também afirmado pelo réu, vindo documentalmentemente comprovado pelos documentos de fls. 44/50.

A questão que se propõe a deslinde, pois, é a pertinente à tipificação do fato enunciado na denúncia.

Consoante estampado na justificativa do Projeto de lei do qual se originou o novel parágrafo 1º do artigo 180 do Código Penal, “ Nos dias de hoje, a receptação simples é insuficiente para coibir a atividade dos chamados desmanches de veículos, jóias, computadores e outros equipamentos. Daí a proposta da figura qualificada, com pena significativamente maior ”(Mensagem nº 784 do Poder Executivo).

Traduz-se o tipo penal em referência naqueles classificados como de formulação alternativa, de maneira que a prática pelo agente de um só dos verbos lá escritos ensancha a incidência da norma.

No caso em análise, a prova dos autos revelou que o acusado recebeu o veículo descrito na denúncia, o qual fora furtado na cidade de Porto Alegre. O tipo objetivo, em decorrência, está aperfeiçoado.

Sucedede que não se há de olvidar o dissentimento jurisprudencial acerca do atinente ao elemento “*deve saber*” do crime previsto no artigo 180, parágrafo

1º, do Código Penal. E aqui uma pequena digressão se impõe.

Autores há que afirmam tratar-se de elemento subjetivo do tipo, propriamente dolo eventual, o qual estaria a abranger o dolo direto, sob pena de quebra do sistema penal, visto que, do contrário, se o agente atuasse com dolo direto, ou seja, com comportamento mais reprovável, sem que tal escólio fosse aplicado, incidiria o “*caput*” do artigo 180 do Código Penal, situação incongruente, para dizer o menos.

Outros, do porte de Damásio de Jesus (in Código Penal Anotado, Ed. Saraiva, 11ª ed., p. 666 e segs.), propugnam que o tipo em referência alberga apenas o dolo eventual, de sorte que, para evitar-se a estranha hipótese de quem atuar com dolo direto obter pena menor do que aquele que atua com mero dolo eventual, dever-se-ia, em qualquer dos casos, aplicar-se a pena prevista no artigo 180 “*caput*” do Código Penal.

Ambos os entendimentos alvitados, *venia concessa*, não se me afiguram os melhores.

Aplicá-los, com efeito, tornaria letra morta a importante alteração imprimida pelo legislador ao crime de receptação, que, praticado por quem exerce atividade de comercial, tem contribuído não apenas para o avanço significativo de crimes patrimoniais, mormente os violentos, mas também facilitado a comercialização de veículos de origem irregular, uma vez que os atuantes na mercancia de automóveis apresentam, aos incautos, maior credibilidade e tino negocial, a ensejar o comércio espúrio.

Se bem que deveras o tipo penal erigido no artigo 180, parágrafo único, do Código Penal não apresente a reda-

ção desejada, de sua análise o que se depreende é que a expressão “*deve saber*” possui a natureza jurídica de elemento normativo do tipo, consubstanciando, destarte, um critério para que o magistrado, diante da hipótese concreta, avalie se o comerciante ou industrial, tendo em conta o conhecimento acerca das atividades que desempenham ou das circunstâncias que o caso revela, tinham ou não a obrigação de conhecer a origem espúria do bem.

Neste passo:

“ os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão o intérprete não pode se limitar a conhecer, isto é, a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve realizar uma atividade valorativa. Não são, portanto, elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor ” (Luiz Luisi, in O tipo Penal, A teoria Finalista e a Nova Legislação Penal, Sérgio Fabris Editor, 1987, p. 57)

E neste ponto é que se há de retornar ao caso concreto. Não é crível que o réu, experiente no ramo de compra, venda e desmanches de automóveis (fls. 45/6), receberia, de boa vontade, veículo sem documentação e pertencente a estranho, que, diga-se, sequer apareceu no feito.

O contraste entre o seu proceder e a conduta que se esperaria de alguém com sua experiência e atribuição profissional revela indubitavelmente a prática do crime narrado na denúncia.

Cita-se:

“ No caso do parágrafo 1º do artigo 180, se o comerciante ou industrial não agiu na certeza, tinha pelo menos dú-

vida sobre a origem da coisa. Trata-se de uma presunção legal de que o agente, diante das circunstâncias fáticas e de suas condições pessoais, não poderia, de forma alguma, desconhecer a origem espúria da coisa recebida. Tal presunção, como se extrai do dispositivo, só existe para as pessoas mais experientes e capacitadas por estarem habitualmente no ramo comercial ou industrial ” (TJSP – HC 314.358-3/9-00 – Rel. Silva Pinto – j. 05.06.2000).

Passa-se, por fim, à análise do fato atribuído ao co-réu, T. P..

O crime do artigo 180, parágrafo 1º, do Código Penal, exsurge como aqueles denominados como próprios ou especiais. Assim, no dizer de Juarez Cirino dos Santos: “ somente podem ser realizados por sujeitos portadores de qualidades descritas ou pressupostas no tipo legal ” (in *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Freitas Bastos Editora, 2ª ed., p. 43).

Na espécie, a qualidade especial pressuposta pelo tipo é a do exercício de atividade comercial ou industrial pelo agente. Trata-se, a toda evidência, de elementar do tipo, que se comunicaria ao acusado T., na forma do artigo 30 do Código Penal, mormente porque ingressou na órbita de seu conhecimento.

Isso, todavia, de ter tido conhecimento o réu T., acusado sob a condição de participe, não sucedeu no concernente ao elemento do tipo, qualificado de normativo, “ *deve saber* ”.

Explica-se: como já foi explanado, tal elemento do tipo aplica-se àquele que no exercício de sua atividade, com os conhecimentos daí hauridos, tem potencial superior de aferição acerca de

origem ilícita de bens. É, pois, elemento de ordem valorativa.

Tal grau de exigência, porém, não se aplica ao réu T., que se qualificou, pela prova produzida, como mero funcionário do acusado R..

No ponto, traz-se à colação o depoimento do policial V. P., que vai ao encontro do que o réu T. já manifestara em seu interrogatório. Cita-se: “ *T. disse que tinha ido ao local para consertar um veículo que estava no estacionamento, a mando de R., seu patrão* ” (fl. 105).

Leciona Damásio de Jesus que: “ as elementares, sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes, desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento ” (in *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 11ª ed., p. 147).

Sendo o acusado T. mero funcionário, de quem não se há de exigir conhecimento maior do que o situado no nível do leigo, e considerando-se não haver demonstração de que se qualificara a ponto de lhe ser exigível “ *dever saber* ” da origem criminosa do veículo apontado na denúncia, ao encontro do qual somente foi porque o réu R., depois de recebê-lo e de não tê-lo feito funcionar, buscou-o para auxiliar no conserto, em vista disso, no ponto, a improcedência da acusação é medida que se impõe.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia e o faço para absolver o acusado T. P. S., com lastro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal e condenar o réu R. D. G., como incurso no artigo 180, parágrafo 1º do Código Penal.

Passo a dosar as penas do réu R. D..

Na análise das circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal -, é

elevado o grau de reprovabilidade da conduta desenvolvida. Sabidamente o delito de receptação nos moldes praticados pelo réu é fator de estímulo à prática de delitos patrimoniais mais graves como o roubo de veículos, por exemplo. Os antecedentes do réu igualmente não são bons. Com efeito, o documento de fls. 153/5 denota envolvimento em várias ocorrências policiais, as quais revelam, quando menos, inadequação ao convívio social e falta de freios inibitórios à prática de condutas ilícitas, mormente patrimoniais. Acrescente-se que o réu registra contra si sentença condenatória pela mesma espécie de delito que o versado nestes autos, sendo que tudo leva a crer que os inquéritos policiais apontados à fl. 154 pertinem, outrossim, a crimes de receptação, o que será oportunamente certificado. Não há elementos para análise de personalidade e nada de revelador da conduta social aportou no feito. A motivação para o cometimento do delito está relacionada com o lucro fácil, sem relevância alguma merecendo o comportamento da vítima.

A pena-base vai, pois, fixada em cinco anos de reclusão e quinze dias multa com valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato – em razão da situação econômica do réu. Torno-a definitiva ante a ausência de causas modificadoras, considerando ser a reprimenda necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime.

Cumprirá a pena em regime inicial fechado, não em decorrência da quantidade de pena imposta, mas, sim e, sobretudo, pela análise desfavorável dos

elementos do artigo 59 do Código Penal.

Embora se me afigure de duvidosa constitucionalidade vincular-se a interposição de recurso à prisão do réu, visto que se há de lhe garantir o duplo grau de jurisdição, de modo que, mesmo em liberdade, poderá apelar, entendo não haja impedimento a, na presente fase processual, analisar-se a necessidade de segregação cautelar, à guisa de prisão preventiva.

Na espécie vertente, como se anotou, o réu é portador de maus antecedentes. Com a prolação de sentença condenatória neste momento, e verificada a situação de prática amiúde de ilícitos pelo acusado a custódia cautelar justifica-se por medida de garantia da ordem pública. É que, tudo indica, em liberdade praticará novos crimes.

Acresça-se, por importante, que à fl. 67, registrava o acusado contra si dois processos criminais e um inquérito policial.

Passados cerca de três anos, tem-se que, além de três processos criminais em curso, registra o acusado sentença condenatória por delito análogo ao presente e mais cinco inquéritos policiais, três dos quais, afirmo - e isso será certificado – já resultaram em oferecimento de denúncia, pelo mesmo crime pelo qual ora é condenado, ou seja, a receptação qualificada.

Extrai-se, assim, que o réu persevera na prática de crimes, mormente a receptação, atividade que se caracteriza pela habitualidade. No ponto, adoto a manifestação do representante do Ministério Público, que transcrevo, como razão de decidir:

*“ O delito em tela demonstra o verdadeiro ‘trabalho’ do flagrado: receptação de carros e “ porta final e de saída ” da rota de veículos furtados e roubados no Estado, principalmente em Porto Alegre ” (fl. 171).*

De maneira que, embora franqueado ao réu R. D. G. o direito de recorrer em liberdade, decreto-lhe a prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, uma vez que, como sobredito, em liberdade, voltará a delinqüir.

Transitada em julgado essa decisão: a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados; b) preencham-se as fichas PJ/30, remetendo-se-as à Vara Regional das Execuções Criminais; c) preencham-se

os BIEs e remeta-se-os à Secretaria de Segurança Pública; d) forme-se o PEC; e) comunique-se o TRE, para os fins do art. 15 da Constituição Federal.

O réu pagará metade das custas do processo.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Expeça-se mandado de prisão contra R. D. G..

Certifique-se, de imediato, os antecedentes atualizados deste réu.

Forme-se o PEC provisório.

Jaguarão, 14 de abril de 2003.

**Orlando Faccini Neto** – Juiz de Direito Substituto.

---

**Processo nº 77617 - Delito: Art. 12, “caput” da Lei 6.368/76**

**Comarca de Uruguaiana**

**Autora: A Justiça Pública**

**Ré: A. B. P.**

**Juiz prolator: Luís Alberto Rotta**

**Data: 29 de abril 2003**

---

*Tráfico de entorpecentes tóxicos. Lei nº 6.368/76, art. 12 “caput”.*

Vistos.

A. B. P., brasileiro, solteiro, RG nº0000000000, com 46 anos de idade à época do fato, natural de São Francisco de Assis/RS, filho de A. P. e de P. B., residente na Vila Proficar, nesta cidade, recolhido à Penitenciária Modulada de Uruguaiana, foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 20 de janeiro de 2003, por volta das 13h, no Centro Integrado de Fronteira Brasil (Uruguaiana)/Argentina (Paso de Los Libres), local sob jurisdição e competência brasileiras, o denunciado A. B. P., trazia consigo e transportava, para entregar de qualquer forma a consumo e venda, 236 (duzentos e trinta e seis) frascos de aromatizador de ambientes em aerossol universitário (lança-perfumes), contendo “cloreto de etila”, substância tóxica, que é entorpecente ou que determina dependência psíquica e física (conforme auto de exame de constatação de fls.76), sem autorização e em desacordo com a determinação legal.

Na ocasião, o denunciado tripulava um automóvel Chevette, cor branca, placas XXX 0000, quando foi abordado pelos agentes de fiscalização do referido Centro Integrado de Fronteira. Os

fiscais, suspeitando de um volume incomum na lateral da porta do motorista, fizeram busca pormenorizada no veículo, encontrando, ao final, os 236 frascos de lança-perfume no automóvel.

A. B. P. foi preso em flagrante e recolhido à Penitenciária Modulada de Uruguaiana.

O acusado foi preso e autuado em flagrante.

Seguiu-se pedido de liberdade provisória pelo defensor do réu, invocando, para tanto, a atipicidade da conduta a ele imputada (fls. 30 a 40). Em decisão das fls. 59/60 indeferiu o juízo a postulada soltura.

A denúncia foi recebida em 30/01/2003 (fl. 02).

O réu foi citado, qualificado e interrogado (fls. 109/110).

Vieram aos autos o resultado do exame toxicológico definitivo (fls. 131/133).

Houve a apresentação de defesa prévia por intermédio de defensor constituído (fl. 128).

Durante a instrução do processo foi colhida a prova oral (fls. 157/158; 185/186).

Em decisão da fl. 187 determinou o juízo a substituição do debate oral por alegações escritas.

O Ministério Público, em parecer das fls. 188 a 198, requereu a procedência integral da ação nos termos da denúncia.

A defesa, por sua vez, em arrazoado das fls. 218 a 225, invocando a insuficiência de provas e a atipicidade da conduta imputada ao réu, requereu a absolvição de A. B..

É, em síntese, o relato.

Passo a fundamentar e decidir.

A materialidade delitiva veio positivada no feito tanto pelo auto de apreensão da fl. 69 e pelo laudo preliminar da fl. 76 como, de resto, pelo laudo pericial das fls. 131 a 133 e pela prova oral colhida.

Ao contrário do sugerido pela defesa, não há dúvida alguma de que A., na data de 20 de janeiro de 2003, por volta das 13 horas, quando interceptado e vistoriado na Área de Controle Integrado, localizada na cidade de *Paso de los Libres*, República Argentina, efetivamente transportava no interior de um automóvel Chevette, cor branca, placas XXX 0000, de propriedade de A. B., 236 (duzentos e trinta e seis) frascos de *cloreto de etila*, conhecido vulgarmente por lança-perfume, substância causadora de dependência física e psíquica.

Tal circunstância, além de admitida lisamente por A. em juízo (*vide* fls. 109/110), foi ainda confortada pelas narrativas dos agentes W. S., C. T. e L. G., todos atestando, de uma forma ou outra, a apreensão de centenas de tubos de lança-perfume no interior do veículo dirigido pelo réu.

Repita-se que A., indagado em juízo, admitiu o transporte dos 236 (duzentos e trinta e seis) tubos de lança-perfume, frascos esses ao depois apreendidos no Centro Integrado da Fronteira, localizado em *Paso de los Libres*. Disse, para tanto, que trabalhava como taxista e que por isso, de forma costumeira, transpor-

tava pessoas e mercadorias da vizinha Argentina para a cidade de Uruguaiana. Afirmou, outrossim, que desconhecia a ilicitude de tal conduta e que só fez o transporte dos frascos de lança-perfume porquanto contratado por um uruguaio, cujo nome não soube declinar, para tal fim.

Assim relatou:

“(...) lida a denúncia, o interrogando admite que estava transportando 236 frascos de lança-perfume. O depoente refere que um uruguaio numa localidade denominada ‘Buraco’ em Passo de Los Libres, local onde comumente taxistas e motoristas particulares ficam à espera de passageiros, chegou ao depoente perguntou ao mesmo se o interrogando ‘passava’ com algumas mercadorias de ambiente para o Brasil. O declarante disse que sim, possui também transporta diversos tipos de mercadorias entre os dois países. (...) O depoente refere que, como há um número de volume permitido para se passar na alfândega, o depoente colocou as mercadorias encostadas na lateral da porta do motorista e refere apenas que ficou uma caixa do produto ambiente exposta. O automóvel era do seu irmão chamado A. B. P.. O carro foi apreendido”. (*vide* narrativa das fls. 109/110).

Não bastasse a confissão de A. B. em juízo (*vide* fls. 109 e 110), aportaram ainda aos autos, fazendo certa a apreensão de 236 (duzentos e trinta e seis) frascos de lança-perfume em poder do denunciado, os relatos seguros, insuspeitos e uníssonos dos agentes C. T., L. G. e W. S., respectivamente, em juízo.

Senão vejamos:

“(...) O depoente foi um dos responsável pela abordagem do veículo do réu.

Viu um volume estranho dentro do carro do réu e por isso resolveram averiguar. Ao abrir a porta do veículo deparou-se com quatro embrulhos de jornal. Em face disso apreenderam os embrulhos e conduziram o réu até uma sala onde os tais embrulhos foram abertos. Lá foi constatado que se tratava de lança-perfume”. (*vide* narrativa de C. T. em juízo – fl. 157 - grifei).

E mais:

“(…) Um fiscal da Receita Federal deparou-se com embrulhos suspeitos no carro do réu. Constatado que se tratava de lança-perfume uma vistoria mais aprofundada veio a ser feita no veículo, ocasião em que apreendidos pelo depoente outros frascos de lança-perfume que, contados, alcançaram o número de duzentos e trinta e seis”. (depoimento de L. G. em juízo – *vide* fl. 158 - grifei).

Por fim:

“(…) O veículo foi revistado e nas portas entre a lataria e o forro foram encontrados duzentos e trinta e seis frascos de lança perfume. O motorista reconheceu que estava fazendo o transporte dos frascos e que havia recebido os mesmos de ‘um paisano’ (pessoa não identificada e que deveria ser entregue em Uruguaiana (...))” (*vide* relato do Policial Federal W. R. em juízo – fl. 185 - grifei).

Tais narrativas, ao contrário do apregoado pela defesa, mantiveram, *na essência*, irrestrita harmonia entre si, tanto que, modo claro, atestaram a abordagem do réu em área de fronteira integrada e, mais do que isso, a apreensão de dezenas de tubos de lança-perfume no veículo por ele dirigido. Essa circunstância, por óbvio, terminou por conferir inegável verossimilhança não só

à confissão por A. exibida, como, outrossim, às declarações dos próprios responsáveis, de um modo ou de outro, pela apreensão da droga. Note-se que nenhum dos agentes mantinha qualquer relação com o réu, pessoa que mal conheciam e, por isso, *por lógico*, não tinham razão alguma para graciosa e maliciosamente incriminá-lo.

Embora certa a autoria imputada a B., não há como prosperar, porquanto não observados os requisitos desenhados no art. 7º, par. 2º, do Código Penal, o pedido de condenação formulado pelo Ministério Público.

É incontroverso que a apreensão dos 236 (duzentos e trinta e seis) frascos de lança-perfume não se operou em território brasileiro, mas, ao revés, em Área de Controle Integrado, localizada na Cidade de *Paso de los Libres*, República Argentina.

Tal área foi instituída por força do Acordo de Recife, acordo esse formalizado entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai e que tinha por escopo, consoante preconizado no intróito do próprio tratado, a “facilitação do comércio” (*sic* - grifei) entre os países signatários.

Assim constou no preâmbulo do referido documento:

“Os Plenipotenciários da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, acreditados por seus respectivos Governos convêm em:

“Subscrever um Acordo para a Facilitação do Comércio que se denominará ‘Acordo de Recife’, com a finalidade de estabelecer as medidas técnicas e operacionais que regularão os controles integrados em fronteira entre seus sig-



natários, acordo que se regerá pelas normas do Tratado de Montevideu 1980 e pela Resolução 2 do Conselho de Ministros, no que forem aplicáveis (...)”. (vide documento das fls. 199 a 207 - grifei).

Ora, como cediço, por força do art. 5º do Código Penal, a lei brasileira é aplicada, de regra, ao crime cometido no território nacional. Trata-se do princípio da territorialidade temperada<sup>1</sup>. É temperado, porque, *excepcionalmente*, quando assim determinarem tratados, convenções e regras de Direito internacional, a lei estrangeira, mesmo em delitos cometidos em território nacional, será a aplicável à espécie.

Nesse sentido valiosa é a lição de Francisco de Assis Toledo. Senão vejamos:

“Diz o art. 5 do Código Penal: ‘Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional’. Isso significa que, como regra, são submetidos à lei brasileira os crimes cometidos dentro da área terrestre, do espaço aéreo, e das águas fluviais e marítimas, sobre os quais o Estado brasileiro, exerce sua soberania, pouco importando a nacionalidade do agente. A lei prevê algumas exceções a essa regra, ressaltando as convenções, tratados e regras de direito internacional. Um exemplo temo-lo nos agentes diplomáticos que, pela Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965, gozam de ‘imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado’ (art. 31, 1),

sujeitando-se exclusivamente à jurisdição do Estado acreditante (art. 31, 4). Assim, tais agentes, quando praticam crime no território do Estado onde desempenham suas funções diplomáticas, não se submetem ao princípio da territorialidade, mas só respondem pelo fato perante a justiça do próprio Estado que representam”. (Francisco de Assis Toledo, *in Princípios básicos de direito penal*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45 e 46 - grifei).

Disso não destoou o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, que segue:

“O princípio da territorialidade, como vimos, faz ressalvas aos tratados, convenções e regras de Direito internacional, dando origem às *imunidades diplomáticas*. Há igualmente exceções decorrentes de normas de Direito público interno, que originam as *imunidades parlamentares*.

(...)

“As *imunidades diplomáticas* impõem *limitação ao princípio temperado da territorialidade* (art. 5º do CP). Segundo Fragoso, ‘a concessão de privilégios a representantes diplomáticos, relativamente a ilícitos por eles praticados, é antiga praxe no direito das gentes, fundando-se no respeito e consideração ao Estado que representam e na necessidade de cercar sua atividade de garantia para o perfeito desempenho de sua missão diplomática’. Trata-se de ‘privilégios outorgados aos representantes diplomáticos estrangeiros, observando sempre o princípio da mais estrita reciprocidade’. A Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 56.435/65, estabelece para

---

1 – Capez, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, p. 77.

o diplomata imunidade de jurisdição penal, ficando sujeito à jurisdição do Estado a que representa (art. 31).

(...)

“A imunidade material ou inviolabilidade “exclui da incidência penal determinadas pessoas, retirando-lhes a qualidade de destinatários da lei criminal”. (...). (Cezar Roberto Bitencourt, *in* Manual de direito penal, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 122 - grifei).

Assim, pelo princípio da territorialidade, adotado pelo art. 5º do Código Penal, “aplica-se a lei brasileira aos fatos puníveis praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado. A lei brasileira adota essa diretriz como regra geral, ainda que de forma atenuada ou temperada (art. 5º, *caput*, do CP), uma vez que ressalva a validade de convenções, tratados e regras internacionais”. (Cezar Roberto Bitencourt, *in* Manual de direito penal, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 114/115).

Segundo ensina Francisco de Assis Toledo, citando Heleno Fragoso, “o território nacional abrange toda extensão terrestre situada até os limites das fronteiras do país, incluindo mares interiores, lagos e rios; abrange ainda o mar territorial, as ilhas, sobre os quais o Brasil exerce a sua soberania, e o espaço aéreo que cobre essas extensões.

“Consideram-se, igualmente, extensão do território nacional, ‘as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras mercantes ou de propriedade privada, que se achem, res-

pectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar’ (art. 5º, par. 1º)”. (Francisco de Assis Toledo, *in* Princípios básicos de direito penal, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 46).

Nessa linha, uma vez que praticado o crime em território estrangeiro, mais precisamente na Área Integrada de Fronteira, em *Paso de los Libres*, República Argentina, não comporta incidência, como quer o Ministério Público, a regra lapidada no art. 5º do Código Penal.

Isso porque as exceções ali desenhadas - tratados, convenções e regras de Direito internacional - objetivam, ao contrário do sustentado pelo combativo Promotor, excluir da incidência da lei brasileira, mesmo em crimes praticados no território nacional, aí compreendido não só o território real mas também o ficto (art. 5º, parágrafo 1º, do Código Penal), determinadas pessoas que, pela sua condição funcional, estão sujeitas, repita-se, mesmo em território brasileiro, à jurisdição exclusiva do Estado a que pertencem.

Nesse contexto, mesmo com a edição do Acordo de Recife, não há como “estender-se a aplicação da lei penal brasileira à zona integrada da fronteira” (*sic* - grifei), como quer o Agente Ministerial, invocando, para tanto, modo equivocado, a regra do art. 5º do Código Penal.

Dita norma, como restou demonstrado, ao tratar de situações reguladas por tratados, convenções e regras de Direito internacional, buscou, em verdade, modo excepcional, limitar a aplicação da lei brasileira no próprio território nacional e não, como entendeu o Agente Acusador, estender os efeitos dela (da lei penal) para além das fronteiras!

*In casu*, repise-se que o delito imputado ao réu não foi cometido no território nacional, aí considerado tanto o território real como o ficto, mas, ao revés, no território argentino, local onde estabelecida, por força do Acordo de Recife, a Área Integrada de Fronteira.

Assim, a regra aplicável ao caso não é a da territorialidade temperada (art. 5º do Código Penal), como sugerido pelo Ministério Público, mas, ao contrário - já que praticado o crime no estrangeiro - a da extraterritorialidade condicionada.

As hipóteses de incidência extraterritorial da lei penal brasileira encontram-se lapidadas no artigo 7º do Código Penal e constituem exceções ao princípio geral da territorialidade. Cuida o citado dispositivo da aplicação da lei brasileira a fatos delitivos praticados no estrangeiro. Caso dos autos!

Elucidativa é, nesse rumo, a lição de Paulo José da Costa Júnior. Senão vejamos:

“A extraterritorialidade apresenta-se como incondicionada sempre que se faça aplicação do princípio da defesa, onde a nacionalidade e a natureza do bem jurídico ofendido pela ação delituosa desenvolvida no estrangeiro é que justificam a aplicação da lei pátria. São os casos dos crimes praticados no exterior contra o Presidente da República, contra o patrimônio ou a fé pública da União ou contra a administração pública.

(...)

“Casos de extraterritorialidade condicionada são os da aplicação da lei penal brasileira a crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir (princípio da justiça universal). São os *delicta juris gentium*, que, além de ultrapassarem comumente as fronteiri-

ras, afetam duramente a comunidade internacional. Destes, é a pirataria o mais antigo, e o mais atual é o tráfico de entorpecentes, cuja repressão tem sido objeto de diversas convenções. Também os crimes praticados por brasileiros no estrangeiro, ou os crimes praticados por estrangeiros contra brasileiros, fora do território nacional (princípio da nacionalidade). Ou então delitos praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou privadas, quando em território estrangeiro e aí não foram julgados (princípio da representação.

“Como se depreende da leitura do par. 2º, as hipóteses que acabam de ser enumeradas sujeitam a aplicação da lei penal brasileira às seguintes condições: entrada do agente em território brasileiro; ser o fato punível no país em que foi praticado (v.g., o aborto não é punido em vários países). Estas duas primeiras condições são ditas de perseguibilidade. Será ainda mister que se trate de crime em que a lei brasileira autorize a extradição (a lei brasileira não permite a extradição de estrangeiro que tenha praticado crime político ou de opinião); e não ter sido o agente absolvido ou perdoado no estrangeiro, nem ter aí cumprido pena, nem estar extinta a punibilidade. Daí dizer-se, *in casu*, condicionada a extraterritorialidade”. (Paulo José da Costa Junior, *in Comentários ao Código Penal*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15 a 17).

Dessarte, no caso em testilha, uma vez que ausentes quaisquer das hipóteses desenhadas no inciso I do art. 7º do Código Penal, impõe-se o reconhecimento da extraterritorialidade condicionada.

E a razão é simples: o delito imputado a A., qual seja, o de tráfico de

drogas, foi praticado por brasileiro no estrangeiro (letra “b” do inciso II do art. 7º do CP) e, mais do que isso, trata-se de crime que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir (letra a do inciso II do art. 7º do CP).

Nessa rumo, por força do parágrafo segundo do art. 7º do *Codex* repressivo, a incidência da lei penal brasileira, nesse casos, fica condicionada ao implemento de algumas condições, dentre elas, a de que o fato imputado ao agente também seja punível no país em que praticado.

Ora, sendo o lança-perfume de livre fabricação e comércio na Argentina, fato notório, tanto que excluído o *cloreto de etila* das listas anexas de Convenção firmada entre o Brasil e a República Argentina, é evidente que o fato imputado a A. B. não é típico e muito menos punível no país em que praticado, situação a desautorizar, por consectário lógico, a incidência da norma penal brasileira.

Nesse sentido:

O parágrafo 2º do art. 7º do Código Penal “enumera algumas condições, que não são de punibilidade, mas de procedibilidade. Assim, o início da persecução penal, nas três hipóteses do inciso II fica subordinada as seguintes condições:

(...)

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado: caso assim não ocorra, é inaplicável a lei penal brasileira. (...) Se o fato não se enquadrar em nenhum dos tipos legais definidos e descritos na legislação penal do país onde foi praticado, ou se não mais existir o direito de punir, quer por achar-se extinto, quer por ser declarado inexistente, quer ainda já estar satisfeito com o cumprimento da *sanctio juris*,

não pode haver perseguição penal no Brasil”. (Fernando Capez, *in Curso de direito penal – parte geral*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 87).

Nessa ordem, para que A. B. pudesse sofrer os efeitos da lei penal brasileira, já que o “lança-perfume” é efetivamente substância entorpecente, tanto que elencado na Portaria no. 28/86 da DIMED e na Portaria 344, de 12/05/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, era indispensável que ele, por conta e risco próprio, efetivamente ingressasse no território nacional transportando os 236 (duzentos e trinta e seis) frascos de lança-perfume ou, no mínimo, mesmo sem o ingresso no Brasil, que fosse tal conduta punível também no estrangeiro, sobretudo na Argentina. Contudo, nenhuma dessas condições ocorreram!

A soltura do réu, diante da inaplicabilidade da lei brasileira e, por conseqüência, da atipicidade da conduta a ele imputada, é medida que se impõe. Tal solução, s. m. j., atendeu as regras de direito pátrio e, por isso, comporta inegável guarida.

Para que comportamentos como esses não escapem à incidência da lei pátria é preciso que as autoridades - sobretudo as brasileiras - que exercem funções na Área Integrada de Fronteira trabalhem irmanadas com a Polícia Federal, viabilizando, dessa forma, em casos análogos, tão logo liberado o agente, na zona de fronteira, a prisão dele no momento em que, ultimada a travessia pela ponte internacional, ingresse ele no território nacional.

Diante do exposto julgo totalmente improcedente a denúncia para o efeito de Absolver o réu A. B. P., já qualifica-

do, da imputação lançada na peça póstica, forte no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Uma vez que absolvido o réu e, outrossim, porque indemonstrada a adesão subjetiva de A. B., proprietário do veículo apreendido, à conduta imputada a A., impõe-se a restituição do automóvel apreendido.

Expeçam-se alvarás, inclusive de soltura.

Custas pelo Estado.

Com o trânsito em julgado preencha-se e remeta-se o BIE.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Uruguaiana, 29 de abril de 2003.

**Luís Alberto Rotta** – Juiz de Direito.



---

---

## DECISÕES CÍVEIS

---

---





---

**Juiz prolator: Ricardo Luiz da Costa Tjader**

**Data: 02 de outubro de 2000.**

---

*Eleitoral. Critérios na definição de coeficiente. Divisão de vagas. Circunscrição Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul.*

Cruz Alta, 3 de outubro de 2000.

Senhor Presidente:

Pela presente, comunico-lhe que os resultados proclamados pela Junta Apuradora da 17ª Zona Eleitoral, por intermédio da Ata Geral de apuração, em relação à eleição proporcional de Boa Vista do Inca resultaram diversos dos dados indicados pelo programa de totalização adotado pelo TSE, seguindo em anexo a Ata Geral de Apuração acolhida pela referida Junta, bem como da fundamentação dos motivos da alteração efetivada.

Aproveito a oportunidade para enviar-lhe meus protestos de apreço e admiração.

Ricardo Luiz da Costa Tjader, juiz da 17ª Zona Eleitoral.

Fundamentação da decisão sobre a definição dos eleitos.

A Junta Eleitoral, para a definição dos eleitos, adotou o entendimento de que não foi recepcionado pela Constituição Federal o artigo 109, parágrafo 2º do Código Eleitoral.

Tal artigo dispõe que:

“Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos que tiverem obtido o quociente eleitoral”.

Entende a Junta Eleitoral que tal dispositivo é incompatível com a deter-

minação constante nos artigos 45 e 27, parágrafo único da Constituição Federal, que estabelecem que as eleições para Deputado Federal e Deputado Estadual serão pelo sistema proporcional, sendo que estas regras se aplicam por simetria à eleição para Vereadores, que também é uma eleição pelo método proporcional, como tem sido sempre seguido em todas as eleições que ocorreram em momento posterior à edição da Carta Constitucional.

É que a adoção da regra do parágrafo 2º do art. 109 do Código Eleitoral faz exatamente a eleição deixar de ser proporcional, desrespeitando o disciplinamento legal estabelecido pela Constituição Federal, porque ela acaba criando um quadro de desproporcionalidade, como foi demonstrado in artigo publicado in Revista do TRE nº 2, p. 22/28.

Na espécie, essa desproporcionalidade se torna absolutamente evidente no resultado, se não for considerado o entendimento de não-aplicação da norma do parágrafo 2º do art. 109 da Constituição Federal.

Nesta hipótese, ocorreria que os partidos PDT, PFL e PSDB não poderiam participar do cálculo das quebras, das vagas que não se definem apenas com a definição dos quocientes partidários, porque não atingiram o quociente eleitoral, que foi de 189 votos, tendo em vista tais partidos atingirem respectivamente as votações de 121,149 e 103 votos.

Assim sendo, a disputa de tais vagas limitar-se-ia aos partidos PPB, PT e PMDB, formando o seguinte quadro de disputa de vagas:

### Relatório de Distribuição de Médias

Município: 89060 – Boa Vista do Inera

Cargo: Vereador                      Vagas a preencher 9                      Quociente Eleitoral: 189

				Qtd. Vagas		1ª Média (A/(B+C+1))
Partido/coligação	Votos Nominais	Votos Legenda	Total Votos(A)	QP(B)	Média (C)	
11 – PPB	599	31	630	3	0	157,5
13 – PT	442	27	469	2	0	156,333333333333
15 – PMDB	215	14	229	1	0	114,5

				Qtd. Vagas		1ª Média (A/(B+C+1))
Partido/coligação	Votos Nominais	Votos Legenda	Total Votos(A)	QP(B)	Média (C)	
13 – PT	442	27	469	2	0	156,333333333333
11 – PPB	599	31	630	3	1	126
15 – PMDB	215	14	229	1	0	114,5

				Qtd. Vagas		1ª Média (A/(B+C+1))
Partido/coligação	Votos Nominais	Votos Legenda	Total Votos(A)	QP(B)	Média (C)	
11 – PPB	599	31	630	3	1	126
13 – PT	442	27	469	2	1	117,25
15 – PMDB	215	14	229	1	0	114,5

A diferença de definição de vaga em relação ao entendimento adotado pela Junta Apuradora é que, pela exclusão dos partidos PDT, PFL e PSDB em tal disputa (por terem atingido o quociente eleitoral), faria com que o PPB conquistasse 2 vagas no cálculo

das quebras, em vez de apenas 1 no sistema adotado pela Junta Apuradora, permanecendo igual a situação do PT que continua conseguindo uma das vagas do cálculo de quebras. No cálculo realizado segundo o entendimento da Junta Apuradora, uma destas vagas

cabe efetivamente ao PPB, e outra cabe ao PFL.

### Relatório de Distribuição de Médias

	1ª Média
11 - PPB	157,5*
12 - PDT	121
13 - PT	156,333333...
15 - PMDB	114,5
25 - PFL	149
45 - PSDB	103

	2ª Média
11 - PPB	126
12 - PDT	121
13 - PT	156,333333...*
15 - PMDB	114,5
25 - PFL	149
45 - PSDB	103

	3ª Média
11 - PPB	126
12 - PDT	121
13 - PT	156,333333...
15 - PMDB	114,5
25 - PFL	149*
45 - PSDB	103

O PFL atinge uma média de 149 votos por vaga, enquanto o PPB na última disputa atinge uma média de 126 votos. Isto é, o PFL conquista uma vaga de vereador a cada 149 votos que lhe foram dados, enquanto no sistema que não foi seguido pela Junta, o PFL com 149 votos (o que corresponderia a 1 vaga por 149 votos) não elegeu nenhum vereador, e o PPB faria uma vaga de vereador a cada 126 votos. Isso, por si só, demonstra a desproporcionalidade que acarretaria no resultado da eleição

(desrespeitando a proporcionalidade imposta pela Constituição Federal).

Este quadro pode ser melhor esclarecido de uma maneira mais clara:

O total de votos dados a candidatos e legendas partidárias atingiu um total de 1.701 votos. Vejamos, quanto cada partido fez deste total de votos:

11 - PPB	630 votos	37,03% do total
12 - PDT	121 votos	7,11% do total
13 - PT	469 votos	27,57% do total
15 - PMDB	229 votos	13,46% do total
25 - PFL	149 votos	8,76% do total
45 - PSDB	103 votos	6,05% do total

Se a Junta Apuradora acolhesse o resultado de definição das vagas, acolhendo a norma do parágrafo 2º do art. 109 do Código Eleitoral, a proporção das vagas na Câmara de Vereadores como resultante da votação acima, seria o seguinte:

11 - PPB	5 vagas	55,55% do total
13 - PT	3 vagas	33,33% do total
15 - PMDB	1 vaga	11,11% do total

Vejam a desproporcionalidade entre os votos conseguidos por partido e sua representação na Câmara de Vereadores, especialmente em relação ao PPB que

com 37,03% dos votos conseguiria uma representação de 55,55% dos votos.

Sem a maioria dos votos (apenas 37,03% dos votos), conseguiria a maioria da Câmara de Vereadores.

No entendimento seguido pela Junta Apuradora, a definição das vagas fica na seguinte proporção:

11 - PPB	4 vagas	44,44% do total
13 - PT	3 vagas	33,33% do total
15 - PMDB	1 vaga	11,11% do total
25 - PFL	1 vaga	11,11% do total

Esta definição, se não chega a uma proporcionalidade absoluta, demonstra-se muito mais proporcional em relação à vontade dos eleitores representada nas urnas do que o representado pelo entendimento de validade da norma do Código Eleitoral, que ora está sendo considerada inconstitucional.

E não estabelece uma maioria artificial na Câmara de Vereadores que não representa a vontade do eleitorado.

O eleitorado deu 37,03% dos votos para o PPB e 62,97% dos votos aos demais partidos. Disse, dessa maneira, que não desejava dar a maioria dos votos ao PPB mas sim ao conjunto dos demais partidos. O entendimento adotado pela Junta Apuradora acolhe esta manifestação soberana dos eleitores, porque a maioria da Câmara de Vereadores ficará

com os demais partidos, que não o PPB, que terão 55,55% das vagas da Câmara de Vereadores, enquanto caberá ao PPB a minoria com 44,44% das vagas.

Assim sendo, por esses motivos, a Junta Apuradora define-se pela eleição dos candidatos.

A Junta Apuradora declara como eleitos os seguintes candidatos:

13456 – Sérgio Luis Bellini	174 votos
11222 – Oscar Terhorst	97 votos
11110 – Moacir Taetti	91 votos
11999 – Aloisio de Mello Almeida	85 votos
15123 – Aguielo Dreher	80 votos
13123 – Derceu Hahn Elicker	65 votos
11234 – Ivone Maria de Siqueira Mulinari	61 votos
25555 – Erich Sand	49 votos
13613 – Carmelino de Oliveira	42 votos

por entender que é a representação parlamentar que adequadamente corresponde à vontade do eleitorado, única competente para definir a composição das casas legislativas em nosso País.

Cruz Alta 02 de outubro de 2000.

**Ricardo Luiz da Costa Tjader** – Juiz da 17ª Zona Eleitoral.

---

**Juiz prolator: Cleber Augusto Tonial**  
**Data: 02 de julho de 2002.**

---

*Representação do Conselho Tutelar de Santa Cruz do Sul. Incidência do art. 136, III, 'b' do Estatuto. Indeferimento. Inépcia e ilegitimidade passiva.*

Vistos.

Representa o Conselho Tutelar de Santa Cruz do Sul contra a adolescente F. M. O., nos termos do art. 136, III, *b*, do E.C.A., para que '*sejam tomadas as providências cabíveis*', considerando que desde fevereiro de 2002 a adolescente tem sido atendida, recebendo aconselhamento, orientação, aplicação de medidas preventivas do art. 129 do E.C.A., tudo com vistas à sua promoção pessoal e à manutenção dos vínculos familiares. Refere que a adolescente recusa-se a atender ao cumprimento das medidas determinadas.

Relatei.

Decido.

Quando a lei especial fala que para execução de suas decisões o Conselho Tutelar pode *representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações*, não está querendo significar que a representação seja cabível em todos os casos, ou que ela consista no remédio para todas as dificuldades.

A representação formal do Conselho Tutelar ao juiz tem por escopo dar início ao procedimento previsto no art. 194 a 197 do Estatuto, para aplicação da penalidade administrativa pertinente. Trata-se de execução de uma obrigação de fazer, mas convertida em multa.

Excepcionalmente, admite-se a representação com a finalidade de execução específica da obrigação descumprida - quando houver lei que assim permita - como é o caso das Leis Federais nº 10.216/2001, com relação à internação psiquiátrica compulsória, e a de nº 10.409/2002, que trata da internação hospitalar involuntária para tratamento de dependentes ou usuários de substâncias entorpecentes (tendo havido prévia aplicação administrativa da medida em caráter involuntário).

De qualquer sorte, fora dos casos de execução específica da obrigação (parágrafo anterior) pelo juiz, a execução da decisão administrativa converte-se em obrigação de pagamento de multa, sem prejuízo dessa circunstância também ser considerada no preenchimento do suporte fático dos arts. 394 e 395 do CC e arts. 22 e 24 do E.C.A.

Logo, parece-me claro que a representação do Conselho Tutelar pressupõe a existência de uma obrigação legal, decorrente da natureza do instituto regente das relações entre pais e filhos. O pátrio poder, bem entendido como o poder-dever dos pais com relação aos filhos, os coloca, em primeiro plano e na condição de principais obrigados, como devedores do bem-estar, do pleno desenvolvimento e de todos os direitos de sua prole. O descumprimento dessas obrigações é que fundamenta a ação administrativa do Conselho Tutelar, assim como fundamenta a atuação jurisdicional em caso de resistência ou

desrespeito à ordem da autoridade administrativa.

Os filhos, sejam crianças ou adolescentes, também possuem suas obrigações, naturalmente, mas em um sistema completamente diferente desse sistema exterior, social, de imputação de responsabilidades e sanções que é exercido pelas instituições públicas.

Crianças e adolescentes estão obrigados a respeitar as regras de conduta internas da família, sendo que apenas excepcionalmente, pela prática de condutas violadoras de normas de caráter penal, é que se submeterão ao julgamento e à responsabilização do Estado. Essa é a decorrência do disposto no art. 384, VII do Código Civil. O dever dos filhos, em termos jurídicos, é de respeitar e obedecer aos pais, bem como de executar os serviços próprios à sua idade e condição. São essas as obrigações que possuem as crianças e adolescentes dentro de nosso sistema jurídico. Veja-se que é um sistema completamente aberto, ou seja, ampliado o bastante para que os titulares do pátrio poder possam decidir sobre o tipo de educação; o sistema de punições e recompensas pela inobservância ou cumprimento das leis e determinações internas da família, etc.

Esse sistema de estruturação Estado-Família, com uma garantia mínima de não-intervenção daquele sobre esta senão em situações limite, advém da proteção constitucional a ela destinada e à própria ordem democrática que é incompatível com a interferência estatal em questões de intimidade familiar. Veja-se, especialmente, o disposto no art. 226, § 7º, a demonstrar a independência que os titulares do pátrio poder pos-

suem para a formação e manutenção da família.

Logo, o sistema jurídico brasileiro não cuidou de estabelecer, às suas crianças e adolescentes, obrigações jurídicas de ordem civil passíveis de execução judicial, e nem poderia ser diferente, já que o Estado-Legislador e o Estado-Juiz, o primeiro estabelecendo normas e o segundo aplicando sanções, não podem ser pai e mãe de todas as crianças e adolescentes do país. Se assim o fizéssem, certamente estaríamos vivendo em um Estado absolutamente totalitário e fascista...

Portanto, as crianças e adolescentes brasileiros que se recusam a frequentar a escola; que não obedecem aos pais; que apresentam desvios de conduta que não constituam atos infracionais; que desrespeitam a ordem direta do titular do pátrio poder, estão sujeitos ao sistema de justiça interna da família, conforme o código de conduta, de punições e recompensas que os seus pais ou responsável tiver, bem ou mal, instituído.

O titular do pátrio poder, dentro desse sistema, é que responderá pela incompetência no exercício de sua função interditor, diante do Estado. Trata-se de uma delegação de parcela de Poder Público, feita a todos os pais, para ser exercido com discricionariedade, mas ainda sim, dentro de um balizamento mínimo e de princípios superiores. Essa é a teoria de imputação de responsabilidades às crianças e adolescentes brasileiros segundo o ordenamento jurídico vigente.

No caso da adolescente F. M. O., a confusão das obrigações aparece nítida. O Conselho tutelar reporta que aplicou

medidas de proteção à adolescente, e que ela não o atende, de modo que representa contra ela, para que a autoridade do juiz se imponha por meio da tomada de providências cabíveis...

Mas é importante lembrar: será que existe mesmo uma obrigação jurídica da adolescente em atender às decisões do Conselho Tutelar, a ponto de seu descumprimento ser reportado ao juiz para aplicação de uma sanção administrativa (já que o constrangimento físico aqui seria evidentemente ilegal e descabido)?

Como já afirmei, penso que não. Não há essa espécie de obrigação jurídica, conversível em aplicação de multa pecuniária, ou execução específica, por várias razões. Primeiro, porque a sujeição da adolescente é para com os pais ou responsável. Os pais é que impõem a sanção que entenderão adequada, conforme o código de conduta familiar. Segundo, não há norma legal que imponha a obrigação para cumprimento perante autoridade externa à família e muito menos que autorize a execução específica (utilizando-se da força) para encaminhamento a um psicólogo. Terceiro, porque a medida aplicada pelo Conselho Tutelar é de caráter protetivo, e a pretexto de se proteger não se pode punir. A adolescente aqui é alvo de ações para o seu benefício e não para sua responsabilização. Quarto, porque crianças e adolescentes não possuem capacidade jurídica para estarem, sozinhas, em juízo, ainda mais para responderem por infrações administrativas ou por qualquer outra responsabilidade de ordem civil, o que consistiria em um verdadeiro absurdo diante do sistema legal em vigor (arts. 5º e 6º do Código

Civil). Quinto, porque a aplicação correta das medidas de proteção exige a aplicação concomitante da medida do art. 129 correspondente, sob pena de ineficácia...

Assim, verifica-se que para a aplicação da medida do art. 101, V, por exemplo, existe o suporte e a garantia da medida do art. 129, VI, que deve ser aplicada em conjunto, porque no caso de descumprimento, é o pai, a mãe ou o responsável que será representado em juízo, e não a criança ou o adolescente.

Da mesma forma, a medida do art. 101, III, não tem eficácia alguma se não for aplicada em conjunto com a medida do art. 129, V, porque é evidente que não será a criança ou o adolescente que responderá judicialmente no caso de não frequentar a escola...

A representação proposta pelo Conselho Tutelar, portanto, nos termos estritos do art. 136, III, *b*, do E.C.A e para o caso de descumprimento da decisão pelo particular, somente pode ser manejada em duas situações: 1º) quando tiver sido aplicada alguma das medidas do art. 129; 2º) quando a medida de proteção do art. 101 não tenha sido executada e ainda admitir execução específica (incisos V e VI).

Cabe ainda a representação, porém sob outro enfoque, quando o descumprimento da decisão do Conselho partir do Poder Público ou de entidade de atendimento que se recuse a prestar o serviço público previsto no art. 136, III, *a*, do E.C.A.

Por regra e por lógica, não cabe representação do Conselho Tutelar contra '*descumprimento*' de medidas de proteção, porque os cidadãos para as

quais elas se destinam não possuem capacidade jurídica para responder civilmente pelos seus atos.

Finalmente, mesmo que fosse o caso de recebimento, a representação não atende aos requisitos formais necessários a toda e qualquer espécie de procedimento contraditório. A representação não especifica o pedido; não esclarece com exatidão a medida descumprida, a data de sua aplicação, se houve ou não cientificação formal dos atingidos pela decisão administrativa, enfim, é peça processual inepta.

Posto isso, deixo de receber a presente representação, indeferindo-a, ante a falta de legitimidade do pólo passivo e inépcia pela falta de pedido certo, o que faço aplicando o art. 295, I e II e art. 267, I, do CPC, tudo conforme o disposto no art. 152 do E.C.A.

Intime-se o Ministério Público.

Encaminhe-se cópia ao Conselho Tutelar.

Santa Cruz do Sul, 02 de julho de 2002.

**Cleber Augusto Tonial** – Juiz da Infância e da Juventude.



---

**Juiz prolator: Cleber Augusto Tonial**

**Data: 12 de novembro de 2002.**

---

*Homologação parcial de remissão ministerial cumulada com medida sócio-educativa. Distinção entre remissão e transação. Necessidade de advogado. Decisão atacável por apelação. Descabimento de remessa ao Procurador-Geral de Justiça.*

Vistos.

O Ministério Público, com base no relatório de investigações policiais, requer a homologação da remissão concedida ao adolescente A. L. O., cumulada com medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, e que seja determinado o cumprimento da medida. Requer, ainda, o Ministério Público, que caso não seja homologada a remissão concedida, nos exatos termos do acordo, que os autos sejam remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, conforme ementa de jurisprudência que anexa.

Acompanha o pedido de homologação o termo de audiência de apresentação, realizado na promotoria local.

Relatei.

Decido.

1. Intróito.

Compulsando os documentos dos autos, verifico que (1º) a remissão apenas foi concedida diante da aceitação de uma medida sócio-educativa, o que se fez (2º) sem a assistência de advogado ou defensor público. Inobstante essa circunstância, a agente ministerial sustenta seu entendimento de que (3º) a revisão da decisão não-

homologatória é da alçada do próprio Ministério Público, por intermédio do Procurador-Geral de Justiça.

Diante da atual nebulosidade que paira sobre a interpretação e aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, o que implica, forma direta, uma divergência jurisprudencial sem precedentes, penso ser necessário – para não dizer urgente – retomar o estudo de certos conceitos elementares, porque o abandono da reflexão tem gerado estrambóticos entendimentos, que assim são adjetivados em função de suas conseqüências e não, imediatamente, pelo erro manifesto de interpretação.

Com efeito, temos que o Direito da Criança e do Adolescente não se limita apenas ao texto bruto da lei ordinária (a Lei Federal nº 8.069/90). Por *Direito*, e isso se recolhe dos bancos acadêmicos, temos a lei, a doutrina, a jurisprudência, os princípios, as normas, os costumes e até mesmo os tratados internacionais de que o país seja parte.

Decorre daí, com os hermeneutas, que o texto frio da lei não é, por si só, a norma. A norma, muito pelo contrário, é um produto intelectual. A norma é o resultado da interpretação. Não se interpreta o texto de forma isolada - *o que na verdade importaria em conferir demasiada importância pelo simples fato de ser texto* - mas sim pela *reprodução desse texto* de forma *compatível* com o Estado de Direito em vigor.

Três são as questões, aliás muito interessantes sob o ponto de vista científico, que merecem análise nestes autos.

E todas não dispensam uma abordagem que contemple essa “*cautela hermenêutica*” que faço consignar neste intróito. A solução de todas essas questões demanda a *reprodução* da norma a partir de uma interpretação construtiva que harmonize a lei ordinária aos mandamentos constitucionais; que evite as antinomias; que leve em consideração a tecnologia da ciência do Direito, com o necessário respeito à linguagem; com a preservação do axioma basilar de qualquer Estado contemporâneo, que é a divisão tripartite do Poder.

As duas primeiras questões dizem com o mérito (a questão de fundo), ou seja, sobre a possibilidade de condicionamento das remissões e sobre a necessidade ou não de o advogado participar da audiência com o Ministério Público onde se tenha ajustado o cumprimento de uma medida sócio-educativa. A última questão, que se constitui em dúvida formal, mas nem por isso menos importante, firma-se sobre o modo de atacar a decisão judicial que não atende ao pedido ministerial de homologação.

Para facilitar o entendimento, separei a análise dessas questões em tópicos.

2. A natureza jurídica da remissão e seus condicionamentos.

Alguns têm entendido a remissão ministerial com um caráter ambivalente, ora como um perdão, quando aplicada de forma pura e simples, ora como transação, quando com ela vem acertado o cumprimento de uma medida sócio-educativa. Essa conceituação de remissão partiu de Mirabete.

No entanto, sustentar que a remissão (em si mesma) é uma transação, envolve uma dificuldade hermenêutica extrema: a de romper com a conceituação técnica e histórica dessa figura jurídica e ainda cometer a fragilidade de aceitar que um ato jurídico acidental, ou acessório, tenha maior importância que o ato principal, a ponto de converter, ou perverter, a sua natureza jurídica. Venho, pois, diante dessas atecnias, sustentar justamente o contrário, qual seja, o caráter *unívoco* da remissão ministerial, porque a expressão jurídica *remissão* veicula significado diametralmente oposto à idéia de *ajuste de vontade*. O termo origina-se do latim *remissio*, de *remittere* (perdoar, renunciar, desistir, absolver). De Plácido e Silva já consignava, em seu ‘Vocabulário Jurídico’, a noção corrente de que, “*juridicamente, a remissão exprime sempre a renúncia voluntária ou a liberação graciosa a respeito de uma dívida, de um direito. E, por ela, também se extingue a obrigação ou o direito*” (grifei).

Nos mais diferentes ramos da ciência jurídica, a expressão *remissão* assume o mesmo significado. No Direito Penal, a remissão da pena (que não se confunde com a *reinição* da LEP), é entendida como a diminuição do rigor, e é sinônimo de graça, indulto ou comutação. Não se condicionam a um fazer futuro ou ao cumprimento de obrigações, porque são atos de indulgência do Estado.

No Direito Tributário, o vocábulo *remissão* é empregado no art. 172 do C.T.N com esse mesmo sentido de ‘esquecimento’ ou renúncia incondicional,

o que chegou a levar Louis Trotabas<sup>1</sup> a afirmar que o Poder Público vem “*passer l'éponge*” na sua pretensão.

No Direito privado, o significado do termo técnico *remissão* não é discrepante da conceituação de Plácido e Silva e das anteriormente citadas. No Código Civil, no título sobre os efeitos das obrigações, percebe-se todo um capítulo sobre a *remissão das dívidas* (arts. 1.053 a 1.055), concebida como a renúncia graciosa do direito, pois, caso contrário, se condicionada fosse, seria categorizável como *novação* (art. 999).

E, voltando ao direito da criança e do adolescente, o verbo “*conceder*” empregado no art. 126 do Estatuto é a maior prova de que a remissão é um ato de condescendência, de cessão de direito em favor de outrem (Dicionário Aurélio, verbetes ‘conceder’ e ‘concessão’). Na remissão, o Estado abre mão de seu direito de perseguir judicialmente. A renúncia, a desistência da ação, é sempre um ato gracioso, não condicionado. Remissão com encargos, portanto, é uma *contraditio in terminis*, porque é absolutamente impossível harmonizar a renúncia da pretensão sócio-educativa com a exigência de cumprimento de uma medida sócio-educativa! Desde a origem do vocábulo, passando-se pelo emprego técnico em outros ramos do Direito, pela significação popular e pela significação religiosa (cristã) que ele apresenta, constata-se que a “*remissão*” é um ato unilateral, um ato de perdão, de abandono do rigor, o que pressupõe uma

certa “*elevação*” daquele que a pratica, justamente por não condicionar ou exigir nada em troca.

Não pode, pois, existir uma remissão (em si mesma) de caráter transacional. A remissão é um ato personalíssimo, unilateral, e não é fruto de negócio jurídico. Essa constatação nos remete a Marcos Bernardes de Mello<sup>2</sup>, com o qual aprendemos a classificação, que é válida para qualquer ramo da ciência jurídica, dos fatos jurídicos. A remissão, na verdade, é um ato jurídico *strictu sensu*. Lembro que o ato jurídico de direito público é classificável da mesma forma que os atos de direito privado, ora como ato jurídico *strictu sensu*, ora como negócio jurídico, o primeiro unilateral, em que a vontade não tem escolha da categoria jurídica, e o segundo, ao contrário, em que estas escolhas estão permitidas, abrindo espaço para os ajustes bilaterais.

Justamente dessa natureza unilateral da remissão é que se construiu a idéia de que a medida sócio-educativa somente pode se *incluir* em seu contexto pela transação (possibilidade que a lei não estabelece expressamente, mas que tem sido aceita por unanimidade pelos operadores). E isso é lógico, porque, se a remissão é renúncia unilateral, se é ato jurídico *strictu sensu*, tudo que a ele se adere, ou se inclui, depende de um outro ato jurídico (negócio jurídico).

Logo, a *remissão* cumulada *com medida sócio-educativa*, como o próprio

1 – LXII, pág. 322

2 – Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência). 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

nome já diz, não é um ato jurídico único, mas sim de natureza complexa. Trata-se de um ato misto. E o ato misto, segundo a doutrina, não foi erigido a uma categoria exclusiva de ato jurídico. O ato misto é uma simples coordenação de dois atos jurídicos para a consecução de um só objetivo legal, e isso não deve ser motivo de surpresa a ninguém. Há, de um lado, um ato jurídico *strictu sensu*, de caráter público e unilateral (a remissão) e, de outro lado, um negócio jurídico, também de caráter público, com o particular (a transação sobre a medida sócio-educativa).

É preciso lembrar, ainda, que a aplicação de uma medida sócio-educativa sem processo formal de apuração de ato infracional decorre de uma situação eventual. O art. 127 frisa muito bem essa circunstância ao preceituar que a remissão “pode incluir *eventualmente*”... qualquer medida prevista na lei. O eventual é o acidental, o que se opõe à regra. Eventual é o acontecimento incerto, contingencial. A medida sócio-educativa vai figurar no momento da remissão, pois, como um elemento acidental, perfeitamente distinguível e destacável, uma vez que incapaz de modificar-lhe a natureza jurídica.

A redação do art. 127 nos evoca a clara noção de que a remissão (a renúncia graciosa) é o *ato principal da autoridade pública*, que poderá incluir... um elemento eventual! Aqui, veja-se bem, não é a autoridade que, por sua própria vontade<sup>3</sup>, inclui a medida na

remissão, mas é o instituto da remissão que aceita, em seu bojo, um componente em princípio estranho, mas que somente se acomoda neste contexto diante do necessário aporte da vontade de terceiro<sup>4</sup>. *Incluir na remissão*, portanto, é uma expressão que o aplicador da lei deve compreender como *incluir no momento ou no contexto da remissão*, e não propriamente no seu cerne, sob pena de desnaturar o instituto e cometer grave equívoco técnico-científico.

Esse último ato jurídico, o negócio, é evidentemente acessório daquele primeiro, unilateral, porque não há espaço para transação sem que antes ocorra a remissão. O raciocínio inverso confirma o asserto: a transação antes da exclusão do processo é lógica e juridicamente impossível, porque não convivem o acordo e uma representação (mesmo por fato residual) ao mesmo tempo, sob pena de *bis in idem*. Depois de excluída a possibilidade de representação (com a remissão), é que surge a possibilidade de ajustamento. Afinal, a remissão e a transação não se condicionam reciprocamente, porque absolutamente incompatíveis entre si (a remissão é unilateral e graciosa e a transação bilateral, pressupondo liberdade de vontade). Logo, não se imiscuem, mas se coordenam uma após a outra.

E a transação também não precede a remissão diante do princípio da legalidade. Afinal, a remissão, por ser ato jurídico de direito público, rege-se por princípios muito específicos. É inegável

3 – No ato jurídico *strictu sensu* a vontade não faz escolha de categoria jurídica.

4 – É o *ato misto* mencionado por Marcos Bernardes de Mello.

que o ato jurídico *strictu sensu* de concessão de remissão é um ato administrativo discricionário. A discricionariedade, hoje, com Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, precisa ser entendida como uma *discricionariedade vinculada*, pois não há, tecnicamente, um *ato propriamente discricionário*, mas apenas uma discricionariedade por ocasião da prática de certos atos, que continuam *adstritos à lei reguladora da expedição deles*.

É evidente que esse juízo discricionário, porque atrelado à vontade da lei, não foi deixado ao inteiro arbítrio da autoridade competente. O Ministério Público deve atender a certas e determinadas operadoras legais, que são os únicos “condicionamentos” que foram impostos para a concessão da remissão. Condicionamentos estes, é bom que seja esclarecido, dirigidos da Lei ao Ministério Público, e não do Ministério Público ao adolescente. O estabelecimento de outras exigências, além daquelas previstas expressa e previamente na lei de ordem pública, tripudia o princípio mais elementar de Direito Público, que é o da legalidade (*o que não está autorizado pela lei é proibido*).

Pois bem, conforme disciplina taxativamente o art. 126 do Estatuto, o “processar” ou o “deixar de processar” um adolescente está condicionado ao atendimento: 1º) *das circunstâncias e conseqüências do fato*; 2º) *do contexto Social*; 3º) *da personalidade do adolescente* e 4º) *do grau de participação no ato infracional*.

Percebe-se que, dentre essas operadoras, não existe a possibilidade de condicionar a remissão ao cumprimento de uma medida sócio-educativa. Não há como condicionar a remissão a uma transação. Se assim é, a transação não precede a remissão, e sim o contrário. É preciso esclarecer, de uma vez por todas, que a remissão encerra um juízo de conveniência. A decisão de “*não processar*” é um ato jurídico para o qual não concorre a vontade e a conduta de terceiros, como se apreende da mais abalizada doutrina.

Esse entendimento respeita, ademais, a lógica da remissão, porque não existe perdão condicionado. Ou se perdoa graciosamente ou não se perdoa. Condicionar a concessão da remissão ao cumprimento de uma medida sócio-educativa, como foi realizado nestes autos, implica violação não apenas do princípio da legalidade, mas sobretudo da moralidade administrativa, porque, se o adolescente realmente necessita da medida, de duas situações uma deve ocorrer: (1º) ou ele concorda *sem pressão de qualquer espécie*, e tal se realiza espontaneamente, por acordo, justamente atendendo ao seu caráter predominantemente pedagógico ou (2º) tal se faz de forma impositiva, mediante a representação e sentença da autoridade judiciária.

Todo o resto é fruto de uma construção incapaz de compreender que a remissão, ainda que ato discricionário, precisa se ater às normas legais, e aos seus limites, sob pena de tornar-se um exercício arbitrário de poder. Daí a

conclusão imperiosa: remissão e transação não se condicionam e a primeira deve preceder à segunda. Esse é único modo realmente garantista de assegurar a proteção do direito fundamental à liberdade de qualquer adolescente.

Assim, ou adotamos esse entendimento, ou aceitamos que o legislador não foi *técnico o bastante* ao nominar esse instituto de REMISSÃO... Situação essa em que seríamos merecedores do reproche de Carlos Maximiliano pela viciosa interpretação, segundo o qual, na aplicação da lei “*se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica... Enfim, todas as ciências, e entre elas o Direito, têm a sua linguagem própria, a sua tecnologia; deve o intérprete levar em conta... No Direito Público usam mais dos vocábulos no sentido técnico; em o Direito Privado, na acepção vulgar...*”<sup>6</sup>

No presente caso concreto, ocorreu visível confusão: a transação não se deu propriamente por sobre a medida sócio-educativa. A transação se deu, erradamente, por sobre a remissão.

### 3. A necessidade de defesa.

Diante da distinção já realizada entre remissão e transação, esclareço que a discussão desses autos se cinge em torno do *acordo incluído no momento da remissão*. É a transação que precisa ser avaliada judicialmente para a formação de um título executivo e que, *concessa vênia*, nada tem que ver com a remissão enquanto *ato admi-*

*nistrativo unilateral de discricionarie-dade vinculada*.

Sabe-se que a homologação judicial serve, obviamente, para constituição do título executivo que regerá o cumprimento da medida sócio-educativa. Essa homologação pressupõe que o acordo que deu origem à obrigação assumida satisfaça os pressupostos legais e constitucionais mais elementares, pois qualquer chancela judicial pressupõe a guarda da normatividade da carta política e o respeito a certos princípios supralegais. Não podemos compreender que a homologação judicial constitua uma formalidade estéril, sem qualquer significado.

É certo que a lei ordinária não fala em advogado ou defensor no procedimento previsto nos arts. 179 a 181 do Estatuto. E essa *não previsão* se deve antes ao caráter unilateral da remissão, do que a uma omissão ou cochilo do legislador. Afinal, a transação sobre uma medida sócio-educativa, nos exatos termos da lei, é eventual (art. 127), acidental ou acessória. Não sendo costume do legislador e não sendo de boa técnica legislativa regrar as exceções, permanecem incidentes outras normas legais e constitucionais que com esses casos não se desarmonizem.

Assim, mesmo não tendo a lei dito expressamente, a presença do defensor é fundamental *sempre que se constatar o eventual* (a celebração de um acordo entre Estado e o adolescente), já que a regra é a imposição das medidas por sentença judicial. Trata-se de uma garantia constitucional do jovem, de um

6 – Hermenêutica e Aplicação do Direito. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 109.

direito indisponível de qualquer acusado, porque em um procedimento em que se vislumbre possível a aplicação de uma sanção ou de um encargo, é preciso que se garanta a defesa técnica. É evidente que para a realização desta espécie de transação, que é de ordem pública, as partes (adolescente e Estado) devem estar em pé de igualdade (ainda que formal), a fim de evitar a prevalência dos interesses do mais forte. A participação do advogado, portanto, é inafastável, como aliás preceituam os arts. 133 e 134 da Constituição Federal, para manter o equilíbrio dos convenientes e assegurar a defesa técnica (art. 111, III, do Estatuto).

Não se deve sustentar, de outro lado, que a exigência do advogado é descabida porque não há litígio, mas consenso. Na verdade, à base da transação está um conflito de interesses levado a efeito já no início da atividade inquisitorial, quando toda a máquina estatal é posta em movimento diante da *suposta* prática de um injusto típico. Negar a posição de acusado ao adolescente, portanto, é forçar uma interpretação viciosa. O que leva o Estado a remitir e a transigir, portanto, não é o consenso, mas o litígio. Ademais, como a remissão *exclui o processo de conhecimento*, o descumprimento da transação (da medida sócio-educativa) não enseja a sua reabertura. Muito pelo contrário, a consequência é a substituição da medida pela internação<sup>7</sup>, diante da existência de um título executivo (a sentença homologatória). E isso, saliente-se, foi corretamente alertado pelo

Ministério Público na audiência com os adolescentes. E com razão, porque “*excluir*” o processo pela remissão tem um significado completamente diverso do que “*suspender*” um processo pela remissão... O que foi excluído não retorna. O descumprimento da medida aplicada em sede de transação ministerial não possui o efeito repristinatório de reabertura do processo de conhecimento. Isso consistiria em absoluta perversão da natureza da remissão, que é uma desistência, uma renúncia definitiva ao direito de ação.

É potencial, portanto, o risco da privação da liberdade para o adolescente que transaciona com o Ministério Público. Nem se sustente que a defesa é desnecessária diante de um segundo argumento equivocados, de que “*é durante a fase de execução que a ampla defesa vai ser assegurada para o fim de decretar-se a internação*”. Acontece que os operadores não têm se apercebido que a defesa a ser exercida na fase executória é totalmente *limitada*, porque o adolescente terá apenas a oportunidade de justificar a razão do descumprimento, tão-somente, e *não a justiça ou a necessidade da medida aplicada*, tudo porque o Estado já conta com um título executivo (a sentença homologatória da transação). No máximo se admite a revisão judicial, mas agora com o ônus da prova a cargo do adolescente (art. 128), justamente porque o Estado, detentor de um título judicial que veicula obrigação líquida, certa e exigível, nada mais tem que provar.

---

7 – Art. 122, III do Estatuto.

Por isso que, previamente à constituição desse título executivo, deve haver uma garantia mínima de defesa, justamente para a celebração do acordo. Essa providência revela-se incontornável quando se analisa a realidade da vida, e quando dela constatamos que a grande maioria dos adolescentes em conflito com a lei, assim como seus pais ou responsáveis ou são analfabetos ou não possuem sequer o ensino básico completo. Soma-se a essa situação caótica os déficits intelectuais impostos pelo abuso de substâncias químicas, como as drogas e o álcool. Tenho plena consciência de que essa é uma questão de fato, que dependeria de prova, mas as circunstâncias aqui relatadas são muito bem conhecidas dos juízes e promotores que atuam ou atuaram nas Varas da Infância e da Juventude por este país afora.

Outro ponto importante dessa “*questão da defesa*” está na consignação em ata de audiência, feita pela digna promotora de justiça, sobre o desinteresse do adolescente e de seus responsáveis de serem assistidos por advogado ou defensor público naquele ato.

Penso que o problema, em que pese a providência cautelosa do Ministério Público, é mais complexo do que a mera averiguação sobre o interesse ou não do adolescente de estar assistido por advogado no caso concreto. O problema é muito mais grave do que isso, porque envolve a garantia de *direitos fundamentais indisponíveis*, de interesse público relevante. Constatase, pois, o cometimento de uma liberalidade por parte dos responsáveis legais do adolescente com a qual o Ministério Público não poderia ter con-

cordado sequer tácita e muito menos expressamente.

O direito à ampla defesa e à defesa técnica é um direito fundamental *indisponível*. Se nem ao réu adulto foi dada permissão para dispensar a assistência de advogado, o que se dirá do adolescente? Mesmo havendo recusa, o juiz está obrigado a nomear um defensor. Com os adolescentes acusados da prática de atos infracionais não é diferente. Muito pelo contrário, aqui é que o garantismo deve predominar, não apenas diante do art. 111, III, do Estatuto, mas perante excepcionalidade da intervenção sócio-educativa e à política de não-estigmatização do adolescente. Nem o juiz, que é órgão imparcial, sob pena de flagrante nulidade, pode tomar declarações de um adolescente sem a presença de defensor!

Observação ainda deve ser feita para os termos empregados na audiência de apresentação, onde o Ministério Público acaba ele mesmo por confirmar, no seu texto, a necessidade imperiosa de um defensor. Foi lançado, naquele termo de audiência, as seguintes afirmações: “*A situação indica a necessidade de imposição de medida que interfira na conduta do adolescente... (grifei)*”.

Aqui o Estado admite expressamente que a medida não é fruto de transação, mas sim decorre da *necessidade de uma imposição*. Mais adiante, ao ser explicado que a “*REMISSÃO somente foi concedida porque aceito o cumprimento da medida sócio-educativa ajustada*” evidenciou-se a imposição de uma condição para a exclusão do processo, que é absolutamente incompatível com a natureza jurídica do ato de renúncia unilateral. Uma condição que, além de



não ser possível em ato jurídico *strictu sensu* por natureza, e não ter sido autorizada no art. 126 do Estatuto, não foi analisada e ponderada por um defensor, caso em que poderia não ter sido aceita ou poderia ter sido negociada de forma diferente, já que os adolescentes e seus pais não dispunham da informação técnica de que as remissões são renúncias unilaterais, e não negócios jurídicos.

Finalmente, importa lembrar que essa posição não é isolada do magistrado signatário, mas resultado de deliberação unânime do Conselho de Supervisão da Infância e da Juventude (CONSIJ), órgão formado por todos os juízes regionais do Estado, por um corregedor e um desembargador presidente, e consignado no Enunciado nº 01, publicado no Diário da Justiça do dia 24 de outubro de 2002.

4. Sobre a forma de atacar a “*discordância*” judicial (Questão formal).

O intróito nos impunha uma cautela, por certo. Interpretar é ato que demanda reflexão. E isso nos conduz a uma outra certeza um tanto esquecida: a de que, no Estado de Direito em vigor, o Poder do Estado que foi encarregado de interpretar e manter a homeostase do sistema jurídico é, inquestionavelmente, o Poder Judiciário. O exercício da jurisdição não é compartilhado. Com Kelsen, é o juiz o intérprete autêntico do Direito. Na questão específica que ora se julga, é incontroverso que ao Poder Judiciário incumbe dizer, com exclusividade, se o

ato praticado (a transação) é ou não bom, válido ou inválido, a fim de que possa surtir seus efeitos jurídicos.

Segue-se, daí, a constatação evidente de que a aplicação indiscriminada do art. 181, § 2º, do Estatuto, para qualquer situação de “*discordância*” judicial, é resultado de uma interpretação míope do sistema jurídico, e da própria organização política do Estado.

Afinal, o Ministério Público não pode ter a última palavra quando a questão é jurisdicional, sobre a aplicação de uma medida sócio-educativa *eventualmente* transacionada. Assim como o juiz não pode ter a última palavra sobre a disponibilidade da ação sócio-educativa (remissão), o Ministério Público não tem o poder de vincular o juiz, ainda mais em atividade de sua exclusiva competência<sup>8</sup>... Ao se conceber possível que o juiz deva remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça quando não homologar transação entre promotor e adolescente, estamos admitindo que essa autoridade possua o poder de revisão da sentença judicial, o que é um rematado absurdo. Ainda mais esdrúxula é a possibilidade de que o Procurador-Geral de Justiça, “*decidindo*” contra a sentença de 1º grau, imponha ele mesmo, ratificando a “*remissão*”, a medida sócio-educativa, o que ocorreria em flagrante violação da competência legal conferida ao Poder Judiciário e já assentada em súmula de jurisprudência.

Essa última hipótese é tão teratológica que precisaríamos admitir: (I) que o Ministério Público pode aplicar

---

8 – Súmula nº 108 do STJ

ele mesmo a medida sócio-educativa, contrariamente ao princípio da igualdade material entre as partes; (II) que o controle judicial previsto na lei para nada serve, uma vez que a decisão do juiz pode simplistamente ser “*cassada*” ou desconsiderada por um órgão administrativo, em flagrante violação do princípio do monopólio da função judicante pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da C.F.); (III) Que o Ministério Público, órgão parcial e acusatório, teria autorização para invadir a esfera de competência de um Poder do Estado, obrigando seus juízes a “*homologar*” acordos que imponham gravames aos cidadãos sem o contraditório e a ampla defesa, quando é mais do que evidente que nem os Tribunais e Corregedorias do país têm tamanho poder de injunção perante seus magistrados, autoridades autônomas e independentes de acordo com o art. 2º da Constituição Federal Brasileira.

Se essa última hipótese for aceita como resultado de uma interpretação da lei em vigor, então não me furto da responsabilidade de apontar a flagrante inconstitucionalidade desse art. 181, § 2º, porque simplesmente aberrante, absurdo e incompatível com a ordem constitucional.

Portanto, estranha-se que o Ministério Público, justamente o órgão encarregado pela Constituição Federal de *defender o regime democrático* (art. 127 da C.F.), venha em juízo sustentar tamanho equívoco, máxime quando este julgador já manifestou, reiteradamente, que o caminho jurídico correto é o da *apelação contra a decisão que não homologa a transação*.

Posto isso, julgo parcialmente procedente o pedido ministerial para o fim de:

1º) homologar apenas a remissão, como ato de renúncia unilateral do direito de ação sócio-educativa, concedida ao adolescente A. L. O., tendo em vista que este juízo nada tem a opor ao ato jurídico *strictu sensu*, concordando com a disposição já levada a efeito pelo órgão ministerial;

2º) recusar Homologação ao acordo que se incluiu no momento da remissão, considerando a ausência de defensor no acompanhamento do adolescente para a transação ministerial e a injurídica liberalidade de seus responsáveis legais por sobre o direito fundamental indisponível da defesa técnica.

Assim procedo, deixando de remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, uma vez que se trata de Decisão Jurisdicional atacável por meio de apelação, nos termos da melhor doutrina: “*A remessa ao Procurador-Geral de Justiça far-se-á unicamente no caso de recusa do juiz em homologar o arquivamento ou a remissão. Se a discordância disser respeito à medida sócio-educativa incluída na remissão (art. 127), a hipótese ensejará a interposição de recurso de apelação*” (Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. Cury, Garrido & Marçura, 2ª ed., p. 182, item 07.

Ademais, a presente decisão não impede que o Ministério Público renove o acordo anexado à remissão e o submeta, posteriormente, à homologação judicial, desde que atenda às formalidades constitucionais. Caso não se

conforme com essa decisão, pode pleitear a homologação do acordo ao 2º grau de jurisdição, por meio da via recursal.

Registre-se.

Intime-se o Ministério Público.

Transitada em julgado a sentença, arquivem-se, com baixa.

Santa Cruz do Sul, 12 de novembro de 2002.

**Cleber Augusto Tonial** - Juiz da Infância e da Juventude.

**Juíza prolatora: Marlene Marlei de Souza Stangler**

**Data: 24 de janeiro de 2003.**

*Interdito Proibitório. Extinção sem julgamento do mérito. Falta de Interesse Processual.*

Vistos,

MONSANTO DO BRASIL LTDA., empresa com sede em São Paulo, ajuizou INTERDITO PROIBITÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR contra o MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA – MST, alegando que se dedica à agroindústria, com estudos e pesquisas, especialmente no desenvolvimento genético de determinadas espécies vegetais e, para tanto, mantém campos experimentais instalados na Comarca de Não-Me-Toque.

Aduz que, por razões políticas, o MST tem efetivado ameaças, como no dia 25 de janeiro de 2001, quando mais de 2.000 integrantes invadiram o campo experimental da autora.

Assevera que, em palestra ministrada no Fórum Social Mundial realizado no ano passado, os líderes do MST promoveram campanhas contrárias ao cultivo de organismos geneticamente modificados e, posteriormente, invadiram uma Fazenda em Santa Catarina.

Por fim, argumenta que o réu já cometeu atos de esbulho e turbação que justificam o ajuizamento da presente, que se soma à realização do Fórum Social Mundial, no qual pessoas do mundo inteiro discutem aspectos ligados aos direitos sociais, em especial aqueles afetos aos interesses dos sem-terra.

Propugna pela concessão da liminar e a expedição de mandado proibitório para compelir o MST a se abster de ameaçar a posse exercida pela autora na propriedade existente na Comarca de Não-Me-Toque, localizada Rodovia RS 142, Km 13, com a cominação de pena pecuniária em caso de descumprimento e, no mérito, a procedência da ação.

É o relatório. Decido.

Pretende a autora com o ajuizamento da ação de interdito a expedição de mandado proibitório liminarmente, para que o MST se abstenha de ameaçar a posse exercida pela autora na propriedade destinada ao cultivo experimental, na BR 142, Km 13, em Não-Me-Toque, com base em fatos ocorridos em janeiro de 2001 e, notadamente, pelas palestras ministradas no Fórum Social Mundial.

De plano, constata-se que, não tendo a autora demonstrado a prática de atos reais a caracterizar ameaça capaz de produzir justo receio, carece da ação proposta, porquanto não bastam notícias veiculadas pela imprensa de afirmações genéricas, sem qualquer individualização, e, tampouco de atos pretéritos.

O fato do MST ter invadido o campo experimental da autora em 25 de janeiro de 2001 não se presta para embasar a demanda, pois, para tanto, é indispensável que se configure a iminência de turbação ou esbulho da posse do autor no imóvel aludido na peça pórtrica.

A ação de interdito proibitório cabe àquele que tem justo receio de ser

molestado em sua posse e visa proteger de uma ameaça objetiva, séria, fundada. No tópico, o artigo 932 do Código de Processo Civil exige “justo receio”, ou seja, o temor justificado, para fundar o pedido com fatos “objetivos”, que no caso dos autos inoçorreram.

Nesse diapasão Adroaldo Furtado Fabrício sustenta com a clarividência que lhe é peculiar. Vejamos:

O justo receio, de um lado, é o temor justificado, no sentido de estar embasado em fatos exteriores, em dados objetivos. Nesse enfoque não basta para obtenção do mandado proibitório o receio infundado, estritamente subjetivo – ainda que existente. Por tibieza de temperamento ou até mesmo por deformação psíquica pode alguém tomar como ameaça à posse o que não passa de maus-modos de um vizinho incivil. O receio passa a existir, mas é infundado, porque não se ancora em fatos objetivos caracterizadores de uma verdadeira ameaça. Não importa essa observação em endosso à tese segundo a qual a ameaça apenas verbal não basta, por não estar no ‘domínio concreto dos fatos’: palavras também são fatos, e possivelmente mais minazes do que outros quaisquer. O que importa é a seriedade da ameaça, sua credibilidade, sua aptidão para infundir num espírito normal o estado de receio. (Comentários ao Código de Processo Civil; volume VIII, tomo III, arts. 890 a 945; Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 464).

A agressão que a autora pretende corrigir, embasada em fatos subjetivos e/ou pretéritos, não configura ameaça à posse prevista no dispositivo acima referido e, como consequência lógica,

desautoriza o ajuizamento da demanda de interdito proibitório por absoluta ausência de interesse de agir.

Assim decidiu a 17ª Câmara Cível do TJRS, na Apelação Cível nº 70002028033, sendo Relª a Desª Elaine Harzheim Macedo. j. 06.03.2001:

O justo receio de que trata o art. 932 do estatuto processual sempre foi objeto de muita preocupação, tanto na doutrina como na jurisprudência, no sentido de se determinar, tanto quanto possível, a linha divisória entre a realidade e a subjetividade da questão posta. A agressão à posse que tal dispositivo visa corrigir é aquela configurada pela ameaça que há, por sua vez, de se caracterizar por dois elementos, quais sejam, ameaça traduzida pela prática de atos reais e que tenha uma ocorrência de temporalidade, ou seja, de que a agressão prometida esteja por acontecer. A ausência de qualquer desses requisitos, retira o justo receio juridicamente assim qualificado e, via de consequência, o interesse de agir.

*In casu*, sob a ótica da subjetividade, ou seja, o sentimento vivenciado pelo autor, trata-se de questão que, por si só, refoge ao âmbito de avaliação do julgador. Esse há de ser medido por outros fatores, que não os jurídicos, podendo até interessar outras áreas ou segmentos do conhecimento do humano. O medo, nos dias de hoje, é quase que um parceiro permanente. Os proprietários de terra, receosos de invasões. Os integrantes do movimento, desconhecendo onde dormirão no dia seguinte ou o que comerão no café da manhã. Os cidadãos, se atravessarem a rua incólumes ou se sua casa não será

objeto de furto ou arrombamento. As mães e pais, se seus filhos serão seduzidos pelos traficantes de drogas. Enfim, o medo é uma realidade global, que não encontra solução nas lides jurídicas.

ANTE O EXPOSTO, com fulcro no artigo 295, inciso III, c/c o artigo 267, VI, do CPC indefiro a inicial e JULGO EXTINTO O PROCESSO ajuizado pela MONSANTO DO BRASIL LTDA. contra o MOVIMENTO DOS TRABALHADORES

RURALS - MST, sem mérito, por carência de interesse processual. Entretanto, deixo de condená-la ao ônus da sucumbência em face da ausência do contraditório.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

De Carazinho (RS) para Não-Me-Toque (RS), em 24 de janeiro de 2003.

**Marlene Marlei de Souza Stangler** –  
Juíza de Direito Plantonista.

**Juiz prolator: Gilberto Pinto Fontoura**

**Data: 04 de fevereiro de 2003.**

*Interdição. Desnecessidade de curador quando proposta pelo Ministério Público.*

Vistos.

Quando a interdição não for proposta pelo Ministério Público, é seu Agente quem atua na defesa dos interesses do interditando cumulando a atividade fiscalizatória.

O novel Código Civil, em seu artigo 1770, repetindo o Diploma de 16, artigo 449, expressa:

“Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será o defensor”. (grifei)

O Diploma Processual Civil, em seu artigo 1.179, traça o mesmo regramento ao referir:

“Quando a interdição for requerida pelo Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º).

Na mesma trilha é o contido no § 1º do artigo 1.182 do CPC:

....

§ 1º: Representará o interditando nos autos do procedimento o órgão do Ministério Público ou, quando este for o requerente, o curador à lide. (grifei)

Significa, a despeito de entendimento diverso – que não desconheço – mas penso do modo como ora decido – desnecessidade de nomear curador à lide nos casos em que a interdição for proposta por parente interessado, isto é, que não o Ministério Público.

Além desse aspecto, se procedente a interdição – nomeado curador ao incapaz – se esse curador ou o próprio interdito entender cessada a incapacidade (por exemplo decorrente de providência de tratamento, artigo 1.776 do novo Código Civil) poderá pleitear seu levantamento.

Alexandre de Paula, in Código de Processo Civil Anotado, 5ª edição, 1992, RT, Vol. IV, ao comentar o artigo 1.179, já naquela época, explicava:

“O órgão do Ministério Público participará sempre do processo de interdição, como promovente, nas hipóteses do art. 1.178, ou como defensor do interditando, nos demais casos. Em sendo promovente, a defesa há de se realizar por curador à lide. A nomeação desse curador não obsta a que o interditando, ou qualquer parente sucessível, constitua advogado para a sua defesa (art. 1.182, §§ 2º e 3º). (grifei)

A jurisprudência, também já se posicionou no sentido que ora decido, permitindo-me reproduzir o aresto:

“CURATELA. CURADOR À LIDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR À LIDE, SE A INTERDIÇÃO NÃO É REQUERIDA PELO PARQUET (ART. 1.179 DO CÓDIGO DE PROC. CIVIL).

Órgão do Ministério Público que, recebendo vista do processo, não se manifesta sobre o mérito, requerendo indevida nomeação de curador especial, sendo, em seguida, proferida sentença. Ausência de nulidade.

O comando legal (art. 83, I, do Código de Proc. Civil) determina a abertura de vista para o Ministério Público e isso foi cumprido, não se manifestando sobre o mérito porque não quis.

(Apelação Cível nº 1999.001.03984, 16ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Sérgio Lúcio Cruz. j. 16.05.2000)”.  
Portanto, nenhum prejuízo ao suposto incapaz, nunca.

Portanto, nenhum prejuízo ao suposto incapaz, nunca.

Ao exposto, desacolho o pedido de nomeação de curador à lide.

Retornem os autos ao Ministério Público, para parecer.

Planalto, 04 de fevereiro de 2003

**Gilberto Pinto Fontoura** - Juiz de Direito.



**Juiz prolator: Gilberto Schäfer.**

**Data: 16 de abril de 2003.**

*Ação de Reparação de Danos C/C Preceito Cominatório.*

Indústria de Plásticos Pampa Ltda. e José Guilherme Rizzo Fichtner propuseram Embargos declaratórios à sentença proferida por este juízo.

Alegam que a sentença incorreu em omissão ao deixar de analisar todos os fundamentos de razões de fato e de direito que teriam levado ao desacolhimento de vários pedidos de ressarcimento de danos deduzidos na exordial.

a) lucros cessantes ou danos ocasionados –

b) a contradição jurídica também no fato de a sentença haver condenado a requerida na obrigação de não poluir, reconhecendo o dano, porém nada concede - e sem, ainda, a devida fundamentação – quanto aos danos causados.

c) Pede, por isso, efeitos infringentes aos Embargos.

Embargos Declaração da Ré

A requerida opôs Embargos de declaração requerendo o pronunciamento da possibilidade de cumprimento da obrigação *in natura*.

Relatei.

Decido.

Na sentença consta a resposta ao pedido de lucros cessantes com a devida fundamentação.

O fato constitutivo deve ser provado e não pode ser relegado para a liquidação da sentença. Assim, quando ao dano alegado o Autor se refere a eles de

forma dupla: num momento afirma que perdeu uma chance e noutro se refere a lucros cessantes.

Entretanto, a matéria foi apreciada, como reproduzo:

(...)

A Autora alega que houve a perda da possibilidade de comercializar embalagens alimentícias em decorrência da conduta poluidora da empresa Ré. É certo que a poluição não permitiria comercializar tal produto. No entanto, a perda da chance deve ter como causa única esse fato (a perda da chance deve ser séria e real segundo a doutrina francesa).

Nada há nos autos que afirme que também as instalações da ré fossem adequadas, para produzir essas embalagens, ou seja, que estariam protegidas de outros agentes poluidores. Em outras palavras, tire-se a poluição da Ré, podem existir outros poluentes que interfiram nesse processo.

Para avaliar a seriedade dessa chance seria necessário que ficasse demonstrado que a Autora quisera tal produção. Constate-se que desde o primeiro momento em que a Autora se instalou na cidade de Eldorado do Sul não desenvolvia esta atividade (de produzir embalagens para produtos alimentícios). As provas da autora, da produção de embalagens alimentícias, referem-se a data anterior e são licenças concedidas quando a empresa estava no município de Porto Alegre e datam de 1977 (fl. 32) e fl. 33; São Paulo (fl.. 34 e 34v), e Rio de Janeiro (fl. 35.)

Assim, não há comprovação da tentativa de confeccionar embalagens plásticas alimentícias na fábrica do Município de Eldorado do Sul. Há, apenas, o depoimento do funcionário Laone S. Maroco (fl. 788 *in fine*) de que havia produção de embalagens alimentícia. Entretanto, um único testemunho não é suficiente para provar um fato de proporções como o do presente feito.

Por outro lado, verifica-se que também não há comprovação de planejamento estrutural para esse fim, ou seja, não sabemos em que medida seria possível a produção de embalagens plásticas por parte da Ré. A possibilidade de ingressar no mercado creio que é aleatória e insuficiente para ser pesada a seu favor.

Nos seus Embargos a Autora pede que sejam examinadas a diminuição da lucratividade e de sua produtividade em face da intervenção da poluição causada pela Ré.

Ora, embora de forma sucinta a decisão foi apreciada e julgada, sendo afastada por razões concernentes ao campo da prova:

Quanto a produtividade e lucratividade são conceitos objetivos, contábeis, que não foram demonstrados nos autos. Assim, não há prova suficiente de sua ocorrência.

Assim, indefiro o pedido de ressarcimento por lucros cessantes oriundo da perda possibilidade de negociação de embalagens alimentícias.

Essa forma de prova foi apontada na própria inicial quando disse (fl. 09):“*Segundo se pôde estimar, estes lucros cessantes (que aqui, parcialmente, se confundem com os danos emergentes ou*

*prejuízos), com base em técnicas contábeis ou financeiras, alcançam, no mínimo, a um prejuízo anual, - estimado pela Autora e sujeito a posterior confirmação por arbitramento...*”. Ora, se causava danos na produção que podem ser apuradas segundo técnicas financeiras onde está o começo da estimativa desses danos? Onde está o início da prova de que houve problemas com a produtividade e o faturamento? Não encontrei nos autos essa prova.

Também foram apreciados os Danos emergentes, resultantes da depreciação do patrimônio imobiliário, móveis, máquinas e demais bens que guarnecem a unidade fabril, a desvalorização do valor da indústria da Autora em comparativo com o valor do mercado de indústria similares, como se pode ver na sentença.

De acordo com as provas dos autos é visível os transtornos ocorridos, em decorrência da poluição produzida pela empresa Ré.

No entanto, não há provas nos autos de que tenha ocorrido desvalorização maior do que ocorre normalmente em função da atividade da Ré. A conduta da Ré não atinge as proporções que a Autora almeja para indenização. Não há qualquer comprovação de desvalorização da indústria em decorrência da proximidade com a Ré e, em todo caso, se criado o sistema de pressão positiva estará recomposto qualquer desvalorização acaso existente.

Também foram apreciados os danos causados à Autora com insalubridade do ambiente de trabalho, entendendo igualmente não comprovados os mesmos.

Cumpra ressaltar outros dois aspectos.

Os danos devem ter a sua ocorrência comprovada. Portanto, a referida sentença situou a questão no terreno probatório.

Não podemos confundir a falta da prova do dano indenizável com a não ocorrência do ilícito. Há ilícito e pode haver dano- que *in casu* não foi comprovado, apenas alegado. Assinalo que a tutela inibitória destina-se a tutelar, ainda que inexista dano. De forma didática o novo Código Civil separou o ilícito do dano (art. 186/187 e 927). Assim, o ato ilícito *em si* está em um plano e o dano em outro. Nesse sentido gostaria de reproduzir as palavras de Marinoni<sup>1</sup>:

“Como já se pode perceber, a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica na quebra do dogma – de origem romana – de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica.

(...)

Compreendendo-se que a tutela jurisdicional contra o ilícito não se destina, necessariamente, a reparar o dano, abre-se a oportunidade à construção de uma tutela inibitória atípica, destinada a operar em face dos diversos casos conflitivos concretos que dela careçam”.

(...)

A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reinterar ou reparar o direito violado”

A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, e estes só têm aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão em raríssima excepcionalidade<sup>2</sup>.

Não se prestam a um reexame da matéria de mérito decidida na sentença embargada, mas apenas para corrigir erro evidente. Não se podem prestar a modificar o mérito da decisão, que poderá operar por meio de recurso. A sentença é fruto da convicção deste magistrado e eventual equívoco, erro ou até mesmo injustiça deve ser reparada no Tribunal.

Não existe obrigação do Juiz em responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo bastante para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ficar adstrito aos fundamentos por elas indicados. Nesse sentido Embargos Declaratórios nº 70001009653, 18ª Câmara Cível do TJRS, Uruguaiana, Rel. Des. Ilton Carlos Dellandrea. j. 11.05.2000):

---

1 Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória: individual e coletiva, 2ª edição p. 27-29.

2 Nesse sentido Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 266294/MS (2000/0068155-5), 5ª Turma do STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 06.02.2001, Publ. DJU 19.03.2001, p. 133.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. Não há omissão quando a conclusão do acórdão é resultado lógico de sua fundamentação. O julgador não é obrigado a abordar todas as alegações das partes quando a análise que faz é suficiente a dirimir a questão. Assim, não está obrigado a responder a todos os argumentos que a parte suscita. Se deixa de fazê-lo, não há omissão; há desnecessidade de abordagem específica, apenas. O procedimento monitorio é processo de conhecimento e é especial o de execução e o artigo 295, inciso V, do Código de Processo Civil, só admite a adaptação de um procedimento em outro desde que da mesma espécie. Embargos descolhidos. (05 fls.)

Quanto a pretensa contradição, cabe repetir que se ocorreram danos, não estão comprovados, ou entre aqueles indenizáveis ou pedidos. Os danos devem ser comprovados, embora se pudesse deixar a sua liquidação para futura sentença.

Finalmente não há que se confundir a conclusão da sentença, que geralmente resume o dispositivo e, por isso, alegar que não houve apreciação da sentença. O resumo do dispositivo é diferente do dispositivo em si.

Quanto afastei a procedência dos danos, motivei brevemente. Segundo a doutrina, apenas nos casos em que fuja do precedente é que deve uma explicação adicional dos motivos que levaram a se afastar do critério. *“Quem resolve desprezar um precedente, assume o ônus da argumentação, pois não parece sen-*

*sato abandonar-se, sem melhores razões em contrário, um entendimento até então prevalecente<sup>3</sup>”.*

Por isso conheço dos Embargos apresentados, mas não os acolho.

Embargos Declaração da Ré

A sentença decidiu pela impossibilidade de cumprimento da obrigação *in natura* tendo em vista as dificuldades de seu controle.

Por isso, deve ser afastada essa modalidade de cumprimento da obrigação.

No entanto, é fato notório – com grande impacto na comunidade local – a notícia de que a requerida deseja transferir a sua unidade de produção para outro ponto, fechando, por consequência a caldeira.

E, essa é provavelmente, a causa principal de seu requerimento a juízo.

A intenção da Ré não pode ser levada em conta neste momento. No entanto, a concretização do fato de não funcionamento da caldeira, com o fechamento da fábrica, deve ser levada em conta, se ocorrer, enquanto fato.

Nesse sentido cumpre esclarecer que não será aqui o momento de sua análise. Por isso, o sistema processual coloca à disposição da parte a possibilidade de Embargar, provando o novo fato:

Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;

3 Inocêncio Mártires Coelho. Interpretação constitucional, Sergio Antônio Fabris, p. 71

Araken de Assis anota “*cabe notar a relativa abertura do art. 741, VI. Ele tolera a alegação de ‘qualquer’ causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação*”.<sup>4</sup>

Parece que a intenção de fechar a fábrica ou de colocar a caldeira fora de funcionamento se refere justamente a um fato que poderá acontecer, superveniente a sentença.

Contudo, mantida a normalidade de funcionamento da fábrica pelas próprias

razões expedidas na sentença e que apareceram durante todo o debate – aliás trazidas pela própria ré – será difícil, senão impossível proceder ao controle da caldeira.

Diante do Exposto, conheço dos Embargos apresentados pelas partes, mas não dou provimento aos mesmos.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Guaíba, 16 de abril de 2003.

**Gilberto Schäfer** – Juiz de Direito

---

4 Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, Editora Revista dos Tribunais, p. 976

---

**Juiz prolator: Giovanni Conti**

**Data: 23 de junho de 2003.**

---

*Ação Indenizatória. Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003).*

Vistos.

1. O autor ajuíza ação indenizatória, com pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, com fundamento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003), em razão de incidente ocorrido na entrada do Estádio Olímpico de Futebol que acabou provocando no autor lesões. Junta documentos (*fls. 02 a 60*).

2. Feitas estas breves considerações, requer o autor, conforme pedidos de *fls. 22*, “*a concessão liminar de tutela, sem oitiva da parte contrária, em face do risco de dano de difícil reparação, determinando ao réu o pagamento de cirurgia de que trata o item II desta peça, que deve ser realizada até o dia 30 de junho do corrente ano, e de quaisquer outros gastos relacionados a ela, bem como o pagamento de pensão alimentícia a ser estipulada por este MM, Juízo, não sendo inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais)*”.

Deve-se destacar, que toda a relação jurídica posta para análise de antecipação de efeitos, liminarmente, deve ser vislumbrada a partir das disposições do

*Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, já que restam caracterizados os conceitos de consumidor e fornecedor, nos exatos termos dos arts. 2º e 3º do citado diploma legal.

Também estão caracterizados os conceitos de *torcedor* e de *fornecedor equiparado*, constantes nos arts. 2º e 3º da Lei nº 10.671/2003 (*que de maneira interessante guardam referência numérica e conceitual com a lei consumerista*).

Contudo, desde já pode-se afirmar que a Lei nº 8.078/90 e a novíssima Lei nº 10.671/2003 devem ser tratadas como instrumentos normativos que se complementam e que procuram dar unidade a um sistema de proteção ao *consumidor/torcedor*. E esta harmonização deve ocorrer tanto na sistemática de responsabilidade como na *estrutura principiológica* que guia toda atividade de análise do caso concreto, servindo de base lógica para aplicação das regras.

Ora, dito isto, resta evidente que no trato da prestação de um serviço de lazer, como é a realização de jogos como atrativo aos torcedores (e obtenção de recursos), deve-se, sempre, ser explicitado e destacado o *Princípio da Vulnerabilidade*<sup>1</sup>, nesse sentido:

“(…) vulnerabilidade é um conceito que expressa relação, somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação

---

1 – “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor;”

de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém. Também evidencia a qualidade daquele que foi ferido, ofendido, melindrado por causa de alguma atuação de quem possui potência suficiente para tanto.

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

*O princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento de liberdade, considerado, na forma já comentada no item específico sobre este último princípio, que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outrem (Grifei).<sup>2</sup>*

O consumidor é o vulnerável desta relação jurídica, a parte mais fraca e que, na maioria das vezes sobre reflexos lesivos no desenvolvimento das atividades mais comuns da vida e que, por vezes, apresentam riscos que dos mesmos não se deve, e não se pode, esperar.

Neste mesmo sentido, inclusive com necessidade de harmonização dos diplomas, procura o Estatuto de Defesa do Torcedor demonstrar esta preocupação inerente com a figura do consumidor. Isso é claramente perceptível no *Capítulo IV, do Novo Estatuto, ao tratar*

*da segurança do torcedor partícipe do evento desportivo.*

Ao observar os fatos narrados e os documentos acostados, fica demonstrada plausibilidade (*juízo mais robusto de verossimilhança*) das alegações. Há demonstração da existência de nexo de causalidade entre a lesão (dano) e a atitude da entidade demandada em proporcionar acesso a espetáculo esportivo sem que algumas medidas de *SEGURANÇA, RESGUARDO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TENHAM SIDO TOMADAS ANTES E DURANTE O EVENTO DESPORTIVO.*

Aliás, é claríssima a disposição do *art. 13 da Lei 10671/2003* ao determinar que “o torcedor tem direito à segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos ANTES, DURANTE E APÓS a realização das partidas”. (grifei).

Neste citado diploma legal também ficam evidentes as preocupações com a saúde e bem-estar do consumidor, por meio de regras explícitas de responsabilização pela segurança do torcedor em evento desportivo, dever de que a entidade responsável pelo evento contrate seguro de acidentes pessoais, necessidade de disponibilização de médicos e enfermeiros, ambulância, comunicação às autoridades de saúde sobre realização do jogo, etc.

Também resta evidenciado o dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). O demandante sofreu lesões e necessita *URGENTE E RAPIDAMENTE* de uma cirurgia que faça

---

2 – Paulo Valério Dal Pai Moraes. *Código de Defesa do Consumidor – o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96 e 97.

a correção da fratura, como demonstram os documentos de fls. 28 a 32 e fls. 58 a 60 (boletins de atendimento e radiografias – em que há gráfica indicação da urgência).

Observe-se que é, no mínimo, inconseqüente que o autor espere pela realização da cirurgia justamente por não possuir recursos financeiros quando, na verdade, as lesões que sofreu deveu-se a um risco *DESNECESSÁRIO E INJUSTIFICADO*, ocasionado por falta de segurança em um local que deveria ser adequado à realização de jogos e isso quer dizer: *não houve na prestação dos serviços - ab initio - a segurança e a proteção esperada e compatível com a expectativa do torcedor.*

O próprio Princípio da Proporcionalidade, implícito na Constituição Federal de 1988, indica que *não pode o demandante submeter-se à espera de uma cirurgia urgente em razão da necessidade de defesa, única e exclusiva, da proteção patrimonial de quem deveria ter tomado atitude comissiva para impedir o resultado lesivo ao autor e qualquer outro consumidor – no dever de impedir que qualquer pessoa viesse a ser “pisoteada em plena entrada do estádio”.*

*Não é razoável, do mesmo modo, que o demandante aguarde a realização de toda instrução processual, com a manutenção da lesão com a necessidade de nova fratura óssea para correção da lesão, quando a atividade processual deve ser efetiva e concreta (Princípio da Efetividade do Processo e da Instrumentalidade). E isso não se deve à morosidade necessária para correta prestação da jurisdição. A liminar deve ser concedida em razão dos interesses pos-*

*tos em causa e da gravidade da situação de fato. A saúde não pode ser preterida pela necessidade de segurança das relações e da imprescindibilidade da cognição exauriente; esta é a nova ótica que se deve lançar sobre o modo com que se presta jurisdição.*

*Na escolha dos princípios que devem preponderar na concessão, ou não, de uma antecipação liminar de efeitos, a força normativa de máxima extensão deve ser abstraída do princípio básico e estrutural da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e da Repressão Eficiente aos Abusos nas Relações de Consumo (art. 6º, inciso VI, da nº Lei 8.078/90).*

Entre a proteção patrimonial e resguardo da integridade física e psicológica do autor, tomo, por evidente a segunda como prioritária, com base nas alegações constantes nos autos, as disposições da Lei nº 8.078/90) são de ordem pública e interesse social e possuem como seu fundamento a vida e o bem-estar do cidadão.

Por isso, deve o demandado arcar com todas as despesas da cirurgia, bem como todo acompanhamento médico e clínico, inclusive com as despesas de remédios e procedimento fisioterápico.

*Quanto ao estabelecimento de uma pensão, que não seja inferior ao valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), entendo não demonstrado que apenas o autor exerce atividade remunerada e, também, em razão da seriedade que deve ser inerente à concessão de pensionamento liminar - que envolve um efeito condenatório antecipado (dever de pagar) -, deixo de realizar, neste momento sua análise para fazê-lo após a contes-*



*tação do réu. Este será o momento indicado para que sejam vislumbrados os requisitos de sua concessão, principalmente em face da irreversibilidade concreta do provimento.*

3. ANTE O EXPOSTO, *concedo, parcialmente, a antecipação liminar dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC), para determinar que a parte ré arque com todas as despesas na realização da cirurgia de correção de fratura a que deve ser submetido o autor, até dia 30 de junho do corrente ano, incluindo despesas médicas, hospitalares, fornecimento de remédios e procedimento fisioterápi-*

*co, conforme urgência e indispensabilidade demonstrada.*

*Fixo, desde já, com fulcro no art. 84 do CPDC c/c art. 272 do CPC, multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em caso de descumprimento da decisão.*

*Em razão da demonstrada necessidade, concedo o Benefício da Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50.*

*Cumpra-se com urgência.*

*Intimem-se.*

*Cite-se.*

*Porto Alegre, 23 de junho de 2003.*

**Giovanni Conti** – Juiz de Direito.

---

**Juiz prolator: Giovanni Conti**

**Data: 02 de julho de 2003.**

---

*Tarifas Telefônicas – Ação Coletiva. Código de Proteção e Defesa do Consumidor.*

Vistos.

I - Ajuizada Ação Coletiva de Consumo, tendo por base o Código de Proteção e Defesa do Consumidor contra os aumentos das tarifas telefônicas anunciadas pela ANATEL, em face do acordo firmado com as operadoras que estaria em vigor a partir do dia 29 de junho de 2003, que concedem a possibilidade de um aumento médio de 28,75%. No pedido a parte autora requer que:

“I – seja deferida a tutela específica liminarmente para determinar que as rés se abstenham de aplicar os índices de reajustes autorizados pela ANATEL aos consumidores do Estado do Rio Grande do Sul, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por dia;

(...)

IV – esperam os autores seja a final julgada procedente a ação, para o fim de declarar a nulidade das cláusulas contratuais que possibilitem a suplicação de tais reajustes, condenando às rés nos ônus da sucumbência.” (fl. 11 dos autos).

É o relatório.

II - Inicialmente, cumpre esclarecer que a relação jurídica posta em causa merece um esclarecimento inicial quanto à legitimidade das partes.

Consoante se observa nos autos, a parte autora encontra legitimidade para

sua pretensão nos exatos termos do art. da Lei 8078/90 e art. da Lei 7347/85 (instrumentos em defesa dos direitos coletivamente considerados que devem ser lidos em conjunto).

Já, ao contrário, quanto à legitimação passiva, para responder à demanda, cumpre destacar que não é indispensável e mesmo necessário que venha a ANATEL – Agência Nacional de Telefonia (agência reguladora) constar no pólo passivo da ação. Nesse sentido, encontra-se afastada a competência da Justiça Federal.

Ora, a ANATEL apenas dá suporte fático e jurídico para que as operadoras de telefonia procedam os aumentos autorizados pela agência reguladora. Isso não significa, de nenhum modo, que as mesmas concessionárias destes serviços venham, obrigatoriamente e sob a determinação da ANATEL, a proceder estes aumentos que devem ficar a critério da própria prestadora do serviço. Nesse sentido, é correto que a pretensão das entidades de defesa do consumidor venham a ajuizar a ação contra a CRT BRASIL TELECOM e CRTR BRASIL TELECOM, responsáveis pela boa e regular prestação dos serviços.

Aliás, na verdade, estas são as empresas responsáveis pelo resultado final direto dos aumentos, são estas demandadas que obtêm os lucros dos aumentos com o sistema de prestação dos serviços públicos de telefonia, caracterizando a figura fornecedor.

Sendo assim, traçando o primeiro ponto para aplicação da Lei nº 8.078/90, é

imprescindível que se afirme a aplicação da Constituição Federal de 1988, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e subsidiariamente dos instrumentos do Código de Processo Civil. Todos estes diplomas legais, aplicados em conjunto traçam o mapeamento jurídico pelo qual se deve vislumbrar a questão jurídica trazida inicialmente para análise “*inaudita altera pars*”, ou seja, o provimento liminar de antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC).

Restam caracterizados os conceitos de consumidor e fornecedor, nos exatos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, hipótese em que todo o seu sistema principiológico e todas as questões que permeiam a demanda, sob sua ótica devem ser tratadas.

A Constituição Federal traçou o alicerce do sistema protetivo ao consumidor, considerado tanto em sua forma individual como coletiva. Por isso, em seu art. 170, inciso V, considerou a relação jurídica de consumo protegida com um dos princípios básicos da ordem econômica, elemento estrutural fundante de todas as normas e de toda a relação de consumo.

Por isso este dispositivo também deve ser lido em consonância com o que dispõe o art. 1º, inciso III, da CRFB/88, quando afirmar que a dignidade da pessoa humana é elemento informador de toda base constitucional, para um Estado que se diz Democrático de Direito. Há uma sintonia entre as normas da Constituição, devendo o intérprete buscar a força normativa destes Princípios que se espelham e intercalam para todo o sistema de proteção do consumi-

dor, devendo ser concretizados pelo Princípio da Proporcionalidade e da Máxima Efetividade. Frise-se, desde já, que também devem ser observados os Princípios que informam a atividade da administração pública, aplicáveis às concessionárias de serviços públicos, como a legalidade, moralidade, razoabilidade, etc. (art. 35, da CRFB).

Sendo assim, todas as questões definidas servem para traçar a opção jurídica entre antecipar os efeitos da tutela, liminarmente (no início, no limiar), ou, com base em outros Princípios, como o do Contraditório e o da Segurança Jurídica, aguardar toda a tramitação do processo. Para isso a técnica processual se utilizou e criou o instrumento contido no art. 273, e 461 do CPC c/c art. 84, do CPDC.

Este instrumento processual requer que sejam postos para uma decisão urgente, buscando o que a doutrina tem atualmente tratado como tutela específica. Há a satisfação antecipada (exceção no processo civil), liminar, com base em princípios e em elementos que demonstrem a plausibilidade das alegações da parte autora (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano iminente e irreparável (*periculum in mora*) como modo de garantir a efetividade para segurança, havendo a antecipação de um efeito concreto (no dizer do eminente processualista gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva) que possa garantir a utilidade final do provimento com base na satisfação antecipada que se dá, no CASO CONCRETO, por meio de um provimento mandamental que determine um obrigação negativa de não fazer.

Contudo, a plausibilidade das alegações são evidenciadas pelas alegações e

documentos constantes nos autos. Questiona-se o aumento realizado tomando por base as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ora, tomando apenas por base a Lei nº 8.078/90, é imprescindível que se reconheça a vulnerabilidade do consumidor. Não se trata de afastar este Princípio somente com a alegação de que a demandante não é consumidor considerado em sua feição individual. A vulnerabilidade está sempre presente na relação de consumo, como elemento básico e não se confunde com a Hipossuficiência (outra questão jurídica).

Cumprido, então, destacar e enfatizar *Princípio da Vulnerabilidade*<sup>1</sup>, nesse sentido:

“(...) vulnerabilidade é um conceito que expressa relação, somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém. Também evidencia a qualidade daquele que foi ferido, ofendido, melindrado por causa de alguma atuação de quem possui potência suficiente para tanto.

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte

do sujeito mais potente da mesma relação.

O princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento de liberdade, considerado, na forma já comentada no item específico sobre este último princípio, que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outrem (GRIFEI).”<sup>2</sup>

O consumidor considerado em sua forma individual ou metaindividual (*direitos individuais homogêneos, coletivo strito sensu e difusos*) são os vulneráveis desta relação jurídica, a parte mais fraca e que, na maioria das vezes sobre reflexos lesivos no desenvolvimento das atividades mais comuns da vida e diria indispensáveis da moderna sociedade de consumo.

Traçado o prisma ou ótica pelo qual deve ser observada a plausibilidade das alegações, verossimilhança (juízo mais robusto de plausibilidade), tenho por aplicáveis várias disposições que informam o sistema de proteção consumerista.

Ressalte-se, em tempo, que a Lei 8078/90 é de interesse público e social, sendo as SUAS DISPOSIÇÕES FUNDAMENTAIS para o crescimento não só da economia, mas que haja o devido respeito ao consumidor. Por isso, a política das relações de consumo deve ter como norte as determinações do art. 4º, incisos

1 – “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:  
I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor;”

2 – Paulo Valério Dal Pai Moraes. *Código de Defesa do Consumidor – o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96 e 97.

I, II, VI, VII, VIII, que tratam exatamente da vulnerabilidade, da ação governamental de proteção ao consumidor, do Princípio da Repressão Eficiente aos Abusos, racionalização e melhoria dos serviços públicos e estudo constante das modificações de mercado. Mais que isso, devem ser respeitados os direitos básicos do consumidor, contidos no art. 6º, com especial atenção aos incisos V, VII, VIII, X.

Nas práticas comerciais e nos contratos, deve haver a harmonia das relações de consumo, que também é um princípio básico, quando deve ser sempre buscado o Equilíbrio Contratual e os Fins Sociais dos Contratos, como bem demonstram as disposições do art. 39, incisos V, X e art. 51, incisos IV, XXIII, XV e parágrafo 1º, incisos I, II e III.

Plausíveis as alegações dos autores, cumpre, agora, determinar em que reside o perigo de dano iminente e irreparável. Tal dano não decorre da simples morosidade eventual ou natural que atinge a prestação jurisdicional em razão da busca da cognição plena e segurança jurídica inequívoca – impensável na sociedade de consumo de massa, instantânea. O dano advém da própria violação jurídica coletiva (*art. 81 do CPC*), em que muitos, diria incalculáveis consumidores, serão atingidos por uma medida de aumento nas tarifas telefônicas, com o aumento da prestação de serviços, oneração demasiada, ingresso de ações, desgaste econômico, inadimplência aumentada, inscrição em cadastros, além da violação íntima, moral,

pessoal; na convicção do consumidor de ser melindrado por aumentos sem que lhes sejam *ESCLARECIDOS, EVIDENCIADOS, PROVADOS, DEMONSTRADOS E PUBLICIZADOS* os motivos dos aumentos e mais que sua legalidade, que lhes seja ao menos justificada a supressão de suas garantias com base no Princípio da Moralidade, pois hoje, mais do que legal as relações jurídicas e econômicas, até **MESMO AS DECISÕES POLÍTICAS (!)** devem ser lastreados por bases éticas, morais.

O dano advém dessa perspectiva material e moral do consumidor, que não pode ser ignorada. Restam, por isso, presentes os requisitos positivos para concessão da medida antecipatória da tutela.

Também alerte-se que não observo a presença dos requisitos negativos que vedariam a concessão da medida liminar.

De outra banda, convém traçar algumas considerações sobre as chamadas “agências reguladoras” dos serviços delegados às entidades privadas, que se caracterizam como verdadeiras *autarquias de regime especial*<sup>3</sup> com poderes concedidos pela administração, em especial os de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionador e de fazer a reversão de bens da concessionária ao término da concessão.

Conforme Di Pietro, “*não existe lei específica disciplinando essas agências reguladoras; elas estão sendo criadas por*

---

3 – Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, 15ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 404.

*lei esparsas, como as de n.ºs. 9.427, de 26-12-96, 9.472, de 16-7-97, e 9.478, de 6-8-97, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a agência Nacional de Petróleo (ANP). A ANATEL e a ANP têm fundamento constitucional (arts. 21, XI, e 177, § 2º, III), sendo previstas sob a expressão órgão regulador. Note-se que a Constituição, apegada à tradição do direito brasileiro, empregou o vocábulo órgão; a legislação é que copiou o vocábulo de origem norte-americana”.*<sup>4</sup>

Sem embargo da constitucionalidade ou não da matéria sob análise, assim como no direito norte-americano, no Brasil as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos demais poderes do Estado. Porém, conforme alerta Di Prieto, “*a sua independência, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro*”<sup>5</sup> que estabelece como direitos fundamentais do cidadão, entre tantos, a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII), contra o próprio Estado, quando em situações como a dos presentes autos.

Causa espécie ao consumidor brasileiro que o próprio Presidente da República, embora tenha externado vários “apelos”, não foi capaz de persuadir a agência reguladora dos serviços telefônicos (ANATEL) a não permitir a elevação da tarifa dos serviços aos níveis anunciados. Se o órgão máximo da República não teve a capacidade de reverter tal situação, em especial ao

interesse das concessionárias DO SERVIÇO PÚBLICO, diga-se, empresas multinacionais, que dirá a pobre cortadora de cana que também na condição de consumidora não possui qualquer poder de barganha ou pressão para reverter o presente quadro.

Em razão de situações como apresentada na presente demanda, é que se revela a importância da independência e autonomia do PODER JUDICIÁRIO, último reduto de reclamação do cidadão e garantidor do Estado Democrático de Direito, uma vez que o administrador que deveria resguardar tais interesses, pretende, inexplicavelmente, enfraquecer tal guardião dos direitos da sociedade brasileira.

Ressalte-se, por outro lado, que os serviços públicos delegados às entidades privadas devem ser exercidos em benefício do conforto e benefício da população, e não em benefício próprio, com intuito exclusivo do lucro. Não está a se dizer que a entidade privada não deva nortear suas ações para tal desiderato. Mas, no sentido de que os interesses exclusivamente privados jamais possam se opor ou sobrepor aos interesses daqueles que delegaram a elas os serviços públicos.

Não se permite às agências reguladoras o direito ilimitado de conveniência sobre os serviços que presta, como pudesse legislar em causa própria, estabelecendo valores sem demonstração clara das necessidades. Neste sentido, conforme alerta Di Prieto, “*com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer a sua função normativa mais ampla,*

4 – Idem, p. 404.

5 – Idem, p. 405.

porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem pública, pois isto contrariaria o princípio da separação dos poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no art. 5º, II, da Constituição, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”<sup>6</sup>

Embora possam existir contratos firmados com administradores, que estão temporariamente administrando, não vislumbro na espécie a impossibilidade de sua revisão, seja administrativa ou judicialmente.

Na qualidade de guardião dos interesses da sociedade, função constitucional indelegável, compete ao PODER JUDICIÁRIO regular as relações sociais e obrigacionais, buscando sempre o interesse público, sem jamais se esquecer também dos direitos individuais e de iniciativa privada. Porém, no caso dos autos, deverá a requerida comprovar nos autos, uma vez invertido o ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do CDC), que o percentual de reajuste dos serviços se fazem necessários, trazendo o balanço dos créditos e débitos, bem como de outros elementos necessários que justifiquem a elevação do preço dos serviços telefônicos.

Portanto, após a explicitação de todas estas questões, é possível a concessão liminar pleiteada. O Princípio da Proporcionalidade e os fundamentos jurídicos tecidos evidenciam quais os valores, as normas, os princípios que

devem ser preponderantes na tomada de decisões jurídicas em que não ocorra a supressão total de um em favor de outro, mas que, no equilíbrio de forças, sejam relevantes aqueles que servem de base ao sistema jurídico e que atinjam o nível mais elevado e englobante de proteção de modo a ter como regra básica a harmonia de princípios, não podendo negar o intérprete que sua função também deve buscar a “força normativa da Constituição (Konrad Hesse)”, mais que isso, a força da Lei 8078/90.

Por isso, há necessidade de concessão de tutela específica, com a fixação de uma obrigação de não fazer, para que o dano seja evitado, a lesão, proibida, e para que o mandamento contido na ordem judicial não venha a ser absorto de força cogente. Para isso o sistema processual conta com a fixação de uma multa diária (*astreites*), como modo de punir economicamente, uma vez infringida a decisão judicial que, mais que uma decisão liminar, procura efetivar direitos previamente, para que a prestação socorra o consumidor no momento da ocorrência da lesão e não quando a mesma já tiver sido concretizada, em evidente atividade Preventiva e Real da prestação jurisdicional que mais do que segura, deve ser *REALIZADORA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS*.

Nesse sentido, os artigos 84, do CPDC e 461, do CPC, que contém disposições de mesma utilidade, mas que combinado na decisão liminar como modo de buscar em todo sistema jurídico a justificação destes “novos instrumentos”

---

6 – Idem, p. 408.

não só como relação de consumo como novo norte do processo (instrumento).

Aplico, do mesmo modo, as disposições da Lei de Ação Civil Pública, que também deve ser aplicada por ser o primeiro dispositivo a tratar do processo coletivo em suas dimensões buscadas e por ser instrumento que deve e pode ser lido em consonância com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, buscando unidade e entrelaçamento do sistema, com especial atenção ao art. 12 da referida lei. Aliás, entendo que a Ação Coletiva de Consumo e a Ação Civil Pública em Defesa do Consumidor, em essência apresentam diferenciação unicamente semântica – ainda que com competentes vozes em contrário.

Por isso, como a decisão apresentaria uma limitação de base territorial, aplico a regra do art. 93, inciso II, da Lei nº 8.078/90, hipótese em que, como a Ação Coletiva foi ajuizada na Capital do

Estado do Rio Grande do Sul, sua base territorial abrange toda a extensão deste Estado.

III - Diante do Exposto, defiro o pedido de TUTELA ANTECIPADA, *inaudita altera pars*, para DETERMINAR que as requeridas de abstenham de aplicar os índices de reajustes autorizados pela ANATEL aos consumidores do Estado do Rio Grande do Sul, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por dia.

INVERTO o ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), para determinar que as requeridas comprovem a necessidade do reajuste das tarifas telefônicas, juntando documentos imprescindíveis para tanto em especial o contrato cujas cláusulas se pretende revisar.

Citem-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 02 de julho de 2003.

**Giovanni Conti** - Juiz de Direito.



---

---

# DECISÕES CRIMINAIS

---

---



**Juiz prolator: André Luís de Moraes Pinto.**

**Data: 06 de fevereiro de 2002.**

*Prisão Temporária. Inconstitucionalidade formal e material do instituto.*

Vistos.

Já há algum tempo tenho visto com certo desconforto a prisão temporária, sucedânea da famigerada custódia para “averiguações”.

Até pouco tempo vinha examinando o mérito dos requerimentos policiais; todavia, repensei a matéria e, em que pese não refratário a novas concepções, inclino-me para sustentar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.960/89.

À saída, encontro nela um vício de origem, de cunho formal, certamente, conseqüência da fúria legiferante e hipócrita instalada no país.

Ao invés de os parlamentares se preocuparem em pressionar o Poder Executivo a implementar políticas sociais, que rompem com o modelo neoliberal, vassalo do imperialismo estadunidense, teimam em editar normas em regime de afogadilho, sem discussão com as forças populares e divorciadas dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, instaurado com o advento da Carta Política de Brasília/88.

Assim já o fizeram com a hedionda Lei nº 8.072/90, numa evidente submissão ao movimento de “Lei e Ordem”.

Pois bem, sem que fosse demonstrada a necessidade e a urgência, o Governo Central editou Medida Provisória que foi transformada na lei ora em apreço.

Esta novel previsão de encarceramento cautelar que, sempre e sem-

pre, deverá ser excepcionalíssimo, sacrifica o direito de liberdade, franqueado pela “grundnorm”.

Daí, não poderia se cogitar deste expediente por Medida Provisória, mas sim por lei ordinária, com matriz na função legislativa, antecedida pelo processo natural e legítimo de elaboração formal.

À face do contrato social, de que nos fala Jean-Jacques Rousseau foram conferidos poderes ao Leviatã, contudo, limitados, balizados, por exemplo, pelo princípio da legalidade.

Quando Fűrberbach proferiu a memorável sentença “Nullum crimem, nulla poena, sine lege” consagrou o princípio e obstaculizou que o Chefe do Executivo se imiscuisse em atividade que não fosse sua, precípua.

Há, com efeito, que manter a perfeita eficácia do princípio da legalidade, postulado desde o Barão de Montesquieu e Césare de Beccaria.

Como a Lei Fundamental não equipara a M P à lei “stricto sensu”, apenas a ela confere a força daquela, sendo transitória, não poderia o Presidente da República, ilegitimamente, se arvorar em legislador de matéria processual e penal.

Como o fez, manchou a Lei nº 7.960/89 com tintas da invalidade insanável, mesmo que tenha havido a conversão de estatuto.

É mais do que chegada a hora de o Poder Executivo cumprir o seu mister e recolher o seu espectro de competência, abandonando o cacoete da arbitrariedade.

Mas há outros argumentos, agora de cunho material.

Não se pode olvidar que não mais coexiste com o sistema atual a repugnante prisão obrigatória.

Disto decorre, que não se sustenta a ventura de alguém ter a sua locomoção castrada por ser apenas suspeito da prática de um crime.

É de comezinha sabença que as prisões provisórias (e provisória o é a prisão preventiva – porque não decorrente de sentença condenatória trânsita em julgado) constituem providência de natureza acautelatória, vocacionadas para conduzir a persecução criminal a bom porto.

Destarte, é de se exigir para a decretação delas que haja poros de verossimilhança do injusto noticiado e elementos que satisfatoriamente positivem a participação no evento (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Não é sem razão, a propósito, que o artigo 312 do Código de Processo Penal alinha como pressupostos a presença de –“ prova da existência do crime e indício suficiente da autoria”.

Na legislação sob crítica (vinco - sob fogo cerrado) é posta a mera suspeita.

Com isso, ficam sujeitos ao alvedrio da autoridade policial e da autoridade judicial aqueles sobre os quais pesar, i. e., uma simples suspeita de haver se envolvido em determinados delitos. Nada mais.

Para mim que entendo que a lei e, sobretudo a Carta Magna, deve ser cumprida por todos, especialmente pelos operadores jurídicos, a suspeição é muito pouco, se mostra por demasiado insuficiente.

Não se argumente (preconceituosamente) que esta lei se dirige apenas aos “criminosos”. Ela se destina a todos nós (inclusive por quem escreve e por quem lê esta decisão), até porque, soterrados pela volúpia dos “fazedores” de lei, todos nos tornamos potencialmente criminosos.

Em tempos de pré-convulsão social e de aumento da criminalidade, que a ninguém é dado desconsiderar (repito, porque faltam políticas públicas decentes e includentes), máxime, é redobrar a atenção ao cumprimento da salvaguarda dos direitos fundamentais do homem.

Quando o constituinte escreveu o inciso LXI, do art. 5º - “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, irretorquivelmente manifestou a intenção de rechaçar a hipótese de custódia para averiguações (muito apropriada a regimes totalitários, fundamentalistas, que não se amoldam ao quadro das liberdades democráticas.

Concluo, trazendo à lume os comentários dos professores Paulo Cláudio Tovo e João Batista Tovo (*in* Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição).

“..... A ninguém é dado um poder tão alto de prender para averiguações, nem mesmo ao Juiz, dê-se o nome que se quiser dar a tal prisão, como temporária, etc., sob pena de incorrer-se num contrasenso inominável”.

Havendo algo mais consistente que suspeitas e, na perspectiva dos incisos II e III do art. 1º da Lei nº 7.960/89, que seja postulada então a prisão preventiva, ao menos com menor carga de

ofensa ao princípio da presunção de inocência, porque efetivamente acautelatória e, não, subcautelar (ad nauseam), como a rejeitada.

Estas são as razões pelas quais *IN-DEFIRO* o pedido da digna e diligente Delegada de Polícia.

Comunique-se.

Intime-se o Ministério Público.

A ambos remeta-se cópia integral da decisão.

Dil. Legais.

Santo Ângelo, 06 de fevereiro de 2002.

**André Luís de Moraes Pinto** – Juiz de Direito

---

**Juiz prolator: Gilberto Pinto Fontoura**

**Data: 19 de maio de 2003.**

---

*Não recebimento de Recurso porque a Decisão dos Jurados não foi Contrária à prova dos Autos.*

Vistos.

Em que pese a inconformidade do Ministério Público quanto à decisão dos Senhores Jurados – tenho que descabe o recurso sob o fundamento da alínea *d* do inciso III do artigo 593 do CPP – pois não se revela decisão manifestamente contra a prova dos autos.

O Tribunal de Justiça não é censor da consciência popular manifestada pelo Tribunal do Júri, e apenas quando a consciência de um determinado Conselho de Sentença se afasta do que se pode objetivamente definir como consciência social - contrariando uma prova que essa consciência social definiria como suficiente para condenação - comportaria novo julgamento.

Se a decisão do Júri está vinculada a uma das possibilidades decisórias, ainda que seja a mais fraca, não se trata de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos.

No caso, presente versão de legítima defesa – tanto que o Egrégio Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso em Sentido Estrito – destacou, fl. 388:

“Assim, demonstrada a materialidade do delito, analisado o depoimento da única testemunha presencial, em que pese a contrariedade dos depoimentos prestados na fase policial e em juízo, e, tendo em vista que o próprio acusado admitiu a prática do delito, no entanto, alegando legítima defesa, não tendo as

provas carreadas aos autos confortada plenamente a versão do acusado, nesta fase processual, é suficiente que haja indícios para pronúncia, por inteligência do artigo 408 do CPP”.

Como se vê, a situação, embora a sustentada legítima defesa, não contemplou decisão de absolvição sumária justamente por tal não se encontrar naquela fase – em que a dúvida favorece a sociedade – prova estreme de dúvida, e por isso encaminhado o julgamento para o Tribunal do Júri, que acabou por reconhecer o excesso culposo perante a imoderação dos meios para repelir a agressão.

Logo, a decisão dos Senhores Jurados não foi manifestamente contrária à prova dos autos, descabendo, pois, a irresignação sob tal fundamento.

Nesse norte, pelo mandamento Constitucional da soberania dos veredictos, artigo 5º, XXXVIII, *c*, não se justifica a medida excepcional de novo julgamento, sob pena de grave e frontal ofensa aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Não se pode esquecer de que os Tribunais estão abarrotados de processos e assim como procede o exame de admissibilidade de recursos especiais e extraordinários, cabe ao juiz singular, exame dos pressupostos ao seguimento de recursos da 1ª instância para a Superior.

Em face do exposto, deixo de receber o recuso do Ministério Público.

Intimem-se.

Planalto, 19 de maio de 2003.

**Gilberto Pinto Fontoura** – Juiz de Direito

---

---

# ÍNDICES

---

---





## SENTENÇAS CÍVEIS

### A

ABORTO. Vide INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Competência. Decisão saneadora Lei nº 10.628/02.....	78
AÇÃO DE COBRANÇA. Serviço de advocacia pública. Defensor dativo. Responsabilidade do Estado.....	127
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Cominada com Preceito Cominatório....	61
AÇÃO DEMOLITÓRIA. Desenvolvimento urbano irregular. Desobediência às normas de edificação municipal .....	100
AÇÃO POPULAR. Improbidade administrativa. Competência por prerrogativa de função. Lei nº 10.628/02.....	110

### F

FALÊNCIA. Extinção sem julgamento do mérito. Ausência de patrimônio .... 38

### I

INDENIZAÇÃO. Ato ilícito. Atendimento médico. Responsabilidades.....	11
INDENIZAÇÃO. Abalo de crédito. Inscrição no CPC. Dano moral. Redução de ofício do valor da causa. Competência do Juizado Especial Cível. Indeferimento da inicial .....	123
INDENIZAÇÃO. Dano moral. Advogado. Magistrado. Razões ofensivas .....	104

INDENIZAÇÃO. Obra fotográfica. Ausência de autorização para publicação. Co-responsabilidade .....	43
INSOLVÊNCIA CIVIL. Sem julgamento do mérito. Ausência de patrimônio.....	33
INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. Alvará de autorização. Risco de vida da requerente. Mal formação fetal.....	52
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Alimentos. Marco inicial da exigibilidade. Nascimento. Concepção .....	23

## R

REGIME DE BENS. Alteração. Constância do matrimônio. Direito intertemporal. Ato jurídico perfeito.....	120
REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Acesso para propriedade .....	55

## S

SEPARAÇÃO JUDICIAL. Culpa. Irrelevância. Parâmetros diversos. Alimentos. Instrução. Sigilo profissional .....	117
SERVIDÃO DE AQUEDUTO. Reconhecimento. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. Falta de pressuposto processual .....	94

## SENTENÇAS CRIMINAIS

### A

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. Reexame Necessário. Inconstitucionalidade. Crime conexo .....	162
--	-----

**C**

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Sonegação fiscal. Lei n. 8.137/9 .....	135
CRIME DE TORTURA. Abuso de autoridade. Policiais. Responsabilidade do Delegado de Polícia .....	150

**E**

ENTORPECENTE. Tráfico. Tóxicos. Lei n. 6.368/76, art. 12 “caput” .....	174
--	-----

**F**

FURTO QUALIFICADO. Inquérito policial. Art. 155, parágrafo 4º, IV, do Código Penal .....	165
--	-----

**T**

TÓXICOS. Vide ENTORPECENTE

**DECISÕES CÍVEIS****A**

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Cominada com Preceito Cominatório....	209
---	-----

**C**

CONSELHO TUTELAR. Representação. Art. 136, III, ‘b’ do Estatuto. Indeferimento. Inépcia e ilegitimidade passiva .....	189
---	-----

**E**

ELEITORAL. Divisão de vagas. Determinação de coeficiente. Critérios ..... 185

**I**

INDENIZAÇÃO. Antecipação dos efeitos da tutela. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/90 e Estatuto do Torcedor. Lei n. 10.671/2003 ..... 214

INTERDIÇÃO. Proposta pela Ministério Público. Desnecessidade de curador .... 207

INTERDITO PROIBITÓRIO. Extinção sem julgamento do mérito. Falta de interesse processual..... 204

**R**

REMISSÃO. Concessão pelo Ministério Público, cumulada com medida sócio-educativa ..... 193

**T**

TARIFA TELEFÔNICA. Ação coletiva. Código de Defesa do Consumidor ..... 218

**DECISÕES CRIMINAIS****P**

PRISÃO TEMPORÁRIA. Inconstitucionalidade formal e material do instituto ... 227

**R**

RECURSO. Não recebimento. Decisão de jurados não contrária à prova dos autos ..... 230







